



**LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE  
DERECHOS DE EMISIÓN DE CO2  
Rodolfo Rubén Salassa Boix**

**ISBN: 9788469432310  
Dipòsit Legal: T. 1042-2011**

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tesisenred.net](http://www.tesisenred.net)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Rodolfo Rubén Salassa Boix

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA  
DERIVADA DEL COMERCIO DE DERECHOS  
DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

TESIS DOCTORAL

Dirigida por el Dr. Àngel Urquizu Cavallé



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona  
2011



LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE  
DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

*A mi Director de tesis y demás compañeros de trabajo.*

*A mi madre, a mi mujer y a Dios.*



## **ÍNDICE**

LISTADO DE ABREVIATURAS .....	11
RESUMEN INTRODUCTORIO .....	15
RIASSUNTO INTRODUTTIVO (italiano) .....	19
DESCRIPCIÓN DE OBJETIVOS Y MÉTODO .....	23
DESCRIZIONE DEGLI OBIETTIVI E METODO (italiano).....	27

### **PRIMERA PARTE**

#### **EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>**

#### **CAPÍTULO I**

##### **EL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

1. Primeras investigaciones científicas (1824 – 1970).....	33
2. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (1972) .	36
3. Plan Mundial de Acción sobre la Capa de Ozono y los Convenios de Ginebra (1977) .....	37
4. Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985) .....	38
5. Protocolo de Montreal (1987) .....	39
6. Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (1988) ...	46
7. Camino hacia la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (1989 – 1992) .....	47
8. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992).....	49
8.1. Introducción.....	49
8.2. Entrada en vigor.....	52
8.3. Objetivos y principios .....	53
8.4. Compromisos de las Partes.....	60
8.5. Estructura orgánica .....	64
8.6. Mecanismo de Financiación, arreglo de controversias y reservas .....	68
9. El camino hacia el Protocolo de Kioto (1994 – 1997) .....	68
10. Protocolo de Kioto (1997 – 1998).....	70
10.1. Introducción.....	70
10.2. Entrada en vigor.....	74
10.3. Contenido del Protocolo .....	76
10.4. Mecanismos de flexibilidad .....	82
10.5. Estructura orgánica .....	91
10.6. Cuestiones pendientes.....	93

11. Período posterior al Protocolo de Kioto (1999 - 2012) .....	94
11.1. CP-4/Buenos Aires (Argentina), del 2 al 13 de noviembre de 1999 .....	94
11.2. CP-5/Bonn (Alemania), del 22 de octubre al 5 de noviembre de 1999 .....	96
11.3. CP-6/La Haya (Holanda), entre el 13 y el 24 de noviembre de 2000 .....	96
11.5. CP-7/Marrakech (Marruecos), entre el 29 de octubre y el 10 de noviembre de 2001 .....	99
11.6. CP-8/Nueva Delhi (India), del 23 de Octubre al 1 de noviembre de 2002.....	102
11.7. CP-9/Milán (Italia), entre el 1 y el 12 de diciembre de 2003 .	103
11.8. CP-10/Buenos Aires (Argentina), entre el 6 y el 18 de diciembre de 2004.....	104
11.9. CP-11/CPPK-1/Montreal (Canadá), del 28 de noviembre al 9 de Diciembre de 2005 .....	104
11.10. CP-12/CPPK-2/Nairobi (Kenia), del 6 al 17 de noviembre de 2006 .....	105
11.11. CP-13/CPPK-3/Bali (Indonesia), del 3 al 14 de diciembre de 2007 .....	107
11.12. CP-14/CPPK-4/Poznan (Polonia), del 1 al 12 de diciembre de 2008 .....	108
11.13. CP-15/CPPK-5/Copenhague (Dinamarca), del 7 al 18 de diciembre de 2009.....	109
11.14. CP-16/CPPK-6/Cancún (México), del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010.....	110
12. Consideraciones finales .....	111

## CAPÍTULO II

### **EL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA**

1. Unión Europea.....	115
1.1. Introducción.....	115
1.2. Antecedentes del SECE (1989 – 2003).....	116
1.3. El Sistema Europeo de Comercio de Emisiones (2003) .....	125
1.4. Normativa complementaria y modificadora del SECE (2004 – 2008) .....	142
2. El mercado de DDEE en España .....	146
2.1. Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derecho de emisión de gases de efecto invernadero....	146
2.2. Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro nacional de derechos de emisión.....	157

2.3. Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 .....	164
3. Consideraciones finales.....	170

## SEGUNDA PARTE

### ASPECTOS JURÍDICOS DEL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

#### CAPÍTULO III

#### LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN

1. Mecanismos estatales de protección ambiental.....	175
1.1. Concepto y categorías.....	175
1.1.1. Instrumentos restrictivos.....	178
1.1.1.1. Medidas preventivas .....	179
1.1.1.2. Medidas represivas .....	182
1.1.1.3. Medidas de revelación.....	183
1.1.2. Instrumentos permisivos .....	184
1.1.2.1. Medidas positivas .....	185
1.1.2.2. Medidas negativas .....	190
1.1.2.3. Medidas mixtas .....	223
1.1.3. Instrumentos de cumplimiento voluntario .....	224
1.2. La elección del instrumento ecológico más adecuado .....	230
2. El mercado de derechos de emisión derivado del Protocolo de Kioto y del Sistema Europeo de Comercio de Emisiones.....	236
2.1. Antecedentes .....	236
2.2. Normativa .....	240
2.3. Caracterización del mercado de derechos de emisión .....	245
2.4. El objeto de este mercado .....	249
2.5. Funcionamiento .....	251
2.6. El principio contaminador-pagador y el mercado de derechos de emisión .....	255
2.7. Los derechos de emisión.....	261
3. Consideraciones finales.....	271



## **TERCERA PARTE**

### **TRIBUTACIÓN DE LA RENTA OBTENIDA POR LAS PERSONAS RESIDENTES EN ESPAÑA**

#### **CAPÍTULO IV**

##### **EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN Y EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS RESIDENTES EN ESPAÑA**

1. Personas físicas.....	277
1.1. Determinación de la categoría de renta .....	278
1.1.1. Norma general .....	278
1.1.2. Supuesto especial: personas físicas titulares de instalaciones emisoras .....	282
1.2. Determinación del rendimiento neto .....	284
1.3. Cuota íntegra .....	289
2. Personas jurídicas .....	290
2.1. Plano contable.....	292
2.2. Plano fiscal.....	315
2.3. Cuota diferencial .....	319
3. Breve referencia a las consecuencias derivadas del diferente tratamiento contable y fiscal de los derechos de emisión.....	323
3.1. Introducción.....	323
3.2. Reflexión .....	330
4. Consideraciones finales .....	333

## **CUARTA PARTE**

### **TRIBUTACIÓN DE LA RENTA OBTENIDA POR LAS PERSONAS NO RESIDENTES EN ESPAÑA**

#### **CAPÍTULO V**

##### **EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES EN ESPAÑA**

1. Introducción .....	340
2. Rendimientos provenientes de una actividad económica .....	347
2.1. Rentas obtenidas con mediación de establecimiento permanente .....	349
2.1.1. Establecimientos permanentes. Relación con los derechos de emisión .....	349
2.1.2. Liquidación del impuesto.....	356
2.2. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente .....	360

2.2.1. Introducción.....	360
2.2.2. Liquidación del impuesto.....	361
3. Rendimientos no provenientes de una actividad económica ...	375
4. No sujeción al impuesto (ganancias no obtenidas en España)	376
5. Consideraciones finales.....	382

## CAPÍTULO VI

### MODELOS INTERNACIONALES DE CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN (MCOCDE Y MCONU)

1. Introducción .....	385
2. Los modelos de convenios internacionales de doble imposición y el <i>soft law</i> .....	390
3. El concepto de establecimiento permanente en los modelos de convenios.....	393
4. Rendimientos provenientes de una actividad económica (utilidades empresariales).....	396
4.1. Encuadramiento de las rentas .....	396
4.2. Criterios de liquidación en el MCOCDE 2008.....	404
4.3. Criterios de liquidación en el MCOCDE 2010.....	412
5. Rendimientos no provenientes de una actividad económica (ganancias de capital).....	425
6. Métodos para evitar la doble imposición en los modelos de convenio internacionales .....	428
6.1. Método de exención (Art. 23A) .....	429
6.2. Método de imputación o crédito fiscal (Art. 23B) .....	430
7. Consideraciones finales.....	431

## CAPÍTULO VII

### LA TRIBUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. DOS EJEMPLOS: EL CONVENIO HISPANO- ARGENTINO Y EL CONVENIO HISPANO-ITALIANO

1. Convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito entre España y Argentina.....	436
1.1. Aclaraciones previas .....	436
1.2. Introducción.....	437
1.3. Cuestiones generales.....	439
1.3.1. Ámbito personal .....	439
1.3.2. Ámbito material.....	441
1.3.3. Definiciones generales .....	447
1.3.4. Residencia.....	448
1.3.5. Establecimiento permanente .....	453

1.4. La tributación de los DDEE según el CDI hispano-argentino..	464
1.4.1. Rendimientos provenientes de una actividad económica (utilidades empresariales).....	464
1.4.2. Rendimientos no provenientes de una actividad económica (ganancias de capital).....	490
1.4.3. Métodos para evitar la doble imposición.....	498
2. Convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito entre España e Italia .....	502
2.1. Aclaraciones previas .....	502
2.2. Introducción.....	503
2.3. Cuestiones generales .....	504
2.3.1. Ámbito subjetivo.....	505
2.3.2. Ámbito material.....	506
2.3.3. Definiciones generales .....	511
2.3.4. Residencia.....	512
2.3.5. Establecimiento permanente.....	520
2.4. La tributación de los DDEE según el CDI hispano-italiano.....	532
2.4.1. Rendimientos provenientes de una actividad económica (utilidades empresariales).....	532
2.4.2. Rendimientos no provenientes de una actividad económica (ganancias de capital).....	555
2.4.3. Métodos para evitar la doble imposición.....	561
3. Consideraciones finales .....	567
CONCLUSIONES .....	573
CONCLUSIONS (inglés).....	583
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	591

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

- AC: Aplicación Conjunta
- AGE: Administración General del Estado
- AGONU: Asamblea General de las Naciones Unidas
- APPI: Asociación de Pequeños Países Insulares
- ATC: Auto del Tribunal Constitucional
- BI: Base Imponible
- BOE: Boletín Oficial Español
- BOICAC: Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría Contable
- CC: Código Civil Español
- CCom: Código de Comercio Español
- CDI: Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional
- CDIHA: Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional Hispano-Argentino
- CDIHI: Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional Hispano-Italiano.
- CI: Cuota Íntegra
- CIN: Comité Intergubernamental negociador
- CM: Circular Ministerial
- CMNUCC: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
- CO<sub>2</sub>: Dióxido de Carbono
- CP: Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático
- CPPK: Conferencia de las Partes del Protocolo de Kioto
- CREs: Certificados de Reducción de Emisiones
- CVPCO: Convenio de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono
- DDEE: Derechos de Emisión
- DDP: Documento del Diseño del Proyecto
- DE: Derecho de Emisión

DGI: Dirección General Impositiva  
DITC: Diario Independiente de Transacciones Comunitario  
DITCMNUCC: Diario Independiente de Transacciones de la  
Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático  
DL: Decreto Legislativo  
DPR: Decreto del Presidente de la República  
EFRAG: *European Financial Reporting Advisory Group*  
EPPP: Establecimientos Permanentes  
EP: Establecimiento Permanente  
EEUU: Estados Unidos  
GEI: Gases de Efecto Invernadero  
GU: *Gazzetta Ufficiale* (Gaceta Oficial)  
IBERCLEAR: Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro,  
Compensación y Liquidación de Valores  
IASB: *International Accounting Standards Board*  
IC: Implantación Conjunta  
ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas  
IFRIC: *International Financial Reporting Committee*  
I-PICCC: Informe del Panel Intergubernamental contra el Cambio  
Climático  
I-PICCC1: Primer Informe del Panel Intergubernamental contra el  
Cambio Climático  
I-PICCC2: Segundo Informe del Panel Intergubernamental contra el  
Cambio Climático  
I-PICCC3: Tercer Informe del Panel Intergubernamental contra el  
Cambio Climático  
I-PICCC4: Cuarto Informe del Panel Intergubernamental contra el  
Cambio Climático  
IRNR: Impuesto sobre la Renta de No Residentes  
IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas  
IS: Impuesto sobre Sociedades

LGT: Ley General Tributaria

LIRNR: Ley de Impuesto sobre la Renta de No Residentes

LIPF: Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades

LSA: Ley de Sociedades Anónimas

MCOCDE: Modelo de Convenio de la Organización para la  
Cooperación y el Desarrollo Económico

MF: Mecanismos de Flexibilidad

MDL: Mecanismo de Desarrollo Limpio

MEPA: Mecanismos Estatales de Protección Ambiental

NU: Naciones Unidas

NIC: Norma Internacional de Contabilidad

NIIF: Norma Internacional de Información Financiera

OAIC: Oficina Argentina de Implementación Conjunta

OAMD: Oficina Argentina del Mecanismo para un Desarrollo Limpio

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

OECC: Oficina Española del Cambio Climático

OECD: *Organisation for Economic Co-operation Development*

OECDMC: *Organisation for Economic Co-operation Development Model  
Convention*

OECCMMA: Oficina Española del Cambio Climático del Ministerio de  
Medio Ambiente

OMC: Organización Mundial del Comercio

OMM: Organización Mundial de Meteorología

ONG: Organizaciones No Gubernamentales

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PECC: Programa Europeo sobre el Cambio Climático

PGC: Plan General Contable

PICC: Panel Intergubernamental contra el Cambio Climático

PK: Protocolo de Kioto

PM: Protocolo de Montreal

PNA: Plan Nacional de Asignación  
PNUMA: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente  
RCEs: Reducción Certificada de Emisiones  
RD: Real Decreto  
RDL: Real Decreto Ley  
RENADE: Registro Nacional de Derechos de Emisión  
RICAC: Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas  
RIRNR: Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes  
RIRPF: Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas  
RIS: Reglamento del Impuesto sobre Sociedades  
RIT: Registro Internacional de Transacciones  
RM: Resolución Ministerial  
SECE: Sistema Europeo de Comercio de Emisiones  
TCE: Tratado de la Comunidad Europea  
TRLIRNR: Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre la Renta de No Residentes  
TRLIS: Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades  
TUIR: Texto Único de los Impuestos sobre la Renta  
UE: Unión Europea  
UCAs: Unidades de Cantidad Atribuida  
UN: *United Nations*  
UNMC: *United Nations Model Convention*  
UREs: Unidades de Reducción de Emisiones

## **RESUMEN INTRODUCTORIO**

El Protocolo de Kioto constituye uno de los pasos más trascendentes en la lucha mundial contra el cambio climático. Su creación se remonta al año 1997 y su implantación no fue nada fácil, aunque el proceso de entrada en vigor fue todavía más complicado. Tal es así que su vigencia data concretamente del año 2005, es decir, casi diez años después de su nacimiento.

En el marco de este Protocolo los Estados más desarrollados se comprometieron a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero entre 2008 y 2012. La meta final era, y sigue siendo, regresar a los niveles de emisión cercanos a los de 1990. Este objetivo se concreta mediante la entrega de cuotas de emisión (derechos de emisión) a cada Estado desarrollado, las cuales representan, en última instancia, la cantidad máxima de gases contaminantes que cada país podrá liberar a la atmósfera.

Consciente de la dificultad que implica el cumplimiento de sus disposiciones, el Protocolo establece tres tipos de instrumentos, denominados “mecanismos de flexibilidad”. Ellos son: el mercado de derechos de emisión; el mecanismo de aplicación conjunta y el mecanismo de desarrollo limpio.

El sistema propuesto consiente una cierta flexibilidad y adaptación a los niveles de producción de cada país. Aquellos que durante un período se extralimiten en sus emisiones de CO<sub>2</sub> podrán adquirir los permisos excedentes de otros Estados. De esta manera, el objetivo es premiar a los países cuyas empresas liberen menos emisiones de las asignadas y castigar a los que realicen más de las permitidas.

A los numerosos interrogantes que existen sobre el funcionamiento de este novedoso y complejo mercado, debemos agregar el



tratamiento fiscal que se aplica a la transmisión de estos derechos. Y en especial, atento que es un mercado que supera las fronteras nacionales, su tributación internacional.

Desde un punto de vista objetivo, la presente tesis se dedica a la imposición directa que afecta a este mercado, más concretamente al impuesto que grava la renta derivada de la transmisión de los derechos de emisión, poniendo especial atención en la fiscalidad internacional. Desde el punto de vista espacial, el objeto de estudio del trabajo trasciende las fronteras nacionales, ya que no sólo se estudiará la tributación sobre la renta de las personas residentes en España, sino también la de aquellos que no residen ese en territorio nacional.

La decisión de elegir el tema propuesto se centra en su innegable actualidad. Ello es así ya que la comercialización de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> surge como un mercado financiero que, si bien ya estaba operando en Europa desde hace poco más de cinco años, abrió sus puertas al mundo en el año 2008. El carácter novedoso no está marcado sólo por el momento en que se inició su funcionamiento sino también por las peculiares características que lo rodean. El objeto de transacción de este mercado son los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>, con lo cual, nos encontramos ante un fenómeno comercial hasta ahora desconocido, y como tal, susceptible de tributación.

Es evidente que la protección del medio ambiente se ha convertido en un tema prioritario para nuestra generación, pero su importancia no debe llevarnos a descuidar ciertas cuestiones extra-ambientales, que no por tales son menos relevantes o menos dignas de investigación. Entre ellas se encuentra el régimen tributario que afecta la renta derivada del comercio de derechos de contaminación.

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE  
DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

Otro factor determinante en la elección del tema de estudio fue la carencia de trabajos de investigación sobre esta cuestión. Estamos ante una temática que atañe a las grandes empresas multinacionales, a los países donde ellas residen, y en cierta medida a toda la humanidad en su conjunto. De manera que los trabajos de investigación son reclamados desde múltiples sectores sociales. Con humildad, pero con perseverancia, mi intención es dar algo de luz a los aspectos tributarios que atañen a esta temática.



## **RIASSUNTO INTRODUTTIVO**

Il Protocollo di Kyoto è uno dei passi più importanti nella lotta mondiale contro il cambiamento climatico. Il Protocollo è stato sviluppato nel 1997 e la sua attuazione non è stata facile, malgrado ciò, il processo di entrata in vigore è stato ancora più complicato, tanto che l'efficacia di tale protocollo risale, in concreto, all'anno 2005, cioè quasi dieci anni dopo la sua nascita.

In base a tale Protocollo, gli Stati più sviluppati si sono impegnati a ridurre le proprie emissioni di gas serra tra il 2008 e il 2012. L'obiettivo finale era, e rimane, il ritorno ai livelli di emissione vicini a quelli del 1990. Questo obiettivo deve realizzarsi attraverso l'attribuzione delle quote di emissione (diritti di emissione) per ogni Stato sviluppato, che rappresentano, in definitiva, la quantità massima di gas inquinanti che ogni paese può rilasciare nell'atmosfera.

Consapevole della difficoltà che comporta il rispetto delle sue disposizioni, il Protocollo prevede tre tipi di strumenti, chiamati "meccanismi di flessibilità". Essi sono: Il mercato dei diritti di emissione; il meccanismo di adempimento congiunto degli impegni e il meccanismo dello sviluppo "pulito".

Il sistema proposto consente una certa flessibilità ed adattabilità ai livelli di produzione di ciascun paese. Coloro che nel corso di un periodo di oltrepassare i confini delle emissioni di CO<sub>2</sub> possono acquistare i permessi di eccedenze provenienti da altri stati. Pertanto, l'obiettivo è quello di premiare quei paesi le cui imprese rilasciano meno emissioni assegnate e punisce coloro che emettono più di quanto consentito.

Alle tante domande che esistono circa il funzionamento di questo mercato nuovo e complesso, bisogna aggiungere il trattamento fiscale applicabile al trasferimento di tali diritti. E soprattutto considerando che si tratta di un mercato che trascende le frontiere nazionali, la fiscalità internazionale.

Da un punto di vista oggettivo, questa tesi si occupa di imposte dirette che interessano questo mercato, in particolare l'imposta sul reddito derivante dalla cessione di quote di emissione. Prestando particolare attenzione alla tassazione internazionale. Nell'ottica dello spazio oggetto di studio dell'opera trascende i confini nazionali e non soltanto considerare sul reddito residenti individui Spagna ma anche di coloro i quali non risiedono nel territorio nazionale.

La decisione di scegliere l'argomento proposto si fonda sulla sua innegabile attualità. Ciò da quando la commercializzazione dei diritti di emissione di CO2 è emerso come un mercato finanziario, ma era già operante in Europa da poco più di cinque anni, ha aperto le sue porte al mondo nel 2008. La novità non riguarda solo l'anno in cui è iniziato il suo funzionamento ma, piuttosto, dalle caratteristiche uniche che lo riguardano. L'oggetto delle transazioni di questo mercato sono i diritti di emissione di CO2 che rappresentano un fenomeno commerciale, fino ad ora sconosciuto, e come tale, soggetto a tassazione.

Appare chiaro che la tutela dell'ambiente è diventata una questione prioritaria per la nostra generazione, ma la sua importanza non deve portare a trascurare alcuni aspetti extra-ambientali che, non per questo motivo, sono meno importanti o meno degni di analisi. Tra questi vi è il regime fiscale che colpisce il reddito derivante dallo scambio di diritti di inquinamento.

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE  
DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

Un altro fattore determinante nella scelta del tema oggetto di studio è stata la mancanza di ricerca su questo argomento. Siamo di fronte a un problema che riguarda le grandi società multinazionali, i paesi in cui esse risiedono e, in qualche misura, tutta l'umanità nel suo complesso. In tale senso, la ricerca su tale argomento è invocata da molti settori della società. Con umiltà, ma con perseveranza, ho intenzione di fare luce ulteriormente sugli aspetti fiscali riguardanti questo argomento.



## **DESCRIPCIÓN DE OBJETIVOS Y MÉTODO**

El presente trabajo consta de cuatro grandes partes, divididas en siete capítulos. La primera se integra con los dos capítulos iniciales, y es de carácter eminentemente normativo. En el segundo apartado se desarrolla la noción y los aspectos jurídicos generales del mercado de derechos de emisión. La tercera parte se refiere al comercio de derechos de emisión y a la tributación que grava la renta obtenida por los residentes en España. La cuarta y última fase del trabajo consta de tres capítulos y se dedica a la tributación que grava las rentas que los no residentes obtienen de la compraventa de estos derechos. Finalmente, se presentan las conclusiones del trabajo.

En la primera parte se explica la aparición y regulación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Para ello dedicamos los dos capítulos iniciales a desarrollar una reseña de los acontecimientos históricos y normativos que directa e indirectamente influyeron en la lucha contra el cambio climático y en la configuración del comercio de CO<sub>2</sub>.

El primer capítulo se refiere a los sucesos científicos y normativos que han ido cimentando la normativa actual de los derechos de emisión, haciendo especial hincapié en la Convención Marco de Naciones Unidas contra el Cambio Climático y el Protocolo de Kioto. En el segundo capítulo se desarrolla la regulación jurídica de estos derechos en el ámbito de la Unión Europea y de España. La idea, en definitiva, es conocer el funcionamiento de este mercado para luego poder determinar sus aspectos tributarios. Este breve repaso histórico no sólo permitirá comprender ciertos matices legislativos, que de omitirse podrían quedar ajenos al conocimiento del lector, sino que también será fundamental a la hora de abordar la legislación sectorial en la materia.



La segunda sección se corresponde con el tercer capítulo y se divide en dos grandes puntos. En primer lugar, se analizan los mecanismos estatales de protección ambiental, es decir, los diferentes instrumentos que los gobiernos tienen a su alcance para proteger el medioambiente. El objetivo es ubicar al mercado de derechos de emisión dentro de las diferentes alternativas, e intentar explicar su finalidad como medida de protección medioambiental. El segundo punto entra de lleno en los aspectos jurídicos de este comercio (antecedentes, características, naturaleza jurídica), haciendo especial énfasis en su objeto, los derechos de emisión.

En el tercer bloque se estudia la aplicación del impuesto de la renta que repercute sobre los resultados económicos de la compra y venta de derechos de emisión, siempre respecto a las personas residentes en el país. Para ello será necesario dividir la exposición en dos puntos, ya que el tratamiento fiscal de las personas físicas es diferente al de las personas jurídicas. A su vez, dentro de cada una de estas categorías, existen subgrupos con tratamientos disímiles.

Esta parte se erige como un paso previo necesario al estudio de la tributación internacional de estos derechos que se realiza en la siguiente sección.

El último gran apartado del trabajo constituye el núcleo central de la misma y está destinada a la tributación internacional de la renta derivada del el mercado de permisos de emisión. Su estructura se compone de tres capítulos.

En el primero, el quinto de la tesis, se analiza el impuesto sobre la renta de las personas no residentes en España. El segundo capítulo de esta parte estudia y compara los modelos de convenios internacionales de doble imposición, el MCOCDE y el MCONU. El

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE  
DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

último capítulo de la obra examina, a modo de ejemplo, la aplicación de dos convenios suscritos por España para evitar la doble imposición internacional: El Convenio con Argentina y el Convenio con Italia.

La tesis doctoral finaliza con las conclusiones que se desprenden del contenido del trabajo.

TESIS DOCTORAL

## **DESCRIZIONE DEGLI OBIETTIVI E METODO**

Questo lavoro si compone di quattro parti principali, suddivise in sette capitoli. La prima parte è composta da i due capitoli iniziali ed è concernente a la normativa. Nella seconda sezione si sviluppano la nozione e gli aspetti giuridici generali del mercato delle quote di emissione. La terza parte riferisce allo scambio di diritti di emissione e a la tassazione dei redditi percepiti dai residenti in Spagna. La quarta ed ultima parte contiene tre capitoli ed è dedicato alla tassazione applicata al reddito dei non residenti, ottenuto dalla cession di questi diritti. Infine, si propongono le riflessioni conclusive.

Nella prima sezione spiega la nascita e la regolamentazione dei diritti di trasmissione per i gas a effetto serra. Ad essi sono dedicati i primi due capitoli iniziali in cui si sviluppa una visione d'insieme di eventi storici e normativi che direttamente e indirettamente hanno influenzato la lotta contro i cambiamenti climatici e la configurazione del mercato dei diritti di emissione di CO<sub>2</sub>.

Il primo capitolo si occupa degli eventi scientifici e normativi che hanno determinato la disciplina vigente in tema di quote di emissione, ponendo particolare attenzione alla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici ed al Protocollo di Kyoto. Nel secondo capitolo si argomenta circa la regolamentazione giuridica di tali diritti all'interno dell'Unione europea e della Spagna. L'idea, in ultima analisi, è di comprendere il funzionamento di questo mercato e quindi poter determinare le sue vicende fiscali. Questa breve rassegna storica, non solo capire alcune sfumature della legislazione, che altrimenti potrebbero sfuggire alla conoscenza del lettore, ma sarà fondamentale anche per affrontare la legislazione settoriale in materia.

La seconda parte corrisponde al terzo capitolo e si divide in due punti principali. In primo luogo, si analizzano i meccanismi statali di protezione ambientale, cioè i diversi strumenti che i governi hanno a loro disposizione per proteggere l'ambiente. L'obiettivo è quello di individuare il mercato di scambio di emissioni all'interno delle diverse alternative e cercare di spiegare il suo scopo, come misura di protezione ambientale.

Il secondo punto ricade all'interno degli aspetti giuridici di questo commercio (storia, caratteristiche, natura giuridica), ponendo particolare enfasi sull'oggetto di tale commercio: i diritti di emissione.

Nella terza parte si descrive l'applicazione dell'imposta sul reddito gravante sui risultati economici della compravendite di diritti di emissione, sempre in relazione ai soggetti residenti nello Stato. Per questo, sarà necessario dividere l'esposizione in due parti, dato che il trattamento fiscale delle persone fisiche è diverso da quello delle persone giuridiche. A sua volta, all'interno di ciascuna di queste categorie esistono sottogruppi con diverso trattamento.

Questo apartado è un passo necessario per lo studio della tassazione internazionale di questi diritti che si svolgono nella sezione successiva.

L'ultima parte del lavoro costituisce il nucleo centrale di esso ed riguarda la tassazione internazionale dei redditi derivanti dal mercato dei permessi di emissione. In termini di struttura, si compone di tre capitoli.

Il primo, che è il quinto capitolo dell'opera, analizza l'imposta sul reddito applicata ai non residenti in Spagna. Il secondo capitolo di questa parte (il numero VI) studia e confronta i modelli di trattati internazionali contro la doppia imposizione, il Modello OCSE ed il

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE  
DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

Modello ONU. L'ultimo capitolo della tesi illustra, attraverso alcuni esempi, l'applicazione di due accordi firmati dalla Spagna per evitare la doppia imposizioni: la Convenzione con l'Argentina ed la Convenzione con l'Italia.

La tesi termina con le riflessioni conclusive tratte dal contenuto delle argomentazioni svolte.



## **PRIMERA PARTE**

### **EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>**





## CAPÍTULO I

### **EL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

#### **1. Primeras investigaciones científicas (1824 – 1970)**

Las primeras investigaciones sobre el cambio climático las hallamos a principios del siglo XIX, más específicamente en 1824, cuando Fourier<sup>1</sup> planteó la teoría del efecto invernadero.

Sus conjeturas no fueron desarrolladas ni comprobadas sino hasta el año 1896, cuando Arrhenius<sup>2</sup> proclamó que los combustibles fósiles podrían originar o acelerar el calentamiento de la Tierra. También demostró la relación que existe entre las concentraciones atmosféricas de CO<sub>2</sub> y el aumento de la temperatura.

Pero más importantes aún fueron las investigaciones de este científico en las que descubrió que la temperatura promedio de la superficie terrestre era de 15°C y que ello era consecuencia de la capacidad de absorción de la radiación infrarroja del vapor del agua y

---

<sup>1</sup> JOSEPH FOURNIER, Jean Baptiste (1768-1830): matemático y físico francés conocido por sus trabajos sobre la descomposición de funciones periódicas en series trigonométricas convergentes llamadas "Series de Fourier". Su gran prestigio se debe, en especial, a sus experimentos sobre la propagación del calor, los cuales le permitieron modelar la evolución de la temperatura a través de series trigonométricas. Estos trabajos mejoraron el modelado matemático de fenómenos físicos y contribuyeron a los fundamentos de la termodinámica (GISPERT, C., "Grandes biografías", Ed. Océano, DL 1993)

<sup>2</sup> AUGUSTUS ARRHENIUS, Svante (1859-1927): químico y profesor de origen sueco. Galardonado con el Premio Nobel de Química del año 1903 en reconocimiento a los extraordinarios servicios prestados al avance de la química a través de su teoría de la disociación electrolítica. Sus investigaciones en el campo de la física y la química fueron de las más variadas, en especial se destacan los estudios sobre las velocidades de reacción, la práctica de la inmunización y la astronomía. En 1889 coronó uno de sus más importantes trabajos al descubrir que la velocidad de las reacciones químicas aumenta con la temperatura en una relación proporcional a la concentración de moléculas existentes (GISPERT, C., "Grandes biografías", Ed. Océano, DL 1993).

del CO2 (efecto invernadero natural). Por otra parte, junto a Thomas Chamberlin, Arrhenius pronosticó que las actividades humanas podrían provocar el aumento de la temperatura mediante la adición de CO2 a la atmósfera.

La mayoría de los científicos de la época pensaban que la influencia de las actividades humanas era insignificante comparada con las fuerzas naturales y de los océanos. Al ser los océanos grandes sumideros de carbón, se creyó que cancelarían fácilmente la contaminación producida por el hombre. El escepticismo y la falta de interés general por estos temas hicieron que los descubrimientos no tardasen en caer en el olvido.

La discusión sobre estas cuestiones resurgió a nivel internacional a mediados del siglo XX debido al conocido caso de la Fundición de Trail. La cuestión tuvo lugar en 1947, en Canadá, como consecuencia de humos y gases contaminantes emitidos en territorio de este Estado que producían importantes daños ambientales a su país vecino.

El laudo arbitral de fecha 11 de marzo de 1941 sentó uno de los principios más trascendentes en el Derecho Medioambiental:

“...ningún Estado tiene derecho a utilizar ni a permitir que se utilice su territorio de tal manera que se causen daños por humos en o al territorio de otro Estado o a las propiedades o a las personas que en él se encuentren, cuando se producen graves daños y éstos se pueden probar de forma clara y convincente...”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> USA/Canadá. ONU: R.I.A.A., vol. III, p. 1965.

En el año 1949, Guy Callendar insistió en que la concentración de CO<sub>2</sub> en la atmósfera originada por la actividad humana estaba provocando considerables aumentos en la temperatura terrestre. Pocos años más tarde, Gilbert Plass<sup>4</sup> sostuvo que el aumento de emisión de CO<sub>2</sub> en la atmósfera provocaría la captación de aquella radiación infrarroja que debería perderse en la atmósfera externa y en el espacio, provocando así un sobrecalentamiento de la Tierra.

En aquellos años ya se estaba hablando del calentamiento antinatural o humano de la Tierra<sup>5</sup>. Si bien todavía se sostenía la teoría de que los océanos absorberían la mayoría del CO<sub>2</sub>, en 1950 se demostró que dicho gas tenía una vida en la atmósfera de aproximadamente diez años.

A su vez, mediante una investigación conjunta realizada por Roger Revelle, Hans Suess y el Instituto Scripps de Oceanografía se sostuvo que la concentración atmosférica de CO<sub>2</sub> había aumentado notablemente, demostrando que los océanos no eran los sumideros adecuados para todo el CO<sub>2</sub> excedente. Finalmente, se concluyó que sólo un tercio del CO<sub>2</sub> antropogénico podía ser retenido por los océanos. El mundo científico comenzaba a inquietarse.

A finales de los años cincuenta y principio de los sesenta, el científico Charles Keeling comenzó a investigar el cambio climático mediante la utilización de gráficos con curvas. Sus trabajos

---

<sup>4</sup> PLASS, G. N.: "Infrared Radiation in the Atmosphere", American Journal of Physics 24, Issue 5, 1956, p. 303-21; "Carbon Dioxide and the Climate", American Scientist 44, 1956, p. 302-16; "Effect of Carbon Dioxide Variations on Climate", American Journal of Physics 24, Issue 5, 1956, p. 376-87; "The Carbon Dioxide Theory of Climatic Change", Tellus VIII, 2. (1956), p. 140-154.; "Carbon Dioxide and Climate", Scientific American, July 1959, p. 41-47.

<sup>5</sup> La diferencia con el calentamiento natural estriba en que éste es realmente necesario y beneficioso para la vida terrestre, ya que mantiene las temperaturas en el nivel adecuado, en cambio, el calentamiento antinatural, o generado por el hombre, es perjudicial ya que produce un exceso en el calentamiento de la Tierra. De esta manera, las temperaturas ascienden a niveles más altos de lo debido.

demonstraron que existía una disminución en las temperaturas registradas entre los años 1940 y 1970, lo que desató la alarma general de que el mundo se encontraba a las puertas de una nueva edad de hielo.

Los medios de comunicación y la mayoría de los científicos hicieron caso omiso a estos resultados ya que los consideraron desprovistos del rigor científico necesario. Hubo que esperar hasta 1970 para que se demostrara la directa relación que existía entre las emisiones de GEI provocada por el hombre y el cambio climático global.

Seis años más tarde se catalogó al clorofluorocarbono, al metano y al óxido de nitrógeno como GEI. Para ese entonces la curva de temperatura media anual del planeta comenzaba a aumentar y la Comunidad Internacional descartó definitivamente la teoría de una segunda edad de hielo.

Finalmente, en la década de los años ochenta la curva arrojaba aumentos de temperatura global tan intensos que la teoría sobre calentamiento comenzó a acaparar la atención entre las más altas organizaciones medioambientales a nivel mundial<sup>6</sup>.

## **2. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (1972)**

El PNUMA<sup>7</sup> es un programa creado en el seno de la ONU, con sede en Nairobi (Kenia), que debe su origen a las recomendaciones efectuadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano<sup>8</sup>. Aquellas recomendaciones tuvieron lugar en Estocolmo

---

<sup>6</sup> Sobre este punto puede consultarse a GILLESPIE, A., "Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution – Legal Commentaries with Policy and Science Considerations", Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 3/152.

<sup>7</sup> Resolución 2997/AGONU (CCVII), de 1972. En inglés: *United Nations Environment Programme* (UNEP).

<sup>8</sup> Entre sus Recomendaciones se destacan las N° 70 y N° 79 que hacen referencia expresa al cambio climático. En ellas se encomienda a los gobiernos que no

(Suecia), entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Con el tiempo este programa se fue transformando en la principal autoridad mundial en el área ambiental.

Su misión es básicamente promover los esfuerzos conjuntos para proteger el medio ambiente alentando, informando y capacitando a naciones y pueblos a llevar adelante un desarrollo sostenible<sup>9</sup>.

En 1976 nos encontramos con la Declaración sobre el Cambio Climático de la OMM<sup>10</sup>. En ella que se recalca la necesidad de perfeccionar los métodos de predicción del cambio climático y se manifiesta la incertidumbre existente en los conocimientos sobre la variabilidad del clima.

### **3. Plan Mundial de Acción sobre la Capa de Ozono y los Convenios de Ginebra (1977)**

En marzo de 1977 los expertos de más de 30 países se reunieron en Washington (EEUU) para concretar el Plan Mundial de Acción sobre la Capa de Ozono.

Este trabajo presentó serias advertencias acerca del efecto que acarrearía la destrucción del ozono sobre la salud humana, el clima y

---

descuiden las actividades en las que existan serios riesgos sobre el clima y se solicita el establecimiento de diez estaciones base que permitan vigilar las tendencias mundiales a largo plazo de los componentes de la atmósfera susceptibles de provocar cambios climáticos. Sus textos pueden consultarse en A, CONF.48/14, Rev. 1, p. 22 y 24.

<sup>9</sup> Entre sus funciones específicas encontramos las siguientes: evaluar el estado del medio ambiente mundial e identificar las cuestiones que necesitan ser objeto de cooperación internacional; ayudar a formular la legislación sobre el medio ambiente y a incorporar las consideraciones ambientales a las políticas y los programas sociales y económicos del sistema de Naciones Unidas; dirigir y alentar asociaciones para proteger el medio ambiente; promover conocimientos científicos e información sobre el tema ambiental; desarrollar e impulsar informes regionales y nacionales sobre el estado del medio ambiente y sus perspectivas; y promover el desarrollo de tratados ambientales internacionales y contribuye al incremento de las capacidades nacionales para enfrentar estos problemas.

<sup>10</sup> En inglés: *World Meteorological Organization* (WMO).

los ecosistemas, y dispuso la creación de medidas de control medioambiental. Las ONG y las agencias de la ONU asumieron la responsabilidad por determinados aspectos del programa y el PNUMA fue nombrado coordinador general del plan.

Las primeras disposiciones convencionales sobre protección atmosférica aparecen en el Convenio de Ginebra sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, el 18 de mayo de 1977.

Este Convenio universal impidió utilizar con fines militares cualquier técnica que intente alterar la dinámica, la composición o la estructura de la Tierra (incluida la atmósfera), mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales.

El 13 de noviembre de 1979 se concretó el Convenio de Ginebra, sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, desarrollado por una serie de protocolos adicionales.

Todas las advertencias y recomendaciones de los años setenta desembocaron en la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima, que fue convocada por OMM y tuvo lugar en Ginebra en 1979. Entre otras cuestiones se puso de relieve el incremento de las emisiones de GEI y su incidencia directa sobre la composición de la atmósfera e indirecta en cuanto al calentamiento global.

#### **4. Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985)**

En 1981 el Consejo de Administración del PNUMA estableció un grupo de trabajo. Sus objetivos eran, por un lado, preparar el camino para concretar un Tratado internacional protector de la atmósfera, y

por el otro, facilitar la concreción de Acuerdos y Protocolos para el cumplimiento de dicho Tratado.

En un principio, el primer paso parecía mucho más sencillo de lo que finalmente resultó ser. No obstante, se concretó con el CVPCO, el 22 de marzo de 1985, en la ciudad de Viena (Austria)<sup>11</sup>. El principal propósito consistía en alentar la investigación, el intercambio de información y la cooperación internacional.

De esta manera, “conscientes de que las medidas para proteger la capa de ozono... requieren acción y cooperación internaciones...”<sup>12</sup>, las Partes se comprometieron a adoptar “las medidas apropiadas... para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono.”<sup>13</sup>.

## **5. Protocolo de Montreal (1987)**

Ante la sensación de que los preceptos de la CVPCO eran insuficientes, fue prioritaria la creación de un protocolo que diera mayor eficacia a su contenido. En este convencimiento, el 17 de septiembre de 1987, las mismas Partes del CVPCO firmaron en

---

<sup>11</sup> En su momento fue aprobado por 28 países. Si bien las ratificaciones fueron lentas, hacia noviembre de 2001 ya había sido ratificado por 184 países. España lo ratificó el día 25 de julio de 1988, a través del Instrumento de Adhesión de 13 de julio de 1988 (BOE N° 275, de 16 de noviembre de 1988). Argentina lo ratificó el día 18 de enero de 1990, mediante la Ley 23.724, de 23 de septiembre de 1989 (BO, del 23 de octubre de 1989). Italia lo ratificó por medio de la Ley N° 277, de 4 de julio de 1988 (GU N° 170, de 21 de julio de 1988).

Las Conferencias de las Partes fueron: Primera: Helsinki (Finlandia), 26 al 28 de abril de 1989; Segunda: Nairobi (Kenia), 17 al 19 de junio de 1991; Tercera: Bangkok (Tailandia), 23 de noviembre de 1993; Cuarta: San José (Costa Rica), 25 al 27 de noviembre de 1996; Quinta: Beijing (China), 29 de noviembre al 3 de diciembre de 1999; Sexta: Roma (Italia), 25 al 29 de noviembre de 2002; Séptima: Dakar (Senegal), 12 al 16 de diciembre de 2005.

<sup>12</sup> Preámbulo del CVPCO.

<sup>13</sup> Artículo 2.1 del CVPCO.



Montreal (Canadá) el PM, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono<sup>14</sup>.

Las Partes del Protocolo, "...decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente el total de emisiones mundiales de las sustancias que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas..."<sup>15</sup>, coincidieron en aumentar, en calidad y en cantidad, el grado de compromiso que ya habían asumido dos años atrás.

Tal como lo hace la CVPCO el PM resalta "...la importancia de promover la cooperación internacional en la investigación, el desarrollo y la transferencia de tecnologías alternativas, en relación con el control y la reducción de las emisiones de sustancias que agotan la capa de ozono..."<sup>16</sup>. A su vez, fomenta la revisión progresiva de los resultados que se vayan obteniendo<sup>17</sup> y destaca la importancia el intercambio de información<sup>18</sup>.

La trascendencia de este protocolo estriba en que constituye un antecedente directo del PK. Ambos se ocupan de proteger la capa de ozono de la atmósfera, aunque el PK sólo regula aquellos gases generadores del efecto invernadero, porque su objetivo es paralizar y revertir el calentamiento global. Por otra parte, si bien cada uno

---

<sup>14</sup> Entró en vigor el 1 de enero de 1989. España lo ratificó el día 16 de diciembre de 1988, mediante el Instrumento de Ratificación de 15 de diciembre de 1988 (BOE N° 65, de 17 de marzo de 1989). Argentina lo ratificó el día 18 de septiembre de 1990, mediante la Ley 23.778 (BO, de 1 de junio de 1990). Italia lo ratificó por medio de la Ley 393, de 23 de agosto (GU N° 211, de 8 de septiembre de 1988).

Desde entonces, ha sufrido cinco revisiones, en 1990, Londres (Reino Unido); en 1992, Copenhague (Dinamarca); en 1995, Viena (Austria); en 1997, Montreal (Canadá); y en, 1999, Pekín (China). Para un mayor análisis consultar BARRETT, S., *Environment and Statecraft, The Strategy of Environmental Treaty-making*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 221/253.

<sup>15</sup> Preámbulo del PM.

<sup>16</sup> Preámbulo del PM.

<sup>17</sup> Artículo 6 del PM.

<sup>18</sup> Artículo 9 del PM.

responde a Convenciones diferentes<sup>19</sup> ambos se fundamentan en principios similares.

Una de las cuestiones más importantes del PM es la exhaustiva lista de compromisos que asumen las Partes<sup>20</sup>. El protocolo enumera, mediante reenvíos constantes a sus Anexos, una lista de gases perjudiciales para la atmósfera que las Partes se comprometen a limitar y reducir<sup>21</sup>.

El período de referencia para el cálculo de la limitación de emisiones es el año 1986, y el plazo para llevarlos a cabo varía según el gas del que se trate.

Cada Parte debía determinar los niveles de producción (multiplicando su producción anual de ozono y luego sumando, respecto de cada grupo de sustancias, las cifras resultantes), de importaciones y exportaciones (*idem* anterior) y de consumo (sumando sus niveles calculados de producción y de importaciones y restando el nivel de exportaciones)<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> El PM responde al CVPCO (1985), y el PK a la CMNUCC (1992).

<sup>20</sup> No nos olvidemos que la última *ratio* del Protocolo es llevar a la práctica los anhelos y objetivos que, de manera muy abstracta, había consagrado el CVPCO.

<sup>21</sup> CFC (Anexo A, Grupo I: CFCl<sub>3</sub>; CF<sub>2</sub>Cl<sub>2</sub>; C<sub>2</sub>F<sub>3</sub>Cl<sub>3</sub>; C<sub>2</sub>F<sub>4</sub>Cl<sub>2</sub>; C<sub>2</sub>F<sub>5</sub>Cl); Halones (Anexo A, Grupo II: CF<sub>2</sub>BrCl; CF<sub>3</sub>Br; C<sub>2</sub>F<sub>4</sub>Br<sub>2</sub>); Otros CFC completamente alogenados (Anexo B, Grupo I: CF<sub>3</sub>Cl; C<sub>2</sub>FCl<sub>5</sub>; C<sub>2</sub>F<sub>2</sub>Cl<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>FCl<sub>7</sub>; C<sub>3</sub>F<sub>2</sub>Cl<sub>6</sub>; C<sub>3</sub>F<sub>3</sub>Cl<sub>5</sub>; C<sub>3</sub>F<sub>4</sub>Cl<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>F<sub>5</sub>Cl<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>F<sub>6</sub>Cl<sub>2</sub>) Tetracloruro de carbono (Anexo B, Grupo II: CCl<sub>4</sub>); Tricloroetano (Anexo B, Grupo III: C<sub>2</sub>H<sub>3</sub>Cl<sub>3</sub>); Hidroclorofluorocarbonos (Anexo C, Grupo I: CHFCl<sub>2</sub>; CHF<sub>2</sub>Cl; CH<sub>2</sub>FCl; C<sub>2</sub>HFCl<sub>4</sub>; C<sub>2</sub>HF<sub>2</sub>Cl<sub>3</sub>; C<sub>2</sub>HF<sub>3</sub>Cl<sub>2</sub>; CHCl<sub>2</sub>CF<sub>3</sub>; C<sub>2</sub>HF<sub>4</sub>Cl; CHFClCF<sub>3</sub>; C<sub>2</sub>H<sub>2</sub>FCl<sub>3</sub>; C<sub>2</sub>H<sub>2</sub>F<sub>2</sub>Cl<sub>2</sub>; C<sub>2</sub>H<sub>2</sub>F<sub>3</sub>Cl; C<sub>2</sub>H<sub>3</sub>FCl<sub>2</sub>; C<sub>2</sub>H<sub>3</sub>F<sub>2</sub>Cl; CH<sub>3</sub>CF<sub>2</sub>Cl; C<sub>2</sub>H<sub>4</sub>FCl; C<sub>3</sub>HFCl<sub>6</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>2</sub>Cl<sub>5</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>3</sub>Cl<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>4</sub>Cl<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>5</sub>Cl<sub>2</sub>; CF<sub>3</sub>CF<sub>2</sub>CHCl<sub>2</sub>; CF<sub>2</sub>ClCF<sub>2</sub>CHClF; C<sub>3</sub>HF<sub>6</sub>Cl; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>FCl<sub>5</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>2</sub>Cl<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>3</sub>Cl<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>4</sub>Cl<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>5</sub>Cl; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>FCl<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>F<sub>2</sub>Cl<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>F<sub>3</sub>Cl<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>F<sub>4</sub>Cl; C<sub>3</sub>H<sub>4</sub>FCl<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>4</sub>F<sub>2</sub>Cl<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>4</sub>F<sub>3</sub>Cl; C<sub>3</sub>H<sub>5</sub>FCl<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>5</sub>F<sub>2</sub>Cl; C<sub>3</sub>H<sub>6</sub>FCl); Hidrobromofluorocarbonos (Anexo C, Grupo II: CHFBr<sub>2</sub>; CHF<sub>2</sub>Br; CH<sub>2</sub>FBr; C<sub>2</sub>HFBr<sub>4</sub>; C<sub>2</sub>HF<sub>2</sub>Br<sub>3</sub>; C<sub>2</sub>HF<sub>3</sub>Br<sub>2</sub>; C<sub>2</sub>HF<sub>4</sub>Br; C<sub>2</sub>H<sub>2</sub>FBr<sub>3</sub>; C<sub>2</sub>H<sub>2</sub>F<sub>2</sub>Br<sub>2</sub>; C<sub>2</sub>H<sub>2</sub>F<sub>3</sub>Br; C<sub>2</sub>H<sub>3</sub>F<sub>2</sub>Br<sub>2</sub>; C<sub>2</sub>H<sub>3</sub>F<sub>3</sub>Br; C<sub>2</sub>H<sub>4</sub>FBr; C<sub>3</sub>HFBr<sub>6</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>2</sub>Br<sub>5</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>3</sub>Br<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>4</sub>Br<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>5</sub>Br<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>HF<sub>6</sub>Br; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>FBr<sub>5</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>2</sub>Br<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>3</sub>Br<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>4</sub>Br<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>2</sub>F<sub>5</sub>Br; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>FBr<sub>4</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>F<sub>2</sub>Br<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>F<sub>3</sub>Br<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>3</sub>F<sub>4</sub>Br; C<sub>3</sub>H<sub>4</sub>FBr<sub>3</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>4</sub>F<sub>2</sub>Br<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>4</sub>F<sub>3</sub>Br; C<sub>3</sub>H<sub>5</sub>FBr<sub>2</sub>; C<sub>3</sub>H<sub>5</sub>F<sub>2</sub>Br; C<sub>3</sub>H<sub>6</sub>FBr); Bromoclorometano (Anexo C, Grupo III: CH<sub>2</sub>BrCl); Metilbromuro (Anexo E, Grupo I: CH<sub>3</sub>Br).

<sup>22</sup> Artículo 3 del PM.

Las Partes tienen la obligación de proporcionar "...a la Secretaría, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se haya constituido en Parte, datos estadísticos sobre su producción, importaciones y exportaciones de cada una de las sustancias controladas enumeradas en el anexo A correspondientes a 1986, o las estimaciones más fidedignas que sea posible obtener de dichos datos, cuando no se disponga de ellos"<sup>23</sup>.

Para evitar el incumplimiento de los compromisos asumidos se impusieron una serie de restricciones comerciales. Éstas impedían la exportación de los gases controlados por el PM a aquellos países que no habían suscrito los objetivos del protocolo<sup>24</sup>.

A efectos de facilitar el cumplimiento de las obligaciones de reducción de emisiones, estableció un abanico de disposiciones que servirían de modelo para futuros tratados, en especial el PK.

En primer lugar, se permita a las partes transferir "...cualquier proporción del nivel calculado de su producción... siempre que el total de todos los niveles calculados de producción de las Partes interesadas con respecto a cada grupo de sustancias controladas no supere los límites de producción establecidos en esos artículos para ese grupo..."<sup>25</sup>.

El artículo autoriza la transferencia *inter* Partes de las proporciones del nivel de producción de los gases controlados por el Protocolo, con la condición de que se notifique a la Secretaría las modalidades y el período aplicados en cada transferencia.

---

<sup>23</sup> Artículo 7 del PM.

<sup>24</sup> Artículo 4 del PM.

<sup>25</sup> Artículo 2.5 del PM.

A su vez, se permite a los Estados que sean miembros de una organización de integración económica regional que acuerden el cumplimiento conjunto de las obligaciones relativas al consumo, siempre que su nivel total calculado y combinado de consumo no supere los niveles establecidos. Para ello es imprescindible que las Partes comuniquen a la Secretaría del Protocolo las condiciones del acuerdo antes de la fecha de la reducción del consumo de que trate el acuerdo<sup>26</sup>.

En su primera sesión, las Partes se comprometieron a estudiar y aprobar los mecanismos institucionales para determinar el incumplimiento de las disposiciones del protocolo y las sanciones aplicables a las Partes que no cumplan lo prescrito<sup>27</sup>. Pero lamentablemente no hubo demasiados avances. La dilación del tratamiento de este tipo de cuestiones va a ser una constante en los tratados medioambientales en los que se impongan a las Partes compromisos concretos, ya que muchos países no están de acuerdo con la rigurosidad que ellos presentan.

Durante la vida de este protocolo hubo una serie de reuniones de las Partes de suma trascendencia<sup>28</sup>. La Primera Reunión de las Partes

---

<sup>26</sup> Resulta prioritario que se respeten las reducciones totales de gases lesivos para la atmósfera, más allá de cómo se redistribuyan entre las Partes los porcentajes del nivel de producción y emisión asignados.

<sup>27</sup> Artículo 8 del PM.

<sup>28</sup> La totalidad de las Reuniones de las Partes del PM son las siguientes: Primera Reunión de las Partes (Helsinki, 2 a 5 de mayo de 1989); Segunda Reunión de las Partes (Londres, 27 a 29 de junio de 1990); Tercera Reunión de las Partes (Nairobi, 19 a 21 de junio de 1991); Cuarta Reunión de las Partes (Copenhague, 23 a 25 de noviembre de 1992); Quinta Reunión de las Partes (Bangkok, 17 a 19 de noviembre de 1993); Sexta Reunión de las Partes (Nairobi, 6 y 7 de octubre de 1994); Séptima Reunión de las Partes (Viena, 5 a 7 de diciembre de 1995); Octava Reunión de las Partes (San José, 25 a 27 de noviembre de 1996); Novena Reunión de las Partes (Montreal, 15 a 17 de septiembre de 1997); Décima Reunión de las Partes (El Cairo, 23 a 24 de noviembre de 1998); Undécima Reunión de las Partes (Beijing, 29 de noviembre a 3 de diciembre de 1999); Duodécima Reunión de las Partes (Uagadugú, 11 a 14 de diciembre de 2000); Decimotercera Reunión de las Partes (Colombo, 16 a 19 de octubre de 2001); Decimocuarta Reunión de las Partes (Roma, 25 a 29 de noviembre de 2002); Decimoquinta Reunión de las Partes

fue celebrada en abril de 1989 en Helsinki (Finlandia), con la presencia de 77 naciones. Para estas alturas, los nuevos descubrimientos científicos indicaban que las medidas de control adoptadas en el PM eran insuficientes para impedir la destrucción la capa de ozono y mucho menos para restaurarla. Esto generó una importante preocupación en el ámbito internacional que no dejó de manifestarse en esta Primera Reunión<sup>29</sup>.

En virtud de ello, las Partes declararon su intención de adelantar el calendario de compromiso respecto ciertas sustancias altamente contaminantes de la capa de ozono, fijando el nuevo plazo de reducción y eliminación para el año 2000.

Además se organizaron dos grupos de trabajo, uno para crear un mecanismo financiero de colaboración con los países en desarrollo, y otro para preparar las enmiendas y ajustes al Protocolo<sup>30</sup>. Se crearon diversas Comisiones para calcular los efectos científicos-ambientales y los aspectos económicos que implicaban las nuevas propuestas. Su misión era presentar un informe general sobre estas cuestiones antes

---

(Nairobi, 10 – 14 de Noviembre, 2003); Primera Reunión Extraordinaria de las Partes (Montreal, 24 – 26 de Marzo, 2004); Decimosexta Reunión de las Partes (Praga, 22 – 26 de Noviembre, 2004); Segunda Reunión Extraordinaria de las Partes (Montreal, 1 de Julio, 2005);Decimoséptima Reunión de las Partes (Dakar, 12 – 16 de Diciembre, 2005).

<sup>29</sup> Un grupo internacional de investigadores, bajo la presidencia de la *National Aeronautic and Space Administration* (NASA), había hecho público diversos estudios indicando que la proyección atmosférica para la protección de la capa de ozono, que representó la base del Protocolo, podría haber subestimado el riesgo asociado con las concentraciones crecientes de cloro y bromo en la estratosfera. Estos científicos llegaron a la conclusión de que el ozono estratosférico ha sido agotado entre un 1,7 y un 3 % entre 1969 y 1986, y que los cambios observados pueden deberse, total o parcialmente, a la mayor abundancia de Clorofluorocarbono (CFC) y hidroclofluorocarburos (HCFC) en la atmósfera.

<sup>30</sup> Hubo constantes desacuerdos entre los grupos de trabajo de las partes. Las principales desavenencias versaron sobre los halones, el metilcloroformo, la transmisión de tecnología y el mecanismo financiero para ayudar a los países en desarrollo.

de 1990<sup>31</sup>. Los datos arrojados por el informe llevaron a las Partes a realizar los primeros ajustes y enmiendas al Protocolo<sup>32</sup>, obligándose a eliminar progresivamente, y hasta su totalidad, la producción y consumo de determinadas sustancias contaminantes<sup>33</sup>.

En virtud de ello se decidió adelantar los plazos de reducción progresiva de los CFC del Grupo I y de los halones del Grupo II del Anexo A del PM, y se introdujo un nuevo Anexo B que con nuevas sustancias.

Estas revisiones al texto del Protocolo también incluyeron un meticuloso mecanismo de cooperación financiera y técnica materializado a través del Fondo Multilateral de Financiación. La idea era proporcionar a los Estados menos desarrollados los medios económicos necesarios para cumplir con las obligaciones adoptadas por el Protocolo.

También se plasmaron importantes modificaciones en la Cuarta Reunión de las Partes, Copenhague (Dinamarca) del 23, 24 y 25 de noviembre de 1992. A la luz de los resultados obtenidos hasta el momento se confeccionaron nuevos ajustes y enmiendas respecto a la producción y consumo de las sustancias incluidas en el PM.

Nuevamente, los ajustes se limitaron a adelantar el calendario de la eliminación absoluta de ciertas sustancias contaminantes<sup>34</sup>. Por su

---

<sup>31</sup> Los informes que presentaron las Comisiones en el mes de agosto de 1989 demostraron que la destrucción del ozono era mucho más grave que lo que se preveía, y que existían nuevas sustancias perjudiciales para la atmósfera.

<sup>32</sup> Los ajustes se encuentran regulados en los artículos 2.9 y 6 del PM, y sus decisiones obligan a todas las Partes. Las enmiendas se rigen por el artículo 9 del CVPCO, y son obligatorias sólo para los Estados que las acepten.

<sup>33</sup> Los niveles de producción y consumo de los países desarrollados no debían ser superior a cero antes del año 2001. Atendiendo al principio de responsabilidad común pero diferenciada, existe un trato más favorable para los países considerados en vías de desarrollo.

<sup>34</sup> Los niveles de producción y consumo de los CFC del Grupo I (Anexo A) debían ser igual a cero antes del 1 de enero de 1997. En el caso de los halones

parte, las enmiendas ampliaron el catálogo de sustancias del Anexo C e incluyeron un el Anexo E. Finalmente, se adoptaron una serie de Decisiones en cuanto al incumplimiento de las medidas PM<sup>35</sup>.

## **6. Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (1988)**

La Conferencia de Toronto sobre Cambios en la Atmósfera, realizada durante junio de 1988, fue la primera vez que científicos y políticos se reunían para buscar soluciones eficientes al problema climático. Tal fue la concienciación alcanzada que los países industrializados se comprometieron voluntariamente a reducir para el año 2005 un 20% sus emisiones de CO<sub>2</sub>. Este compromiso fue conocido como el “Objetivo Toronto”.

Esta Conferencia fue el primer paso para la creación del PICC<sup>36</sup>, paso que se concretó meses más tarde en Ginebra (Suiza) como resultado de un esfuerzo mancomunado entre el PNUMA, la OMM y el Consejo Internacional de Uniones Científicas<sup>37</sup>.

El propósito de esa organización es predecir el impacto de los gases de efecto invernadero y proponer posibles soluciones para prevenir y erradicar este problema. Su *modus operandi* se lleva a cabo mediante informes periódicos<sup>38</sup>.

El Panel cuenta con tres grupos de trabajo:

---

enumerados en el Grupo II (Anexo A), sus niveles de consumo y producción debían ser igual a cero antes del 1 de enero de 1995. Por su parte, los niveles de consumo y producción de los CFC del Grupo I (Anexo B), del tetracloruro de carbono y del metilcloroformo, ambos del Grupo II (Anexo B), debían ser igual a cero antes del 1 de enero de 1997.

<sup>35</sup> Anexo IV.

<sup>36</sup> En inglés: *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)

<sup>37</sup> De esta manera, los Estados que son miembros del PNUMA y de la OMM, también lo son del PICC. Este organismo, integrado inicialmente por unos 300 científicos, hoy en día cuenta con un equipo de más de 2500 científicos y expertos en asuntos climáticos, ecológicos, medicinales y oceanográficos, que representan más de 90 países de todo el planeta.

<sup>38</sup> Hasta el momento sus informes son cuatro: en 1990, 1995, 2001 y 2007.

- el Grupo de Trabajo I (estudio del cambio climático): es el encargado de investigar la situación actual del fenómeno climático y de realizar las correspondientes predicciones científicas. Para ello centra su atención en la relación existente entre las actividades antropogénicas emisoras de gases de efecto invernadero y el cambio del clima;
- el Grupo de Trabajo II (análisis técnico-científico del impacto ambiental): su misión es analizar las repercusiones ambientales y socioeconómicas del calentamiento global; y
- el Grupo de Trabajo III (dimensiones económicas y sociales del cambio climático): debe evaluar cuestiones económicas, formula posibles soluciones y propone políticas medioambientales. Más allá de esta división temática también hay ocasiones en que el Panel funciona en pleno.

## **7. Camino hacia la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (1989 – 1992)**

El 11 de marzo de 1989 la Conferencia Intergubernamental de La Haya adoptó una Declaración final en la que se reconocía “...el deber de la comunidad de naciones para con las generaciones presentes y futuras de hacer todo lo posible para controlar la calidad de la atmósfera”.

A partir de esta declaración, los Estados participantes establecieron, entre otras cosas, la necesidad de crear una nueva autoridad institucional encargada de adoptar medidas eficaces para proteger la capa de ozono.

A finales de ese mismo año, el 6 de diciembre, la AGONU dictó la Resolución 43/53 sobre la protección del clima global para las generaciones presentes y futuras. La Resolución declara que la lucha



contra el cambio climático es una preocupación que atañe a toda la humanidad ya que está en juego el mantenimiento de la vida en la Tierra y que por tal motivo la ONU, órgano universal por excelencia, era el foro adecuado para elaborar acciones políticas internacionales<sup>39</sup>. Asimismo, se insiste sobre la necesidad de elaborar un Convenio Marco sobre la contaminación atmosférica y el calentamiento global a los fines de enfrentar el problema antes de que sea demasiado tarde<sup>40</sup>.

En agosto de 1990, el PICC culminó en Sundsvall (Suecia) su primer informe. Entre otras cosas, establecía que la relación causal que existe entre el CO2 y el calentamiento global nos obliga a reducir inmediatamente las emisiones de diversos GEI. Además, recomendaba una urgente iniciación de las negociaciones para lograr un acuerdo efectivo y definitivo sobre el cambio climático.

Entre los días 29 de octubre y 7 de noviembre de 1990 se desarrolló en Ginebra (Suiza), la Segunda Conferencia Intergubernamental sobre el Clima<sup>41</sup>. La base de la discusión científica estuvo enmarcada por las conclusiones del I-PICC1.

La Declaración Ministerial estableció que “...el impacto potencial de dicho cambio climático se puede convertir en una amenaza de niveles máximos desconocidos y podría amenazar incluso la supervivencia en algunas pequeñas islas, regiones costeras y zonas áridas y semiáridas.”

---

<sup>39</sup> Párrafo 5° de la Resolución 43/53.

<sup>40</sup> Párrafo 12° de la Resolución 43/53.

<sup>41</sup> Sobre el tema se puede consultar M. CASTILLO DAUDÍ, “La protección internacional de la atmósfera: de la contaminación transfronteriza al cambio climático, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales”, Ed. Vitoria, Gasteiz, 1994 y T. HANISH (ed.), “A comprehensive Approach to Climate Change, Center for International Climate and Energy Research”, Oslo, 1991.

A pesar de las apremiantes recomendaciones científicas del I-PICC1, no se adoptaron compromisos concretos. No obstante, la Declaración Final deja sentados ciertos puntos de consensos sumamente importantes para las futuras negociaciones de un Convenio Marco<sup>42</sup>.

El 21 de diciembre de 1990, mediante la Resolución 45/212, la AGONU crea el CIN de la CMNUCC<sup>43</sup>. Es una Resolución de vital importancia para el Convenio Marco, ya que no sólo creó el organismo encargado de llevar adelante las negociaciones previas sino que además determinó el lugar, fecha y plazos en que aquéllas se realizarían<sup>44</sup>.

## **8. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992)**

### **8.1. Introducción**

En febrero de 1991 tuvo lugar Washington (EEUU) la primera sesión del CIN para la redacción de la CMNUCC<sup>45</sup>. Éste fue el inicio de un extenso período de negociaciones de seis sesiones que duró más de quince meses. La CMNCC fue finalmente adoptada en Nueva

---

<sup>42</sup> Existía acuerdo sobre los siguientes puntos: la responsabilidad preeminente de los países desarrollados; la necesidad de dotar de recursos financieros y tecnológicos a los países en vías de desarrollo; el principio precautorio; y la importancia de los bosques en su carácter de sumideros.

<sup>43</sup> Órgano totalmente abierto a la participación de los Estados miembros de las Naciones Unidas y de sus Organismos especializados. En última instancia lo han hecho representantes de más de 150 Estados.

<sup>44</sup> Se indica que la primera sesión de negociaciones tendría lugar en Washington, EEUU, en febrero de 1991, y que debían finalizar antes de junio de 1992 (fecha de celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo). El escaso margen temporal fijado para la redacción del texto final de una Convención tan compleja y debatible como la de ciernes, generó arduas críticas, fundadas en que ante tales exigencias el resultado no podía ser otro que un modesto paso en el camino hacia una efectiva política medioambiental. En este sentido encontramos a CAMERON, P. y ZILLMAN, D., "Kioto: From Principles to Practice", Ed. Klumer Law International, 2001, p. 9.

<sup>45</sup> En inglés: The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC).

York (EEUU), el 9 de mayo de 1992<sup>46</sup>, y fue abierta para la firma en junio de ese mismo año<sup>47</sup>.

Las negociaciones preparatorias de la Convención no fueron nada fáciles, ya que se desarrollaron en medio de constantes debates, por momentos irreconciliables, que protagonizaban grupos con intereses antagónicos<sup>48</sup>.

En primer lugar, existía una puja de hemisferios, es decir, entre los países del Sur contra los del Norte<sup>49</sup>. La segunda contienda de intereses se dio entre los Estados productores de energía y los restantes<sup>50</sup>. Finalmente, más centrados en problemas de tipo geográfico que económico, encontramos la división entre los países más amenazados o afectados por el calentamiento global y los de menos riesgo ecológico<sup>51</sup>. El resultado final de estas comprimidas negociaciones fue la adopción de una Convención Marco sobre el Cambio Climático.

---

<sup>46</sup> BODANSKY, D. "The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary", *Yale Journal of International Law*, Vol. 18, N° 2, 1993.

<sup>47</sup> La Convención ha sido firmada por 160 Estados.

<sup>48</sup> Para mayor información sobre la negociación y diplomacia en la confección de tratados internacionales consultar M. K. TOLBA y I. RUMMEL-BULSKA, "Global Environmental Diplomacy: Negotiating Environmental Agreements for the World, 1973-1992", Ed. The MIT Press, Cambridge y London, 1998; M. PATERSON y M. GRUBB, "The International Politics of Climate Change", Ed. International Affaire, 1992; y YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, "The International Climate Change Regime. A Guide to Rules, Institutions and Procedures", Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 33 y ss.

<sup>49</sup> Los primeros acusan a los segundos de ser los culpables históricos de la mayor parte de las emisiones destructoras de la capa de ozono y exigen un tratamiento justo y acorde a esa realidad. A partir de ello, los países en vías de desarrollo bregan por el principio de responsabilidad compartida pero diferenciada y exigen el traspaso de la tecnología y de los recursos financieros necesarios para poder hacer frente a los compromisos medioambientales que se asuman.

<sup>50</sup> Los países productores veían con cierto recelo las obligaciones de reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> a la atmósfera ya que podrían afectar el crecimiento de su desarrollo económico. Del otro lado, estaba el resto de los países que promovían la eficiencia energética y el uso de energía que alternativa a la de los hidrocarburos.

<sup>51</sup> Los primeros, en especial Vanuatu, Fidji, Bangla Desh y Sri Lanka, precisaban con suma urgencia una serie de medidas efectivas ya que se encontraba en juego su propio territorio.

El aditivo “Marco” junto al de “Convención” en su denominación no es casual. Su inserción implica que estamos ante un texto inicial que contiene sólo los preceptos rectores y las obligaciones generales de los Estados Parte. Se trata de una primera etapa dentro de un proceso normativo internacional que requiere ser complementada<sup>52</sup>.

De esta manera, parafraseando a Chueca Sancho<sup>53</sup>, el ciclo vital de la CMNUCC no es unidireccional y cerrado sino que debe ser adaptado a las circunstancias que vaya ofreciendo el problema del cambio climático. Esta adaptación puede realizarse transformando el propio texto convencional (enmienda) o completándolo a través de anexos y protocolos<sup>54</sup>.

A modo de valoración, la doctrina coincide que se trató de un Convenio deslucido y poco comprometido. Era un texto que no permitía albergar demasiadas esperanzas sobre la reducción del nivel de emisiones a las cantidades emitidas en 1990 y tampoco sobre la simple estabilización en el nivel de las producidas en dicho año<sup>55</sup>.

La sensación generalizada era que se desperdició una inmejorable oportunidad para asumir compromisos concretos e iniciar un camino

---

<sup>52</sup> Si no se establecieron objetivos cuantificados ni un calendario concreto se debió principalmente a la constante presión ejercida por los EE.UU. y por Japón durante el transcurso de las negociaciones (G. CORCELLE, 20 ans après Stockholm: “La conférence des Nations Unies de Rio de Janeiro sur l’environnement et le développement: Point de départ ou aboutissement? », Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne, Février, 1993, p. 119 y 120).

<sup>53</sup> CHUECA SANCHO, Ángel G., “Cambio Climático y Derecho Internacional”, Fundación Ecología y Desarrollo, Zaragoza, 2000, p. 39.

<sup>54</sup> Ésta es la razón por la que muchos autores anglosajones usan el término soft law (YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, “The International Climate Change Regime. A Guide to Rules, Institutions and Procedures”, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 8).

<sup>55</sup> CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 32.

eficaz hacia la protección de la atmósfera y la lucha contra el cambio climático<sup>56</sup>.

No obstante, y a pesar de sus carencias, hay que reconocer que la CMNUCC fue uno de los primeros pasos más serios por combatir la problemática atmosférica<sup>57</sup>. En este sentido, no le falta razón a Sarasíbar Iriarte cuando afirma que la Convención constituyó “un texto jurídico esencial por ser el inicio para futuros acuerdos y políticas, que de hecho se llevaron a cabo mediante el Protocolo de Kioto de 1997”<sup>58</sup>.

## 8.2. Entrada en vigor

En la Segunda Sesión del CIN [entre el 19 y 28 de junio de 1991 - Ginebra (Suiza)], se debatió esencialmente la entrada en vigor del texto convencional<sup>59</sup>. Las posturas yuxtapuestas no tardaron en aflorar.

Por un lado, algunos países pretendían que la vigencia se produjese después de conseguir un cierto número de manifestaciones de consentimiento, sin importar el grado de emisión de sustancias de los Estados ratificantes (tesis cuantitativa o clásica); en el otro grupo se propugnaba que el Convenio entrase en vigor una vez que fuera

---

<sup>56</sup> No obstante, existen autores que consideran plausible la decisión de adoptar la modalidad de Convención Marco (YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, *op. cit.*, p. 6/9).

<sup>57</sup> CAMERON, Peter D. y ZILLMAN, Donald, “Kioto: From Principles to Practice”, Ed. Klumer Law International, 2001, p. 8.

<sup>58</sup> SARASÍBAR IRIARTE, M., “Régimen jurídico del cambio climático”, Colección DP. Derecho Público, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 86.

<sup>59</sup> España lo ratificó mediante el Instrumento de Ratificación de 16 de noviembre de 1993 (BOE N° 27, de 1 de enero de 1994). Argentina la ratificó a través de la Ley 24.295, de 7 de diciembre de 1993 (BO, de 11 de enero de 1994). Italia la ratificó por medio de la Ley N° 65, de 15 de enero de 1994 (GU N° 23, de 29 de enero de 1994).

ratificado por los países que producían un porcentaje determinado de las emisiones mundiales<sup>60</sup> (tesis cualitativa).

Lejos de concluir en ese momento, el debate continuó hasta la Cuarta Sesión del CIN, que tuvo lugar del 9 al 20 de diciembre de 1991, también en Ginebra. Si bien existían más de cuatro posturas, el foco de discusión se centró nuevamente entre la tesis cuantitativa<sup>61</sup> y la tesis cualitativa<sup>62</sup>. Finalmente se impuso la primera<sup>63</sup>.

Tal y como establece su propio texto, la entrada en vigor de la Convención se produciría "...al nonagésimo día contado desde la fecha en que se haya depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión"<sup>64</sup>. La entrada en vigor se produjo formalmente el 21 de marzo de 1994<sup>65</sup>.

### **8.3. Objetivos y principios**

Luego de las apocalípticas consecuencias del I-PICCC1 en 1990, la CMNUCC se dispuso a estabilizar "las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático"<sup>66</sup>. Seguidamente, sostuvo que ese nivel "debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente

---

<sup>60</sup> CIN/CMNUCC, A/AC.237/9, 19 agosto 1991, p. 15, Párr. 62.

<sup>61</sup> Dentro de esta postura se discutió acerca del número de Estados necesarios para ratificar la Convención: 20, 25, 40, 50, 60 y hasta 80 partes.

<sup>62</sup> CIN/CMNUCC, A/AC.237/15, 29 enero 1992, p. 95 y 96.

<sup>63</sup> Llama la atención que la CMNUCC exigiera el depósito de 50 instrumentos y que el Protocolo de Kioto exija una cantidad no menor a 55. Es inusual que un protocolo exija mayor número de partes que su texto base (CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 38).

<sup>64</sup> Artículo 23° de la CMNUCC.

<sup>65</sup> Noventa días después de haberse reunido los cincuenta instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión exigidos para su entrada en vigor. ONU. Multilateral Treaties. Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 Dec. 1991, vol. II, Part. I, Cap. XXVII, Environment, Doc. ST/LEG/SER.E/18 (Vol. II).

<sup>66</sup> Artículo 2° de la CMNUCC.

al cambio climático, asegurar que la producción se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible.”<sup>67</sup> Más adelante<sup>68</sup>, la Convención habla de “volver individual o conjuntamente a los niveles de 1990 esas emisiones antropógenas de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal.”<sup>69</sup>

Como no se fijaron cifras concretas y obligatorias de reducción, podemos decir que no se trató de un compromiso efectivo de disminución para las Partes, es decir, derivado de obligaciones jurídicas vinculantes. Más bien fue un conjunto de recomendaciones y sugerencias.

La mayoría de los principios rectores de la Convención<sup>70</sup> giran en torno a las ideas de protección y preservación medioambiental. Su preámbulo reconoce “...que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad... y que la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países...”. De tal manera que todos los Estados tienen un interés legal en el cambio climático, además de la responsabilidad de prevenir los daños generados por éste<sup>71</sup>.

En el párrafo octavo, y haciendo referencia a la responsabilidad de las Partes, se recuerda que los Estados “...tienen el derecho soberano

---

<sup>67</sup> De los trabajos del CIN se deduce que cuando la norma habla de un “plazo suficiente” para llevar adelante la adaptación ambiental se refiere al año 2000.

<sup>68</sup> Artículo 4.2.b) de la CMNUCC.

<sup>69</sup> De esta manera, la Convención respalda el desarrollo económico aunque de manera sostenible en el tiempo (desarrollo sostenible). Aspecto que pone en duda Sarasibar Iriarte puesto que el cambio climático con sus consecuencias en otros sectores puede conllevar a que tal desarrollo no sea del todo compatible con la protección del ambiente (SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 86).

<sup>70</sup> Preámbulo y artículo 3º de la CMNUCC.

<sup>71</sup> Consultar SAND, P., “Principles of International Environmental Law”, 2º Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

de explotar sus propios recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción... no causen daño al medio ambiente de otros Estados...”<sup>72</sup>. Si bien el siguiente párrafo del preámbulo reafirma “el principio de la soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático”, en nada obsta lo dispuesto *ut supra*<sup>73</sup>.

Destacando la importancia de la investigación y la actualización científica, se reconoce que “...las medidas necesarias para entender el cambio climático y hacerle frente alcanzarán su máxima eficacia... si se basan en las consideraciones pertinentes de orden científico, técnico y económico y se revalúan continuamente a la luz de los nuevos descubrimientos”.

En última instancia el preámbulo manifiesta un postulado reiterado a lo largo de toda la Convención: la importancia de que los países en desarrollo accedan a los recursos necesarios para lograr un desarrollo económico y social sostenible.

Más allá de estos reconocimientos iniciales, la Convención detalla en su artículo 3 los principios rectores que deben observar las Partes en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>74</sup>:

---

<sup>72</sup> Acorde con el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo (1972) y con el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente (1992).

<sup>73</sup> YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, *op. cit.*, p. 68.

<sup>74</sup> Los autores, por cuestiones didácticas y metodológicas, suelen agruparlos de diferentes maneras aunque siempre respetando la idea de las Convención. Iriarte habla de cinco principios: “Protección del sistema climático sobre la base de la equidad y teniendo en cuenta las responsabilidades comunes pero diferenciadas, tanto para las generaciones presentes como para las futuras; toma en consideración de las características o notas singulares de aquellos países en desarrollo, sobre todo de aquellos que presentan mayor vulnerabilidad o sensibilidad hacia los efectos derivados del cambio climático...; las Partes deben tomar medidas de precaución para prevenir o, en su caso, reducir al mínimo las causas que originan un cambio climático y aminorar sus efectos negativos...;



### **a) Principio de la responsabilidad común pero diferenciada**

La Comunidad Internacional declaraba que si bien era cierto que el problema del cambio climático no escapa a ningún país, no todos han contribuido de la misma forma a provocarlo<sup>75</sup>.

La prosperidad alcanzada por los Estados más desarrollados ha sido, en parte, consecuencia de una mayor agresión al medio ambiente, cuyo derecho de disfrute y correcta conservación pertenece a todos los países, sean o no desarrollados<sup>76</sup>. De manera que, mediante el principio de la responsabilidad común pero diferenciada, son los países desarrollados los que deben asumir mayores compromisos para revertir el deterioro ambiental.

---

derecho al desarrollo sostenible y deber de promoverlo....; deber de cooperación en la tarea de promocionar un sistema económico internacional abierto que fomente o favorezca un crecimiento económico y desarrollo sostenible de todas las Partes, sin que exista ningún tipo de discriminación, en especial para aquellos países en vías de desarrollo” (SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 87). Chueca los esquematiza de la siguiente manera: “El de la equidad intergeneracional, el que afirma la existencia de una responsabilidad común pero diferenciada de las partes, el que advierte que han de preservarse las necesidades específicas de los países en desarrollo más vulnerables, el de la precaución, el que protege del derecho al desarrollo sostenible y, finalmente, el que solicita la instauración de un sistema económico internacional abierto y propicio” (CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 78 y 79). A su turno, Juste menciona: “La protección del sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras; las responsabilidades comunes pero diferenciadas de las Partes; el principio precautorio; el derecho al desarrollo sostenible; las medidas adoptadas para combatir el cambio climático no deberían constituir un medio de discriminación ni una restricción encubierta al comercio internacional.” (JUSTE RUIZ, José, “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 291). Farhana y Depledge se refieren a los siguientes principios: responsabilidad común pero diferenciada; principio precautorio; el derecho a un desarrollo sostenible (YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, “The International Climate Change Regime. A Guide to Rules, Institutions and Procedures”, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 69/72).

<sup>75</sup> En este mismo sentido y de manera simultánea a la CMNUCC, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) reza en el Principio 7 que “en vista de que han contribuido en distinta manera a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas”.

<sup>76</sup> Es sabido que prácticamente las tres cuartas partes de las emisiones de CO2 vertidas a la atmósfera proceden de los países más desarrollados del planeta. Más específicamente, un cuarto de dichas emisiones corresponden exclusivamente a EEUU (UNEP, IPCC y World Resources Institute, Global CO-2 Emissions-Considerations of International Law Use, Naciones Unidas, Nueva York, 1993).

La Convención también reconocía que los efectos perjudiciales del calentamiento global afectarán de manera diferente a los distintos países, según cual sea su ubicación geográfica. En pocas palabras, se trata aplicar la igualdad entre iguales<sup>77</sup>.

Sobre estas premisas la CMNUCC expresaba que “las Partes deberían proteger el sistema climático... sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades”, y que “deberían tenerse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, específicamente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático...”<sup>78</sup>. Desde un punto de vista más práctico se especificaban una serie de obligaciones y compromisos asimétricos según el grado de desarrollo y la localización geográfica de las Partes<sup>79</sup>.

Este principio de equidad requiere tomar en cuenta todas las consideraciones relevantes en el reparto de responsabilidades, en particular las necesidades y circunstancias de los países menos desarrollados<sup>80</sup>.

Este principio no es totalmente nuevo ya que comenzó a gestarse en el PM (1987), donde se otorgaba un plazo de gracia de diez años a

---

<sup>77</sup> La Declaración de Estocolmo en el Principio 23 aclara que las normas que sus normas “si bien son válidas para los países más avanzados, pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo”.

<sup>78</sup> Artículo 3.1 y 3.2 de la CMNUCC.

<sup>79</sup> Siguiendo a Chueca, es dable distinguir seis categorías de Partes bien diferenciadas: a) los principales causantes de la emisión de gases de efecto invernadero; b) los países desarrollados; c) los países en desarrollo; d) los países menos desarrollados; e) los países particularmente vulnerables a los efectos adversos al cambio climático; y f) los países con economías vulnerables a las medidas de respuesta a los cambios climáticos CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 67.

<sup>80</sup> SAND, P., “Principles of International...”, *op. cit.*, p. 287.

los países en vías de desarrollo para el cumplimiento de las medidas de control establecidas en su texto<sup>81</sup>.

### **b) Principio de precaución**

La CMNUCC establece que cuando exista amenaza de daño grave o irreversible, no corresponde utilizar la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas<sup>82</sup>.

El fundamento de esta declaración estriba tanto en razones económicas como ecológicas, ya que no sólo es más costoso reparar que evitar sino que también que los daños ambientales son generalmente irreparables<sup>83</sup>.

El deber de actuar a partir de indicios suficientes es consecuencia inmediata del principio de ciernes. Dado que estos indicios ya existen, se deduce el deber de todas las Partes de prever, prevenir y reducir al mínimo las causas del calentamiento global y de tomar todas las medidas para adaptarse a sus efectos<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Para un estudio más profundo del tema ver HUNTER, D.; SALZMAN, J. y ZAELKE, D., "International Environmental Law and Policy", 2º Ed., Ed. Foundation Press, New York, 2002, p. 402; SAND, P., *op. cit.*, p. 285/289; SCHRIJVER, N. y WEISS, F., "International Law and Sustainable Development, Principles and Practice", Martinus Nijhoff Publishers, Oegstgeest, 2004, p. 73/96 p. 73/96; LÁZARO CALVO, T., "Derecho Internacional del Medio Ambiente", Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 390 y ss.

<sup>82</sup> Artículo 3.3 de la CMNUCC y Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992).

<sup>83</sup> KISS, A. y BEURIER, J. P., "Droit International de l'environnement", 2º Ed., Ed. Pedone, Paris, 2000, p. 122-123.

<sup>84</sup> Para mayor información consultar FREESTONE, D. Y HEY, E., "The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation", Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1996; SILVERIO, A., "La tutela ambientale in campo internazionale", Le monografie de Contratto e impresa, Serie diretta da Francesco Galgano, Ed. CEDAM, Padova, 1996, p. 340/342; JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P., "El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente", Ed. Ecoiuris, Madrid, 2001; HUNTER, D.; SALZMAN, J. y ZAELKE, D., *op. cit.*, p. 403/407; SANDS, P., *op. cit.*, p. 266/278; ROJAS QUIÑONES, C. M., "Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia", 1º Ed., Proyectos Editoriales Curcio Penen,

### **c) Principio de desarrollo sostenible**

Con este principio la Convención no pretende impedir o acotar el crecimiento económico sino promover un desarrollo sostenible. Esto implica satisfacer las necesidades actuales sin poner en peligro la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras<sup>85</sup>. Un crecimiento que pueda ser mantenido en el tiempo sin repercusiones medioambientales negativas<sup>86</sup>. De ahí que Chueca hable de “equidad intergeneracional”, es decir, que nuestra descendencia goce de las mismas posibilidades ecológicas con las que contamos nosotros hoy en día<sup>87</sup>.

A estos fines, la CMNUCC sostiene que “las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras”<sup>88</sup> (perspectiva intergeneracional) y que éstas “tienen derecho al desarrollo sostenible...”<sup>89</sup> (perspectiva socioeconómica).

En definitiva, los esfuerzos para prevenir el calentamiento global y sus consecuencias no pueden tampoco amenazar el crecimiento de

---

Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 179/180; GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Thomson Aranzadi, Año 2005 -1, N° 7, p. 97/114; LÁZARO CALVO, T., *op. cit.*, p. 380 y ss.

<sup>85</sup> La definición legal de este principio debe su origen al llamado “Informe *Brundtland*” (COMMISSION BRUNDTLAND, “The World Commission on Environment and Development”, *Our Common Future*, New York, 1987).

<sup>86</sup> Tradicionalmente EEUU se opuso al derecho al desarrollo sostenible debido a que implica la obligación de asistencia financiera de los países desarrollados hacia los que aún no lo están (BODANSKY, D., “The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 18, N° 2, 1993, p. 504).

<sup>87</sup> *Vid.* nota 74.

<sup>88</sup> Artículo 3.1 de la CMNUCC. El Principio 3 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) dispone que “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

<sup>89</sup> Artículo 3.4 de la CMNUCC.

los países<sup>90</sup>, en especial de los países que aún no están debidamente desarrollados<sup>91</sup>.

#### **8.4. Compromisos de las Partes**

La Convención divide las obligaciones de las Partes en dos categorías: los compromisos generales y los compromisos particulares<sup>92</sup>.

Los compromisos generales son las obligaciones mínimas y abstractas que deben asumir todas las Partes de la CMNUCC (no solamente los países desarrollados)<sup>93</sup>. Teniendo en cuenta el orden en que aparecen en la norma, los podemos sintetizar con el siguiente esquema:

- elaborar, actualizar, publicar y facilitar inventarios nacionales de las emisiones antropogénicas por las fuentes y de la absorción de gases por los sumideros (Art. 4.1.a)<sup>94</sup>;
- formular, aplicar, publicar y actualizar regularmente programas nacionales con medidas para mitigar el cambio climático (Art. 4.1.b)<sup>95</sup>;

---

<sup>90</sup> Si bien el derecho al desarrollo está reconocido como derecho humano desde hace unos años (1986) y como derecho de los Estados desde mucho antes (1975), desde la CMNUCC este desarrollo debe ser integral y realizarse de manera respetuosa con el medio ambiente.

<sup>91</sup> *Vid.* SILVERIO, A., op. cit., p. 338/340; SAND, P., op. cit., p. 252; SCHRIJVER, N. y WEISS, F., “International Law and Sustainable Development, Principles and Practice”, Martinus Nijhoff Publishers, Oegstgeest, 2004.

<sup>92</sup> El debate sobre el establecimiento de compromisos diferenciados en el texto de la Convención (Estados desarrollados contra Estados en desarrollo), condujo a un escalafón de compromisos. No sólo se limitó la distinción entre compromisos generales y específicos sino que también se graduaron estos últimos teniendo en cuenta distintas categorías de países.

<sup>93</sup> Artículo 4.1 de la CMNUCC.

<sup>94</sup> Consiste en obtener datos comparables que permitan las correspondientes reducciones de emisiones y la maximización de los sumideros. A nivel internacional, de los inventarios más relevantes se destacan dos: uno elaborado conjuntamente por la PICC y la OCDE; y la llamada “Nomenclatura seleccionada” para la polución del Aire, adoptada por la Comunidad Europea (conocida también como CORINE-AIRE).

- promover y apoyar la aplicación y difusión de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropogénicas de gases de efectos invernadero (Art. 4.1.c)<sup>96</sup>;
- promover la gestión sostenible y apoyar la conservación y el reforzamiento no controlados por el PM (Art. 4.1.d);
- cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático, especialmente en las zonas geográficas más vulnerables (Art. 4.1.e)<sup>97</sup>;
- considerar las consecuencias del cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales (Art. 4.1.f);
- promover la investigación científica, tecnológica, socioeconómicas respecto al cambio climático y en el establecimiento de archivos de datos referidos al mismo (Art. 4.1.g)<sup>98</sup>;
- cooperar en el intercambio pleno y abierto de la información referida al cambio climático (Art. 4.1.h)<sup>99</sup>;
- apoyar la educación y capacitación respecto al problema del cambio climático y estimular la participación social (Art.4.1.i)<sup>100</sup>;

---

<sup>95</sup> El Protocolo de Kioto establece en su artículo 10.b) y 10.i) que dichos programas guardarán relación con los sectores de energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura, y la gestión de desechos.

<sup>96</sup> Tal como señala Chueca “resulta curioso que este compromiso, aceptado como general en la Convención, se exija después como específico tan sólo a las partes listadas en su Anexo I; en otras palabras, el art. 5 del Protocolo obliga a las partes incluidas en el mencionado Anexo I a elaborar un sistema nacional que permita la estimación de las emisiones antropogénicas por las fuentes y de las absorción por los sumideros.” (CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 102).

<sup>97</sup> Muchos autores coinciden que este tipo de compromisos parecen más una expresión de deseo que una obligación concreta y efectiva.

<sup>98</sup> No es un compromiso privativo de la CMNUCC ni mucho menos. Encontramos muchos supuestos expresados de manera muy similar: CVPCO (Art. 2.2°.a); El Protocolo al Tratado Antártico (Art. 3.2); Convenio sobre la Diversidad Biológica (Art. 7 y 12); entre otros.

<sup>99</sup> Compromiso que también encontramos en el CVPCO (art. 2.2°.a), el Protocolo al Tratado de la Antártica (6.1.c) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (art. 17).

<sup>100</sup> Se completa con el artículo 6 de la misma Convención.

- comunicar a la Conferencia de las Partes la información relativa a la aplicación (Art. 4.1.j).

Por otro lado, la CMNUCC también determina un número de compromisos específicos para los Estados más desarrollados, intentando así obligar a los principales causantes de la emisión de gases a la atmósfera.

Las obligaciones se estructuran nuevamente en dos grupos: por un lado, están los compromisos asumidos por los Estados desarrollados y los incluidos en el Anexo I<sup>101</sup>; y, por el otro, tenemos los que les corresponden a los países desarrollados y los del Anexo II<sup>102</sup> de la Convención.

Entre los primeros, encontramos los siguientes:

- adopción de políticas nacionales y de medidas de mitigación del cambio climático, limitando sus emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero y mejorando sus sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero (Art. 4.2.a);
- presentación de información detallada acerca de las políticas y medidas del punto anterior y de las proyecciones resultantes con respecto a las emisiones antropogenias por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero no controlados por el PM, con el fin de volver a los niveles de 1990

---

<sup>101</sup> Alemania, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, Comunidad Económica Europea, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania.

<sup>102</sup> Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Comunidad Económica Europea, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia, Suiza.

esas emisiones antropogénicas de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero no controlados por el PM (Art. 4.2.b)<sup>103</sup>;

- coordinar los correspondientes instrumentos económicos y administrativos elaborados para conseguir el objetivo de la Convención, e identificar y revisar periódicamente las políticas y prácticas que alienten la realización de actividades productoras de niveles de emisión de gases (Art. 4.2.e.i y ii)<sup>104</sup>.

Las obligaciones y compromisos que competen a las Partes pertenecientes al Anexo II:

- proporcionar recursos financieros nuevos y adicionales a efectos de cubrir los gastos que deban afrontar los países en vías de desarrollo para cumplir con sus obligaciones (Art. 4.3.);
- ayudar a las Partes que son países en desarrollo y particularmente vulnerables a los efectos del cambio climático (Art. 4.4);
- adopción de medidas para promover, facilitar y financiar la transferencia de tecnologías y conocimientos prácticos ambientalmente sanos a los países en desarrollo (Art. 4.5)<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Cuando se debatió esta cuestión en el CIN, constantemente se hablaba de la necesidad primordial de primero estabilizar y luego reducir las emisiones de gases destructores de la atmósfera. Incluso se llegó a analizar la posibilidad de limitar las emisiones a los niveles de 1990 para el año 1995. Finalmente en la Convención se desliza tímidamente la posibilidad de que los Estados desarrollados reduzcan para el 2000 sus emisiones hasta los niveles alcanzados en 1990. Este proceso de reducción de emisiones llega a su maduración en el Protocolo de Kioto de 1997, en cuyo artículo 3, 1º párrafo, expresamente se indica que las Partes incluidas en el Anexo I de la CMNUCC se asegurarán de que sus emisiones no excedan de las cantidades atribuidas a ellas en el anexo B del mismo Protocolo. De esta manera se pretende reducir el total de las emisiones a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012.

<sup>104</sup> Estos mismos compromisos son reiterados en el Protocolo de Kioto. Incluso su artículo 7º prevé que cada Parte informe anualmente de sus reducciones de emisiones una vez que haya comenzado el primer período e compromisos.

<sup>105</sup> Todo lo que se refiere a financiación y transferencia de tecnología siempre ha sido una materia de grandes controversias durante las negociaciones, originadas básicamente por el enfrentamiento existente entre los países del hemisferio norte y



Este esquema de compromisos demuestra como la CMNUCC se aferró al principio de responsabilidad común pero diferenciada. Esta responsabilidad obliga a no propiciar el aumento de la contaminación y a buscar medidas urgentes y eficaces para frenar o, por lo menos, intentar reducir el problema.

A lo largo de todo el documento pueden observarse las diferencias que existen sobre la cantidad y calidad de las obligaciones establecidas. Esto es así, repetimos, porque la contaminación atmosférica de los países desarrollados es, y ha sido siempre, mucho mayor que la de los países en vías de desarrollo.

### **8.5. Estructura orgánica**

El órgano máximo de la CMNUCC la CP<sup>106</sup>. Está integrada por la totalidad de las Partes y su principal objetivo consiste en velar por la correcta aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la CP<sup>107</sup>. Para ello se le conceden las siguientes atribuciones:

- examinar periódicamente las obligaciones de las Partes (Art. 7.2.a);
- promover y facilitar el intercambio de información sobre las medidas adoptadas por las Partes (Art. 7.2.b);
- facilitar la coordinación de las medidas adoptadas para hacer frente al cambio climático y sus efectos adversos (Art. 7.2.c);
- promover y dirigir el desarrollo y el perfeccionamiento periódico de metodologías comparables que ella misma acordará (Art. 7.2.d);

---

sur. Cabe señalar que el CVPCO no exige aportaciones financieras a los Estados desarrollados. Realidad que se fue modificando en el PM donde comenzaron a estipularse ciertos compromisos en esta materia.

<sup>106</sup> En inglés: *Conference of the Parties* (COP).

<sup>107</sup> Artículo 7.2 de la CMNUCC.

- evaluarlos efectos generales de las medidas adptadas en virtud de la Convención (Art. 7.2.e);
- examinar y aprobar informes periódicos sobre la aplicación de la Convención (Art. 7.2.f);
- realizar recomendaciones para facilitar la aplicación de la Convención (Art. 7.2.g);
- procurar la movilización de recursos financieros (Art. 7.2.h);
- Establecer los órganos subsidiarios (Art. 7.2.i);
- examinar los informes presentados por los órganos subsidiarios (Art. 7.2.j);
- acordar y aprobar su reglamento, el de los órganos subsidiarios y el reglamento financiero (Art. 7.2.k);
- solicitar la cooperación de las organizaciones internacionales y de los órganos intergubernamentales y no gubernamentales competentes (Art. 7.2.l);
- desempeñar las demás funciones que sean necesarias para alcanzar el objetivo de la Convención (Art. 7.2.m).

Sus sesiones pueden ser ordinarias o extraordinarias. Las primeras se celebrarán una vez al año, y las extraordinarias siempre que la CP lo considere necesario o cuando alguna de las Partes lo solicite<sup>108</sup>. La ONU, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como todo Estado miembro o todo observador de esas organizaciones que no sean Partes en la Convención, podrán estar representados en los periodos de sesiones de la Conferencia de las Partes como observadores.

---

<sup>108</sup> Artículo 7.4/5 de la CMNUCC. La Primera Conferencia de las Partes se llevó a cabo en Berlín (Alemania), del 28 de marzo al 7 de abril de 1995. Al respecto, se puede consultar OBERTHÜR, Sebastian y OTT, Hermann E., "UN/Convention on Climate Change. The First Conference of the Parties", EPL, Berlin, 1996, p. 144 y ss.

De la misma manera todo otro organismo u órgano, nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental, competente en los asuntos abarcados por la Convención, siempre que no se oponga un tercio de las Partes presentes<sup>109</sup>.

También se creó una Secretaría permanente<sup>110</sup> que funciona como órgano administrativo con sede en la ciudad de Bonn (Alemania)<sup>111</sup>. Las atribuciones de la Secretaría son las siguientes:

- organizar los períodos de sesiones de la CP y de los órganos subsidiarios, y prestarles los servicios necesarios (Art. 8.2.a);
- reunir y transmitir los informes que se le presenten (Art. 8.2.b);
- prestar asistencia a las Partes (Art. 8.2.c);
- preparar informes sobre sus actividades y presentarlos a la CP (Art. 8.2.d);
- asegurar la coordinación necesaria con las secretarías de los demás órganos internacionales pertinentes (Art. 8.2.e);
- hacer los arreglos administrativos y contractuales que sean necesarios para el cumplimiento eficaz de sus funciones (Art. 8.2.f);
- desempeñar las demás funciones de secretaria que determine la Convención y la CP (Art. 8.2.g).

Finalmente, la Convención dispone la creación de dos órganos subsidiarios, uno de Asesoramiento Científico y Técnico y el otro de Ejecución.

El primero es un órgano subsidiario multidisciplinar, abierto a la participación de todas las Partes, que se encarga de proporcionar información sobre los aspectos científicos y tecnológicos relacionados

---

<sup>109</sup> Artículo 7.6 de la CMNUCC.

<sup>110</sup> Artículo 8.3 de la CMNUCC.

<sup>111</sup> Tal como fue estipulado en la Primera Conferencia de las Partes.

con la Convención<sup>112</sup>. Más allá de las funciones que ulteriormente le pueda conferir la CP, la Convención dispone las siguientes atribuciones:

- proporcionar evaluaciones del estado de los conocimientos científicos relacionados con el cambio climático y sus efectos (Art. 9.2.a);
- preparar evaluaciones científicas sobre los efectos de las medidas adoptadas para la aplicación de la Convención (Art. 9.2.b);
- identificar las tecnologías y los conocimientos especializados que sean innovadores, eficientes y más avanzados para promover su transferencia (Art. 9.2.c);
- prestar asesoramiento sobre programas científicos, sobre la cooperación internacional relativa a la investigación y la evolución del cambio climático (Art. 9.2.d);
- responder las preguntas de carácter científico, técnico y metodológico que la CP y sus órganos subsidiarios planteen (Art. 9.2.e).

El Órgano Subsidiario de Ejecución también está abierto a la participación de todas las Partes y está integrado por representantes gubernamentales que sean expertos en cuestiones relacionadas con el cambio climático<sup>113</sup>. Sus funciones consisten en:

- examinar la información transmitida de conformidad con el párrafo 1º y 2º del artículo 12 (Art. 10.2.a y b);
- ayudar a la CP en la preparación y aplicación de sus decisiones (Art. 10.2.c).

---

<sup>112</sup> Artículo 9 de la CMNUCC.

<sup>113</sup> Artículo 10 de la CMNUCC.

## **8.6. Mecanismo de financiación, arreglo de controversias y reservas**

El Convenio define un mecanismo de financiación para el suministro de recursos económicos para la transferencia de tecnologías. Este mecanismo debe contar con una representación equitativa y equilibrada de todas las Partes y funciona bajo la dirección de la CP<sup>114</sup>.

En caso de controversia sobre la interpretación o aplicación de la Convención, las Partes interesadas se comprometen a intentar arribar a una solución mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección<sup>115</sup>.

Finalmente la CMNUCC establece expresamente que no se podrán formular reservas a su texto<sup>116</sup>.

## **9. El camino hacia el Protocolo de Kioto (1994 – 1997)**

Uno de los primeros pasos hacia el PK se dio a finales de 1994 cuando se reunieron los países miembros de la APPI<sup>117</sup>. El objetivo de aquella cita fue elaborar un proyecto de Protocolo que exija a los países más industrializados a reducir sus emisiones de CO2 en un 20% sobre los niveles de 1990 para el año 2005<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Artículo 11 de la CMNUCC.

<sup>115</sup> Artículo 12 de la CMNUCC.

<sup>116</sup> Artículo 24 de la CMNUCC.

<sup>117</sup> En inglés: *Alliance Of Small Island Status* (AOSIS).

<sup>118</sup> Esta asociación fue conformada en noviembre de 1990, durante la Segunda Conferencia Intergubernamental sobre el clima, y tal como se desprende de su denominación está compuesta por los cuarenta y tres países altamente vulnerables a los efectos del cambio climático. Para mayor información consultar: [www.sidsnet.org/aosis](http://www.sidsnet.org/aosis)

Esta iniciativa se materializó cuando con fecha 20 de septiembre de 1994 el representante de Trinidad y Tobago (en nombre de la APPI) remitió un proyecto que debía discutirse en la próxima CP<sup>119</sup>.

Al año siguiente, entre el 28 de marzo y el 7 de abril, se celebró en Berlín (Alemania) la CP-1 con la presencia de los más altos representantes políticos<sup>120</sup>. Sus resultados no fueron de gran trascendencia pero se destaca el denominado “Mandato de Berlín”<sup>121</sup>.

Este documento reconoció que los acuerdos existentes hasta ese momento, en especial la CMNUCC, eran demasiado abstractos para obtener los resultados buscados y que el tiempo para corregir esta situación apremiaba. En virtud de ello, se evidenció la necesidad de adoptar un protocolo que definiera las medidas o políticas para reducir las emisiones<sup>122</sup>.

En diciembre de 1995 se presentó en Italia el I-PICCC2. El reporte diagnosticó que “el balance de las evidencias sugiere la influencia humana discernible sobre el clima” y se sugirió “...fortalecer urgentemente las acciones a tomar”.

Los pronósticos de este informe sirvieron de base científica para la próxima conferencia, que tuvo lugar entre el 8 y el 19 de julio de 1996, en la ciudad de Ginebra (Suiza). Su gran aporte fue, sin lugar a dudas, la “Declaración de Ginebra”, por medio de la cual la mayoría

---

<sup>119</sup> Más allá del impulso de la propuesta, a la luz de los resultados finales, se puede decir que no tuvo demasiada acogida.

<sup>120</sup> Sobre el origen y negociaciones del PK se puede estudiar GRUBB, Michel; VROLIJK, Christian y BRACK, Duncan, “The Kioto Protocol: A Guide and Assessment”, Royal Institute of International Affairs, Earthscan, 1999; RAMOS MARTÍN, J., “De Kyoto a Marrakech: historia de una flexibilización anunciada”, Ecología Política, N° 22, 2002, p. 42/53.

<sup>121</sup> Decisión 1/CP-1.

<sup>122</sup> Las Partes se comprometieron a alcanzarlo en la CP-3. En vez de acordar objetivos más duros se creó un nuevo mandato para 2 años con un mayor grado de debates sobre lo que iba a ser el Protocolo de Kioto.

de los países participantes, convencidos de la importancia de concretar medidas y acciones eficaces para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub>, decidieron apoyar la adopción de un texto más conciso y de carácter vinculante.

A principios de 1997 los Ministros de Medio Ambiente de la UE acordaron un objetivo de reducción de cara a las negociaciones del PK de un 15% para el 2010. La trascendencia de la propuesta generó una importante actividad diplomática que, si bien fue bienvenida por muchos países, fue duramente atacada por Japón y EEUU.

Unos meses después los Estados miembros de la ONU se reunieron para llevar adelante una sesión especial de la AGONU. El motivo de aquel encuentro fue realizar un balance sobre los compromisos asumidos por la Comunidad Internacional en la CMNUCC de 1992. Finalmente, las enormes expectativas puestas en aquella reunión quedaron diluidas ya que sólo se estipularon los temas a tratar en la próxima CP<sup>123</sup>.

## **10. Protocolo de Kioto (1997 – 1998)**

### **10.1. Introducción**

El PK constituye uno de los pasos más trascendentes en la lucha mundial contra el cambio climático<sup>124</sup>. Este documento se fue

---

<sup>123</sup> Sólo merecen destacarse, por su contenido y procedencia, las declaraciones del Presidente de EE.UU., Bill Clinton. Traducidas al castellano serían: “Traeremos a la Conferencia de Kioto un compromiso por parte norteamericana fuerte, realista y con límites obligatorios que reducirán significativamente nuestras emisiones”. En sintonía con esta postura, unos meses más tarde EE.UU. anunció en Alemania su propuesta de alcanzar los niveles de 1990 para el 2010, y una reducción del 5% para 2015. Por su parte, Japón apuesta por una reducción del 5% para el 2010 de 3 gases productores de efecto invernadero, pero sin que dichos compromisos sean vinculantes.

<sup>124</sup> Muchos sostienen que el PK en realidad se trata de la única respuesta seria a la amenaza que supone el cambio climático (SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 119/120).

gestando durante las sesiones de la CP-3<sup>125</sup>, desarrolladas en Kioto (Japón) entre el 1 y el 10 de diciembre de 1997. Su texto definitivo fue adoptado el 11 de diciembre de ese año<sup>126</sup>.

Influenciado por el PM, este nuevo protocolo vino a desarrollar las disposiciones vertidas en el CMNUCC, cumpliendo así su misión de constituir un acuerdo internacional autónomo pero vinculado a un Tratado preexistente.

Con el objeto de lograr la tan anhelada estabilización de emisiones de GEI, se reajustó el calendario de restricción de emisiones mediante cifras concretas y se establecieron mecanismos para facilitar el cumplimiento de esos compromisos.

Además del aporte de la Convención de 1992, las negociaciones del Protocolo se fueron nutriendo de los elementos aportados por el I-PICC2 (1995), el Mandato de Berlín (CP-1), la Declaración Ministerial de Ginebra (CP-2) y todas las demás reuniones internacionales celebradas desde la CMNUCC.

De igual manera que con la CMNUCC las negociaciones del PK fueron muy controvertidas, y si bien se alcanzó cierto consenso aún restaba mucho trabajo, especialmente en cuanto al desarrollo de reglas subsidiarias, directrices y metodologías que eran fundamentales para la buena marcha del protocolo<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> En la que participaron 125 países. Recordemos que la aprobación de Protocolos es una de las facultades que la CMNUCC le concede a la CP (Art. 17.1 CMNUCC).

<sup>126</sup> Igualmente, el texto del Protocolo estuvo abierto a la firma en la sede de la ONU en Nueva York (EEUU), del 16 de marzo de 1998 al 15 de marzo de 1999, y a la adhesión a partir del día siguiente a aquél en que quede cerrado a la firma (artículo 24 del PK).

<sup>127</sup> JUSTE RUIZ, José, *op. cit.*, p. 298.



Lo primero que hizo la CP fue confeccionar una lista con los principales problemas a resolver<sup>128</sup>. Los puntos más debatidos fueron esencialmente tres:

- a) determinar cuáles serían los niveles de reducción de las emisiones de GEI, sobre qué tipo de gases, y cuál sería el plazo para alcanzar los objetivos de reducción;
- b) la incorporación de mecanismos que permitan facilitar los compromisos asumidos; y
- c) la entrada en vigor del Protocolo, cuestión que veremos en el siguiente punto.

Sobre la primera cuestión, con la mira puesta en el año 2010, la UE planteó reducir un 15% (según el período base) las emisiones de tres GEI<sup>129</sup>. Por su parte, los miembros de la APPI apoyaban la iniciativa europea aunque proponían una reducción del 20%. Y un tercer grupo (EEUU, Canadá, Japón y Australia), integrado por los miembros del llamado “grupo paraguas”<sup>130</sup>, proponía estabilizar las emisiones de seis GEI<sup>131</sup> en los niveles de 1990, aunque sin especificar plazos concretos<sup>132</sup>.

Se terminó adoptando una postura ecléctica ya que se comprometieron a reducir las emisiones globales de seis gases catalogados como generadores de efecto invernadero en tan sólo un 5% (respecto a los niveles alcanzados en 1990) entre 2008 y 2012.

Otra cuestión fue la incorporación de mecanismos para flexibilizar el cumplimiento de las obligaciones, y en especial el mercado de

---

<sup>128</sup> Decisión 1/CP-3.

<sup>129</sup> CO<sub>2</sub>; CH<sub>4</sub>; N<sub>2</sub>O.

<sup>130</sup> Para mayor información ver YAMIN, Farhana y DEPLEEDGE, Joanna, *op. cit.*, p. 45/46.

<sup>131</sup> CO<sub>2</sub>; CH<sub>4</sub>; N<sub>2</sub>O; HFCs; PFCs; SF<sub>6</sub>.

<sup>132</sup> Consultar ARBOUR, J. M. y LAVALLÉE, S., “Droit international de l’environnemental”, Ed. Éditions Yvon Blais, Québec, 2006, p. 251/252.

DDEE. Si bien fue apoyado por un grupo de importantes países<sup>133</sup>, este mercado fue muy criticado tanto desde el punto de vista ético como teleológico<sup>134</sup>. Con una visión moralista se señaló que con este mecanismo se corría el riesgo de caer en la mercantilización de la atmósfera. Incluso se advertía que un uso irresponsable de ese mercado convertiría los DDEE en una vía libre para contaminar.

En cuanto al aspecto teleológico, se afirmaba que el objetivo de reducción del 5% era insuficiente y que, además, no se puede compensar el éxito de un país con el fracaso de otros. Es decir que por el hecho de que un país haya efectuado políticas ambientales adecuadas y como resultado haya conseguido una reducción en la contaminación atmosférica no puede suponer que otros países se relajen en cuanto a sus compromisos de reducción.

En esa misma línea también se dijo que los países que no tengan dificultades para poder comprar esos derechos de otros países podrían acudir únicamente a este medio para cumplir con los compromisos del PK, anulando así los principios y objetivos ambientales propuestos en los tratados internacionales<sup>135</sup>.

Las críticas se fueron diluyendo con el paso de los años debido a que la experiencia de otros mercados similares, en especial el europeo, demostró que se estaban alcanzando los resultados económicos y ambientales esperados. Esta circunstancia reavivó, hasta en los más escépticos, la expectativa de un mercado

---

<sup>133</sup> El denominado “Grupo Paraguas” (EE.UU., Canadá, Australia, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Islandia, Rusia y Ucrania) fue el que más presionó para implementar este mercado.

<sup>134</sup> Sobre esta cuestión consultar SAURA ESTAPÁ, J., “El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre el cambio climático”, Ed. Publicaciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003; y YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, *op. cit.*, p.139.

<sup>135</sup> SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 124.

internacional de DDEE que sea beneficioso desde el punto de vista ambiental y ventajoso desde el punto de vista económico.

## **10.2. Entrada en vigor**

La rigidez de los compromisos planteados por el Protocolo puso en serio peligro su entrada en vigor. Nuevamente se discutió si debía adoptarse la postura cuantitativa (cierto número de ratificaciones sin importar el grado de emisión) o la tesis cualitativa (ratificación por parte de los países que producían un determinado porcentaje de las emisiones mundiales). Finalmente se adoptó una tesis intermedia que acumulaba las exigencias de las dos posturas, resultando así ser mucho más exigente el PK que la propia CMNUCC<sup>136</sup>.

Así las cosas, el Protocolo necesitaba que se aportasen los instrumentos de ratificación de por menos el 50% de los países firmantes (elemento cuantitativo), los cuales, además, debían suponer el 55% (elemento cualitativo) de las emisiones mundiales registradas en 1990<sup>137</sup>.

Esta doble exigencia derivó en un complejo proceso de más de cinco años de negociaciones diplomáticas. Se trató, sin lugar a dudas, de una de las cuestiones más complicadas del Protocolo, ya que el proceso siempre se terminaba paralizando por la negativa de algún país clave. A tal punto llegaron las dificultades que parecía

---

<sup>136</sup> *Vid.* nota 63.

<sup>137</sup> El artículo 25.1 del PK establece que “El presente Protocolo entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que hayan depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión no menos de 55 Partes en la Convención, entre las que se cuenten Partes del anexo I cuyas emisiones totales representen por lo menos el 55% del total de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes del anexo I correspondiente a 1990”.

realmente imposible que el Protocolo entrara en vigor antes de 2008, momento en el que debía iniciar su actividad el mercado de DDEE<sup>138</sup>.

Al ser el país causante de más del 36% de las emisiones de GEI, EEUU constituía un eslabón muy importante en el proceso de ratificación. De todas maneras, desde el 2001 hasta la actualidad, uno de los países más contaminante de la Tierra se negó sistemáticamente a ratificar el PK que inicialmente había firmado<sup>139</sup>.

En un gran paso hacia la entrada en vigor del Protocolo, el 30 de mayo de 2002 la UE, que representaba el 24,2 % de las emisiones mundiales, ratificó en bloque el PK. Otro gran avance se produjo en junio y en diciembre de ese mismo año con la ratificación de Japón y Canadá, respectivamente.

Para el año 2003 el documento ya había sido ratificado por más de cincuenta Partes pero aún no podía entrar en vigor ya que sólo representaban el 44,2% de las emisiones<sup>140</sup>. Se había cumplido con el aspecto cuantitativo (más del 55% de las Partes) pero aún faltaba el requerimiento cualitativo (con un 10,8% de emisión se llegaba a los 55%).

La Federación Rusa, con emisiones que suponían en 1990 más del 17,4%, se convertía en un país de vital importancia para la entrada en vigor. Consciente de su poder de negociación, Rusia vendió a un alto costo su ratificación, especialmente para la UE que tuvo que aceptar ciertas concesiones y prerrogativas a su favor. Finalmente lo

---

<sup>138</sup> CAMERON, Peter D. y ZILLMAN, Donald, *op. cit.*, p. 23.

<sup>139</sup> Hoy en día algunos estudios indican que China sería el país que más GEI libera a la atmósfera, aunque no existe todavía un estudio serio que pueda comprobar este dato.

<sup>140</sup> De los países con restricciones sólo restaba Australia, Bielorrusia, Croacia, EE.UU., la Federación Rusa y Lichtenstein.

ratificó a finales de 2004, y el PK comenzó su vigencia el 16 de febrero de 2005.

Hacia finales de 2007 el protocolo fue ratificado por Australia, Bielorrusia, Croacia y Liechtenstein. Actualmente, el Protocolo cuenta con más de 180 ratificaciones que representan más del 65% de las emisiones de CO2 a la atmósfera<sup>141</sup>. De los países con restricción de emisiones sólo resta EE.UU que aún no lo ha ratificado<sup>142</sup>.

### **10.3. Contenido del Protocolo**

Ya hemos adelantado que los Tratados o Convenciones de tipo “marco” están destinados a lograr una aplicación completa de manera gradual. Esta clase de tratados deben ir abandonando con el tiempo su laxitud para ir adquiriendo mayor especificidad. El proceso es paulatino y se lleva adelante mediante dos ejes direccionales: la creación de una estructura orgánica y la concreción de los compromisos asumidos mediante Protocolos y Anexos.

Dentro de esta tónica, el PK nace para complementar y concretar las obligaciones que ya habían adjudicado las Partes en la CMNUCC de 1992, siguiendo siempre los objetivos y principios informadores de ésta.

---

<sup>141</sup> España lo ratificó mediante el instrumento de ratificación de 10 de mayo de 2002 (BOE N° 33, 8 de febrero de 2005). Por su parte, Argentina llevó adelante la ratificación a través de la Ley 25.438, de 20 de junio de 2001 (BO, de 19 de julio de 2001). Italia lo hace mediante la Ley 120, de 1 de junio de 2002 (GU N° 142, de 19 de junio de 2002, Suplemento Ordinario N° 129)

<sup>142</sup> A estas alturas (el PK expira en 2012) las aspiraciones pasan más bien porque EE.UU. se una al nuevo protocolo que suceda al actual. Las expectativas son optimistas ya que con el nuevo cambio de gobierno y la presidencia de Barack Obama, en más de una ocasión el país americano se ha mostrado favorable a ratificar un futuro acuerdo. Habrá que ver cómo se desarrolla la Conferencia de Durban (Sudáfrica) de 2011.

La Convención Marco es el texto base y el Protocolo procura seguir avanzando hacia la realización del objetivo último de aquélla, esto es “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático”<sup>143</sup>.

Con el fin de promover el desarrollo sostenible, se determinaron una serie de acciones que debían observar las Partes del Anexo I<sup>144</sup> para cumplir los compromisos ambientales<sup>145</sup>. Las más importantes eran las siguientes:

- fomento de la eficiencia energética;
- protección y mejora de los sumideros y depósitos de los gases de efecto invernadero;
- promoción de prácticas sostenibles de gestión forestal, la forestación y la reforestación;
- promoción de las modalidades agrícolas sostenibles;
- investigación y desarrollo del uso de formas nuevas y renovables de energía;
- reducción progresiva de las deficiencias del mercado, los incentivos fiscales y subvenciones que sean contrarios al objetivo de la Convención;
- cooperar e intercambiar información entre las Partes;
- procurar limitar o reducir las emisiones de gases generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional.

Uno de los puntos neurálgicos del PK se encuentra en el artículo 3.1. Allí se establece que las partes incluidas en el Anexo I se asegurarán de que sus emisiones de los GEI enumerados en el Anexo

---

<sup>143</sup> Artículo 2 de la CMNUCC.

<sup>144</sup> Hay que tener en cuenta que cada vez que el PK hace mención al “Anexo I” se está refiriendo al Anexo I de la CMNUCC. *Vid.* nota 101.

<sup>145</sup> Artículo 2 del PK.

A<sup>146</sup> no excedan las cantidades atribuidas a cada una de ellas<sup>147</sup>. Las cantidades son calculadas en función de los compromisos de limitación y reducción de las emisiones consignadas en el Anexo B, con miras a disminuir el total de las emisiones de gases en un 5% respecto a los niveles alcanzados en 1990. El período para lograr este objetivo era de 2008 a 2012, ambos inclusive.

A partir del principio de responsabilidad común pero diferenciada, y de conformidad con el nivel de desarrollo energético de cada país, el Protocolo fija en su Anexo B distintos límites de reducción de emisiones<sup>148</sup>. Los porcentajes de contaminación atribuidos a las Partes (DDEE) se distribuyeron teniendo en cuenta el período base, y son los siguientes<sup>149</sup>:

- Alemania -8%;
- Australia +8%;
- Austria -8%;
- Bélgica -8%;
- Bulgaria -8%;
- Canadá -6%;
- Comunidad Europea -8%;
- Croacia -5%;
- Dinamarca -8%;
- Eslovaquia -8%;
- Eslovenia -8%;
- España -8%;

---

<sup>146</sup> Dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>); Metano (CH<sub>4</sub>); Óxido Nitroso (N<sub>2</sub>O); Hidrofluorocarbono (HFCs); Perfluorocarbono (PFCs) y el Hexafluoro sulfúrico (SF<sub>6</sub>).

<sup>147</sup> La regulación de los Anexos del PK se encuentra detallada en su artículo 21°.

<sup>148</sup> El objetivo del PK no es genérico, ni moral, ni siquiera programático; tiene un enunciado definido y cuantificado (ESTEVE PARDO, J., "Derecho del medio ambiente", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 252).

<sup>149</sup> A todos los países miembros de la UE el Protocolo les adjudicó, como un bloque de países, el mismo porcentaje (-8%). Posteriormente, los DE a cada uno de estos países se distribuyeron en una división interna.

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

- Estados Unidos de América -7%;
- Estonia -8%;
- Federación de Rusia 0%;
- Finlandia -8%;
- Francia -8%;
- Grecia -8%;
- Hungría -6%;
- Irlanda -8%;
- Islandia -10%;
- Italia -8%;
- Japón -6%;
- Letonia -8%;
- Liechtenstein -8%;
- Lituania -8%;
- Luxemburgo -8%;
- Mónaco -8%;
- Noruega +1%;
- Nueva Zelanda 0%;
- Países Bajos -8%;
- Polonia -6%;
- Portugal -8%;
- Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte -8%;
- República Checa -8%;
- Rumania -8%;
- Suecia -8%;
- Suiza -8%;
- Ucrania 0%<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> Más allá de que el Anexo B del PK fije los “porcentaje de emisión” que se atribuye a cada Estado, he preferido utilizar la técnica inversa (“porcentaje de reducción” de gases) ya que a los efectos didácticos otorga una visión comparativa mucho más clara. Verbigracia, si Japón tiene permitido realizar emisiones de gases



Para cumplir con estos compromisos se tuvo en cuenta las variaciones en las emisiones realizadas mediante la absorción de sumideros de GEI<sup>151</sup>. Las obligaciones que al respecto se asuman para los períodos siguientes se establecerán por medio de enmiendas<sup>152</sup> al Anexo B<sup>153</sup>.

Con el objeto de incentivar la menor emisión posible de gases a la atmósfera, el Protocolo dispuso la posibilidad de acumular los DDEE diciendo que “si en un período de compromiso las emisiones... son inferiores a la cantidad atribuida..., la diferencia se agregará, a petición de Parte, a la cantidad que se atribuya a esa Parte para futuros períodos de compromiso”<sup>154</sup>.

Otra medida destacable era la que imponía a las Partes del Anexo I la obligación de constituir, a más tardar un año antes del comienzo del período de compromiso, “un sistema nacional que permita la estimación de las emisiones antropogénicas por las fuentes y de la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero...”.

La metodología para calcular las emisiones de GEI y su absorción por parte de los sumideros, sería aquella que fuera aceptada por el PICC y acordada por la CP en su tercer período de sesiones<sup>155</sup>. De manera complementaria, aunque dirigidas a todas las Partes, también se encomendaron las siguientes acciones:

---

de efecto invernadero hasta un 94% respecto a los niveles del período base, es lo mismo decir que Japón debe reducir en un 6% su contaminación atmosférica (-6%).

<sup>151</sup> Artículo 3.3 del PK.

<sup>152</sup> La regulación de las enmiendas modificatorias del PK se encuentra contemplada en su artículo 20°.

<sup>153</sup> Artículo 3.9 del PK.

<sup>154</sup> Artículo 3.13 del PK.

<sup>155</sup> Artículos 5.1 y 5.2 del PK.

- a) elaborar programas nacionales y regionales para mejorar la calidad de los factores de emisión, datos de actividad y modelos locales que sean eficaces en relación con el costo;
- b) formular, aplicar, publicar y actualizar programas nacionales y regionales que contengan medidas para mitigar el cambio climático;
- c) cooperar en la promoción de modalidades eficaces para el desarrollo, la aplicación y la difusión de tecnologías, conocimientos especializados y procesos ecológicamente racionales en lo relativo al cambio climático;
- d) cooperar en las investigaciones científicas y en la creación de archivos de datos; entre otras<sup>156</sup>.

Asimismo, las Partes comprendidas en el Anexo I y II debían proporcionar a los países menos desarrollados los recursos financieros necesarios para la adquisición de tecnología ecológica y para el adecuado cumplimiento de las obligaciones asignadas<sup>157</sup>.

Muchos autores afirmaron que se trataba de un documento demasiado extenso, complejo y muchas veces ambiguo, características inapropiadas para la función que pretende desempeñar<sup>158</sup>.

También se decía que la mayoría de las medidas de aplicación y cumplimiento no alcanzaron el grado de contundencia que algunas propuestas habían contemplado<sup>159</sup>. De esta manera, las acciones del Protocolo se reducen a meros postulados teóricos, un tanto

---

<sup>156</sup> Artículo 10 del PK.

<sup>157</sup> Artículo 11 del PK.

<sup>158</sup> CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 44.

<sup>159</sup> JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., “*La protección de la atmósfera y el Derecho Internacional*”, *Gestión Ambiental*, N° 2, Madrid, 1999, p. 25.

simbólicos, que no parecieran ser los adecuados para conseguir los objetivos perseguidos<sup>160</sup>.

Incluso se ha llegado a comentar que ciertamente el único compromiso concreto del PK consiste en que los países desarrollados deberían mantener su nivel de emisiones en parámetros similares al que tenían en 1990, y que tal obligación no tiene carácter vinculante<sup>161</sup>.

#### **10.4. Mecanismos de flexibilidad**

Sabiendo que el cumplimiento de sus obligaciones podría tornarse demasiado oneroso, poniendo incluso en riesgo el desarrollo económico de algunos países, se decidió incorporar al Protocolo los denominados “Mecanismos de flexibilidad”<sup>162</sup>. Su función es facilitar el cumplimiento de los compromisos ambientales mediante una redistribución de las cuotas de emisión asignadas a cada Parte.

Este tipo de prácticas ya habían sido utilizadas tanto a nivel nacional como internacional. En el ámbito estatal, en EEUU ya existen registros de un mercado de derechos de vertidos que contaminaban el agua del Río Fox de Wisconsin (1981); un comercio de derechos de vertido de fósforo en la reserva Dillon en Colorado (1984); y un comercio de derechos para añadir plomo a la gasolina (1985 – 1987). No obstante, su antecedente más remoto lo constituyó el famoso comercio de los DDEE de dióxido de sulfuro (SO<sub>2</sub>), creado en 1974 por un programa experimental de la Agencia de Protección

---

<sup>160</sup> SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 118/119.

<sup>161</sup> MERCHÁN RUBIO, J., “Las negociaciones internacionales sobre el cambio climático”, *Revista Asturiana de Economía*, N° 21, 2001, p. 101/128; DAVIES, P. G. G., “European Union Environmental Law”, Ed. Ashgate, England, 2004, p. 269/305.

<sup>162</sup> Consultar a SAURA ESTAPÁ, J., *op. cit.*

Ambiental de los EE.UU.<sup>163</sup>. A nivel planetario no debemos olvidar el PM, el cual permitía a las Partes transferir la proporción de producción no utilizada siempre que no se superen los límites totales de producción<sup>164</sup>.

La aplicación práctica de los MF surge del siguiente razonamiento: está científicamente comprobado que los efectos del cambio climático se producen globalmente más allá del lugar específico donde se liberen los gases contaminantes. Por lo tanto, en cuanto al cambio climático se refiere es irrelevante el lugar donde se reducen las emisiones de dichos gases. Sin embargo, desde un análisis económico el aspecto espacial es trascendental, ya que será más rentable reducir las emisiones donde salga menos oneroso.

Normalmente, el esfuerzo que los países desarrollados tendrían que hacer para modificar su industria nacional es mucho mayor al que les supondría la implantación de tecnologías limpias en países en desarrollo o de baja eficiencia energética<sup>165</sup>.

Partiendo de este análisis el PK establece tres mecanismos de carácter accesorio:

- a) aplicación conjunta;
- b) desarrollo limpio; y
- c) comercio de DDEE<sup>166</sup>.

Si bien cada uno de ellos tiene su propia estructura existe una serie de elementos comunes a todos<sup>167</sup>, a saber:

---

<sup>163</sup> Es paradójico que el origen de los MF haya sido en el país que mayor resistencia ofrece a la ratificación del PK, de hecho es el único que no lo ha hecho aún.

<sup>164</sup> Artículo 2.5 del PM.

<sup>165</sup> Consultar YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, *op. cit.*, p. 136.

<sup>166</sup> Algunos autores agregan a los tres mencionados el mecanismo de Cumplimiento Conjunto cuya regulación la encuentran en el artículo 4 del PK (CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 124 y ARBOUR, J. M. y LAVALLÉE, S., *op. cit.*, p. 261).

- el fundamento económico y ambiental. El propósito de todos los MF es alcanzar el mayor cumplimiento de los compromisos ambientales propuestos al menor costo posible;
- el carácter geográfico. Esos instrumentos implican una actividad reductora de gases contaminantes que se desarrolla en el territorio de un Estado computando el resultado para el país inversor;
- la accesoriidad. La utilización de estos mecanismos debe ser subsidiaria y complementaria a la reducción fijada para cada Estado del Anexo B del Protocolo, evitando que se conviertan en la única y primera medida para conseguir dichos objetivos;
- la unidad de medida para conocer las reducciones obtenidas tras la utilización de estos mecanismos, ya que tanto la CMNUCC y el PK hablan del “dióxido de carbono equivalente” como la medida común que sirve para todos los gases de efectos invernadero.

#### **a) Mecanismo de Aplicación o Cumplimiento Conjunto<sup>168</sup>**

Sus primeros antecedentes internacionales nos sitúan en el PM (1987). Éste permitía a las Partes transferir entre ellas una proporción del nivel calculado de su producción, siempre que el total de gases emitidos en conjunto no superare los límites de producción establecidos para todo el grupo<sup>169</sup>.

De todas maneras, fue en la CP-1 cuando se consideró seriamente la posibilidad de realizar acuerdos entre las Partes para iniciar

---

<sup>167</sup> Consultar SAURA ESTAPÁ, J., “El mecanismo para un desarrollo limpio y el cumplimiento ‘flexible’ de los compromisos del PK”, *Revista Española de Derecho Internacional* 1999 (en prensa), p. 8/10; y para mayor profundidad WERKSMAN, J., “Compliance and the Kyoto Protocol: building a backbone into a ‘flexible’ regime”, *Yearbook of International Environmental Law*, N° 9, 1998, p. 48/101.

<sup>168</sup> En inglés: *Join implementation* (JI)

<sup>169</sup> Artículo 2.5 del PM.

actividades de AC. Desde entonces, la idea de cooperación y ayuda entre países estuvo patente en todos los debates y acuerdos internacionales relacionados con el cambio climático<sup>170</sup>.

El mecanismo de AC (o de Implementación Conjunta, para los autores latinoamericanos) supone que dos o más partes actúen mancomunadamente en el cumplimiento de una obligación<sup>171</sup>. En sus artículos 4 y 6 el PK distingue claramente dos modalidades diferentes de cumplimiento conjunto.

En el primer caso se considera que las Partes del anexo I que hayan acordado un cumplimiento conjunto, han satisfecho sus obligaciones cuando la suma total de sus emisiones contaminantes no exceda las cantidades atribuidas al conjunto.

Esta modalidad necesita ser instrumentada mediante un acuerdo específico que debe ser notificado a la Secretaría del Protocolo. Cuando las Partes actúen en el marco de una organización regional de integración económica, como el caso de la UE, toda modificación de la composición de la organización tras la aprobación del Protocolo no incidirá en los compromisos asumidos. Por otro lado, cuando las Partes del grupo no logren el nivel total de reducción de emisiones, cada uno de los participantes responderá por sus propias emisiones.

La otra modalidad del PK determina que "...toda Parte incluida en el anexo I podrá transferir a cualquiera otra de esas Partes, o adquirir de ella, las unidades de reducción de emisiones resultantes de proyectos encaminados a reducir las emisiones antropógenas por

---

<sup>170</sup> Este concepto se remonta en última instancia al derecho estadounidense, concretamente a las enmiendas efectuadas al Acta Norteamericana de Calidad del Aire de 1990, en la que ya se contemplaban mecanismos como el de los Permisos Negociables de Emisión y el de Créditos de Emisión.

<sup>171</sup> KUIK, O.; PETERS, P. y SCHRIJVER, N. (EDS), "Join Implementation to Curb Climate Change: Legal and Economic Aspects", Dordrecht, 1994, p. 162 y ss. en CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 128.

las fuentes o incrementar la absorción antropógena por los sumideros de los gases de efecto invernadero en cualquier sector de la economía...”<sup>172</sup>.

Es la posibilidad de que un país incluido en el Anexo I adquiera UREs<sup>173</sup> de otro país del anexo. Aquél deberá llevar a cabo en el territorio del segundo un proyecto de energía limpia que reduzca las emisiones de GEI o incremente la absorción de los sumideros<sup>174</sup>. De manera que ambas Partes se beneficien. El país inversor incrementará su tenencia de DDEE (equivalente a la cantidad de UREs conseguidas) a un precio menor del que le habría costado si optaba por una inversión doméstica, y el país receptor del proyecto recibe la inversión y la tecnología.

El protocolo establece una serie de requisitos imprescindibles para que pueda configurarse este mecanismo<sup>175</sup>:

- la aprobación de las Partes participantes (Art. 6.1.a)<sup>176</sup>;
- que se consiga una reducción de las emisiones por las fuentes o un incremento de la absorción por los sumideros, que sea adicional a cualquier otra reducción u otro incremento que se produciría de no realizarse el proyecto (Art. 6.1.b)<sup>177</sup>;

---

<sup>172</sup> Artículo 6 del PK.

<sup>173</sup> En inglés: *Emission Reduction Certificates* (ERCs).

<sup>174</sup> Por cuestiones de rentabilidad, en general se trata de un país desarrollado (Alemania, España, Francia, Japón, etc.) que invierte en países que, si bien también son del Anexo I, tienen economías en transición (Bulgaria, Croacia, Polonia, Rumanía, etc.).

<sup>175</sup> Fueron desarrollados con mayor profundidad en la CP-7, celebrada en Marrakech (Marruecos), 2001.

<sup>176</sup> Lo cual se entiende como el “elemento volitivo”, ya que el consentimiento de las Partes es fundamental.

<sup>177</sup> Como bien señala Sarasibar Iriarte, la demostración de este último requisito puede resultar extremadamente compleja. De todas maneras es esencial, ya que, de otra forma, no se sabría la utilidad real de los proyectos e inversiones realizadas.

- que la Parte interesada cumpla con las obligaciones estipuladas en el artículo 5 y 7 del Protocolo (Art. 6.1.c)<sup>178</sup>;
- que la adquisición de unidades de reducción sea suplementaria a las medidas nacionales a que se refiere el artículo 3 del Protocolo (Art. 6.1.d).

## **b) Mecanismo de desarrollo limpio<sup>179</sup>**

La incorporación de este instrumento en el PK se debe a una propuesta de los delegados brasileños en la misma Conferencia de Kioto<sup>180</sup>. De todas maneras, el texto protocolar tomó muy poco de aquella iniciativa al adoptar un mecanismo que carecía del pretendido carácter represivo.

El texto del protocolo lo define como aquel mecanismo destinado a “ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3”<sup>181</sup>.

Si bien es cierto que el MDL y el de AC son bastante parecidos, a partir de sus definiciones se pueden extraer algunas diferencias elementales. Mientras que en la AC participan exclusivamente países del Anexo I, es decir con límites de emisiones, en el MDL un país

---

<sup>178</sup> La implantación de un sistema nacional para la estimación de las emisiones de las fuentes y de la absorción de los sumideros de GEI; y la creación de inventarios anuales sobre las emisiones de las fuentes y la absorción de los sumideros.

<sup>179</sup> En inglés: *Clean Development Mechanisms* (CDM).

<sup>180</sup> Se planteó el establecimiento de un fondo financiero conformado por las sumas de dinero (multas) pagadas por aquellas partes del Anexo I que no cumplieren sus compromisos. Los recursos recolectados debían ser invertidos en los proyectos para mitigar los efectos del cambio climático (*Vid.* BREIDENICH, C. L.; MAGRAW, D.; ROWLEY, A. y RUBIN, J. W., “The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change”, *Ajil*, 1998, p. 235).

<sup>181</sup> Artículo 12.2 del PK.



desarrollado invierte en un país en vías de desarrollo. El recorte de la contaminación derivado de esa inversión se documenta en CREs<sup>182</sup> que obtiene el país inversor luego de un meticuloso procedimiento. La cantidad de emisiones reducidas o absorbidas por sumideros que representan esos certificados equivalen a la misma cantidad de DDEE que podrán ser utilizadas para el cumplimiento de los compromisos u ofrecidas en el mercado de tales derechos<sup>183</sup>.

Es importante realizar dos aclaraciones en cuanto a su funcionamiento. En primer lugar, los proyectos de tecnología limpia pueden estar dedicados o bien a reducir las emisiones de CO2 o bien a fomentar la absorción de esos gases vía sumideros biológicos<sup>184</sup>.

Por otra parte, las CREs que se obtengan en el período comprendido entre el año 2000 y el comienzo del período de compromiso podrán utilizarse para contribuir al cumplimiento de las obligaciones de este último período<sup>185</sup>. Es decir que las reducciones se irán certificando conforme se vayan produciendo, aunque su cómputo en realidad comienza a operar en el período de compromiso.

Los requisitos que determina el Protocolo para este MF son los siguientes:

- que exista una participación voluntaria de las Partes involucradas (Art. 12.5.a);
- que existan beneficios reales, mensurables y a largo plazo en relación con la mitigación del cambio climático (Art. 12.5.b);

---

<sup>182</sup> En inglés: *Certificatted Emissions Reductions* (CER).

<sup>183</sup> Artículo 3.12 del PK.

<sup>184</sup> Si bien es cierto que esta última posibilidad no está contemplada en el artículo 12 del PK, fue incluida en el MDL a través de la CP-6 y la CP-9, en las que se adoptaron las definiciones, modalidades y procedimientos para la inclusión de la forestación y reforestación. Además, en estrictu sensu, esa alternativa se infiere también del artículo 3 del mismo Protocolo.

<sup>185</sup> Artículo 12.10 del PK.

- que las reducciones de las emisiones sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyecto certificada (Art. 12.5.c);
- que los países en vías de desarrollo y los más vulnerables a los efectos del cambio climático reciban una parte de los fondos de tales actividades (Art. 12.8).

Las modalidades y procedimientos de aplicación de este mecanismo fueron definidas con mayor detalle en la CP-7 (2001)<sup>186</sup> y en la CPPK-1 (2005)<sup>187</sup>.

Es evidente que el MDL presenta un enorme potencial ya que beneficia tanto a los países desarrollados como los que están en vías de serlo. De hecho, desde hace algunos años, los países industrializados han empezado a firmar acuerdos bilaterales con los países menos desarrollados<sup>188</sup>.

### **c) El mercado de los derechos de emisión<sup>189</sup>**

El ascenso inicial de este mercado comenzó en EEUU con el programa experimental de Comercio de Emisiones implementado en la década del '70<sup>190</sup>. Con el paso de los años esta práctica se fue haciendo cada vez más asidua entre los países desarrollados (EEUU,

---

<sup>186</sup> Decisión 17/CP-7.

<sup>187</sup> Decisión 1/CPPK-1.

<sup>188</sup> Se destaca especialmente el caso de España y Latinoamérica donde las empresas ibéricas gozan de una sólida y aceptada implantación. España ha aprovechado principalmente la CP-10, celebrada en Buenos Aires (Argentina), para ampliar sus acuerdos con la Red Iberoamericana de Oficinas de Cambio Climático y lograr los primeros pasos para la implementación de este mecanismo, especialmente en Argentina, Colombia, México y Uruguay.

<sup>189</sup> En inglés: *Emissions trading* (ET).

<sup>190</sup> De hecho, en el Derecho Interno estadounidense se pueden encontrar conceptos tales como Permisos Negociables de Emisión y Créditos de Emisión. Desde su ordenamiento interno esos conceptos han pasado al Derecho internacional público, concretamente al PM (Artículo 2º). De ahí la trascendente influencia de aquel país en esta cuestión.

Japón, Australia, etc.), e incluso llegó a adoptarse a nivel regional (UE)<sup>191</sup>.

El mercado de DDEE establecido por el PK comenzó a operar en 2008 y permite a un país transferir parte de su cuota de emisión a otro que las necesite para cumplir con sus compromisos o, en la situación inversa, adquirir de otro país la cantidad de derechos que le exija el cumplimiento de sus obligaciones<sup>192</sup>.

En términos más sencillos, se trata de una compra y venta de DDEE de GEI<sup>193</sup>, y como consecuencia de estas transacciones el comprador de DDEE verá aumentada su cantidad de UREs en la misma proporción en que disminuye la del vendedor<sup>194</sup>.

El sistema permite cierta flexibilidad y adaptación a las características peculiares de las empresas involucradas. Aquellas que se extralimiten en sus emisiones adquirirán los permisos excedentes de otras a cambio de un precio, con lo cual se premia a las empresas que efectúen menos emisiones ya que cobran un precio por ello<sup>195</sup>, y se castiga a las que emitan más de lo permitido ya que están obligadas a pagar por sobrepasar los límites autorizados<sup>196</sup>.

El texto protocolar, con una redacción muy escueta, habla de este mecanismo en sus artículos 6 y 17. Este último reza que “la Conferencia de las Partes determinará los principios, modalidades,

---

<sup>191</sup> El SECE será desarrollado el siguiente capítulo.

<sup>192</sup> Fue considerado el elemento más novedoso e importante del PK (CHUECA SANCHO, Ángel G., *op. cit.*, p. 137).

<sup>193</sup> Por su parte, la Comisión Europea ha señalado que el MDE “...es un mecanismo que permite asignar a las empresas cuotas para sus emisiones de gases de efecto invernadero que, posteriormente, pueden intercambiar con otras empresas” (Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, COM (2000) 87, 8/3/2000, p. 8).

<sup>194</sup> Artículos 3.10 y 3.11 del PK.

<sup>195</sup> Se trata de una aplicación del principio “contaminador-pagador” que será desarrollado en el Capítulo III.

<sup>196</sup> SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 103.

normas y directrices pertinentes, en particular para la verificación, la presentación de informes y la rendición de cuentas en relación con el comercio de los derechos de emisión...”. A los requerimientos específicos que fija este artículo se le añaden también los del artículo 6, que ya fueron enumerados al tratar el mecanismo de AC.

Estos tres preceptos que emanan del artículo 17 (la futura determinación, los participantes y el carácter accesorio) representan los únicos aspectos sobre los cuales se logró unanimidad en las negociaciones de Kioto<sup>197</sup>. Hubo que esperar a posteriores conferencias para obtener mayores avances<sup>198</sup>.

### **10.5. Estructura orgánica**

El Protocolo establece que la CP (máximo órgano de la CMNUCC) actuará como reunión de las Partes en el PK. Seguidamente se aclara que las Partes de la Convención que no sean Partes podrán participar como observadoras en las deliberaciones de cualquier período de sesiones de la CP. No obstante ello, las decisiones en el ámbito del Protocolo serán adoptadas únicamente por las Partes<sup>199</sup>.

Las funciones de la CP en calidad de reunión de las Partes del PK (CPPK), son a grandes rasgos las siguientes:

- evaluar la aplicación del PK por las Partes y las medidas adoptadas como consecuencia del mismo (Art. 13.4.a);
- examinar periódicamente las obligaciones contraídas por las Partes (Art. 13.4.b);
- promover y facilitar el intercambio de información sobre las medidas adoptadas por las Partes para cumplir sus objetivos (Art. 13.4.c);

---

<sup>197</sup> YAMIN, Farhana y DEPLEDGE, Joanna, *op. cit.*, p. 156.

<sup>198</sup> Principalmente las Decisiones 18/CP-7 y 19/CP-7 y la CPPK-1.

<sup>199</sup> Artículos 13.1, 13.2 y 13.4 del PK.

- formular recomendaciones a las Partes (Art. 13.4.f);
- procurar la movilización de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de los objetivos planteados (Art. 13.4.g);
- establecer los órganos subsidiarios que correspondan (Art. 13.4.h).

Al igual que sucede en la CP de la Convención la CPPK puede debatir tanto en sesiones ordinarias como extraordinarias. Las primeras se celebrarán, siempre y cuando no se decida otra cosa, anualmente y conjuntamente con los períodos ordinarios de sesiones de la CP<sup>200</sup>. Los períodos extraordinarios se llevarán a cabo cada vez que la CPPK lo considere necesario, o cuando una de las Partes lo solicite por escrito siempre que reciba el apoyo de al menos un tercio de las Partes<sup>201</sup>.

Las ONU, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como todo Estado miembro de esas organizaciones que no sean Parte en la Convención, podrán estar representados como observadores en las sesiones de la CPPK en el Protocolo.

De la misma manera, todo otro organismo u órgano, nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental, competente en los asuntos abarcados por la Convención, siempre que no se oponga un tercio de las Partes presentes<sup>202</sup>.

La Secretaría, el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico y el Órgano Subsidiario de Ejecución establecidos en la CMNUCC también integrarán la estructura orgánica del Protocolo,

---

<sup>200</sup> La primera sesión ordinaria de la CPPK fue realizada en diciembre de 2005, en Montreal (Canadá).

<sup>201</sup> Artículo 13.6 y 13.7 del PK.

<sup>202</sup> Artículo 13.8. del PK.

para lo cual desempeñarán las mismas funciones acordadas para cada uno de ellos en la Convención<sup>203</sup>.

### **10.6. Cuestiones pendientes**

A lo largo de su texto el PK pospone la decisión definitiva sobre determinadas cuestiones para la primera CPPK, ya sea por falta de acuerdo o por la necesidad de un estudio más profundo<sup>204</sup>.

Por orden de aparición en el Protocolo estas cuestiones se pueden resumir de la siguiente manera:

- determinación de las modalidades sobre la forma de compatibilizar con las cantidades de emisión atribuidas las actividades humanas adicionales relacionadas con las emisiones por las fuentes y la absorción por los sumideros de GEI en relación a los suelos agrícolas y de cambio del uso de la tierra y silvicultura<sup>205</sup>;
- estudio de las medidas necesarias para reducir al mínimo los efectos adversos del cambio climático<sup>206</sup>;
- establecimiento de nuevas directrices para la aplicación del artículo 6 del PK, en particular sobre la verificación y presentación de informes<sup>207</sup>;
- fijación de las modalidades y procedimientos para asegurar la transparencia, y la eficiencia de los proyectos de MDL<sup>208</sup> y;

---

<sup>203</sup> Artículos 14 y 15 del PK.

<sup>204</sup> Es importante aclarar que si bien muchas de estas cuestiones serían tratadas en las CP, las Decisiones que allí se adopten sólo pueden tener el carácter de una mera “recomendación”, ya que quien debe tomar la decisión definitiva es la CPPK, para lo cual podrá seguir o no las recomendaciones efectuadas. De allí que las Decisiones de la CP sobre temas del PK tengan carácter provisorio.

<sup>205</sup> Artículo 3.4 del PK.

<sup>206</sup> Artículo 3.14 del PK.

<sup>207</sup> Artículo 6.2 del PK.

<sup>208</sup> Artículo 12.7 del PK.

- aprobación de los procedimientos y mecanismos para determinar los casos de incumplimiento de las disposiciones del Protocolo<sup>209</sup>.

Además de estos puntos, el artículo 17 también deja otra cuestión inconclusa, aunque en este caso no se describen plazos específicos para su tratamiento. Se trata ni más ni menos que de la regulación del mercado de DDEE. Se encomienda a la CPPK “la determinación de los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes, en particular para la verificación, la presentación de informes y la rendición de cuentas en relación con el comercio de los derechos de emisión”. Esta falta de concreción seguramente encuentra su justificación en el controvertido debate suscitado en torno al mercado de DDEE, que originó que su desarrollo normativo sea mínimo y prácticamente sin trascendencia.

## **11. Período posterior al Protocolo de Kioto (1999 - 2012)**

### **11.1. CP-4/Buenos Aires (Argentina), del 2 al 13 de noviembre de 1999<sup>210</sup>**

De estas sesiones destacamos el compromiso voluntario asumido por el país anfitrión y por Kazajstán en cuanto a la limitación futura de sus emisiones de GEI<sup>211</sup>.

En un sentido opuesto, los delegados estadounidenses comenzaron a manifestar ciertos visos de disconformidad respecto a la ratificación del PK, dando inicio a un complejo y arduo período de negociaciones

---

<sup>209</sup> Artículo 18 del PK. La demora en la implantación de un sistema sancionatorio para el caso de no respetar las obligaciones de reducción del Protocolo fue realmente un retroceso, ya que se trata de un aspecto fundamental para reforzar la credibilidad del sistema (ARBOUR, J. M. y LAVALLÉE, S., *op. cit.*, p. 270).

<sup>210</sup> FCCC/CP/1998/16.

<sup>211</sup> Estos compromisos fueron un hito histórico respecto al rol que los países en desarrollo venían desempeñando en la lucha contra el cambio climático.

diplomáticas en el que, a pesar que el Protocolo ya entró en vigor, EEUU aún no lo ha ratificado.

Respecto a los resultados globales de la CP hay que mencionar la aprobación del “Plan de Acción de Buenos Aires”<sup>212</sup>. El temario del Plan contenía los siguientes puntos: el mecanismo financiero<sup>213</sup>; el desarrollo y la transferencia de tecnología<sup>214</sup>; la aplicación de los párrafos 8 y 9 del artículo 4 de la Convención (que abarca también el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 14 del artículo 3 del Protocolo de Kioto)<sup>215</sup>; las actividades conjuntas realizadas en la etapa experimental<sup>216</sup>; el programa de trabajo sobre los mecanismos del PK<sup>217</sup>; los preparativos para el primer período de sesiones de la CPPK, incluida la labor sobre los elementos del Protocolo relativos al cumplimiento, por un lado, y a las políticas y medidas para la mitigación del cambio climático, por el otro.<sup>218</sup>

Más allá del interesante temario en realidad poco fue lo que se avanzó sobre dichos temas y su ejecución se retrasó más de lo previsto. Basta con mencionar dos ejemplos: por un lado, si bien las Partes pusieron en marcha un programa de trabajo sobre los mecanismos del PK (Decisión N° 7), sólo se trató de una lista de recomendaciones dirigidas a la CPPK sobre principios, orientaciones y procedimientos a seguir en cuanto a la aplicación de los tres mecanismos. Nada en concreto.

---

<sup>212</sup> Decisión 7/CP-4 (FCCC/CP/1998/16/Add.1, p. 4).

<sup>213</sup> Decisiones 2/CP-4 y 3/CP-4 (FCCC/CP/1998/16/Add.1, p. 5/10).

<sup>214</sup> Decisión 4/CP-4 (FCCC/CP/1998/16/Add.1, p. 11/17).

<sup>215</sup> Decisión 5/CP-4 (FCCC/CP/1998/16/Add.1, p. 18/20).

<sup>216</sup> Decisión 6/CP-4 (FCCC/CP/1998/16/Add.1, p. 21/22).

<sup>217</sup> Decisión 7/CP-4 (FCCC/CP/1998/16/Add.1, p. 23/34).

<sup>218</sup> Decisión 8/CP-4 (FCCC/CP/1998/16/Add.1, p. 35/41). En rigor de verdad, estas cuestiones fueron tratadas detalladamente en la CP-6, aunque con carácter provisorio ya que se trataban de meras recomendaciones para la CPPK-1 (*Vid.* nota 204).



Por otra parte, en la Decisión N° 8, las Partes se limitan a encomendar a los Órganos Subsidiarios los trabajos preparatorios del primer período de sesiones de la CPPK, cuyos informes debían presentarse en la CP-5.

Como se puede observar, a pesar de los ambiciosos objetivos propuestos en aquel Plan, los resultados fueron bastante pobres<sup>219</sup>.

### **11.2. CP-5/Bonn (Alemania), del 22 de octubre al 5 de noviembre de 1999<sup>220</sup>**

Estas sesiones se llevaron a cabo en medio de una gran expectativa. Desafortunadamente ocurrió algo similar a sus antecesoras, ya que si bien se trataron cuestiones importantes<sup>221</sup> no hubo demasiados progresos. Sólo se destaca el inicio de los debates en relación a la ejecución del Plan de Acción de Buenos Aires<sup>222</sup> y a la aplicación de los MF del PK<sup>223</sup>.

### **11.3. CP-6/La Haya (Holanda), entre el 13 y el 24 de noviembre de 2000<sup>224</sup>**

Era la tercera sesión desde la redacción del PK y el panorama, lejos de mejorar, era cada vez más oscuro. El balance final tampoco fue muy halagüeño ya que más allá de los puntos tratados en el

---

<sup>219</sup> La gran cantidad y complejidad de los temas propuestos a tratar, sumado a la divergencia de intereses que había en juego, supusieron enormes trabas a la hora de lograr resultados concretos (SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 100).

<sup>220</sup> FCCC/CP/1999/6.

<sup>221</sup> Tema 7 del Programa (Preparativos para el primer período de sesiones CPPK): a) el uso de la tierra y la silvicultura; b) programa de trabajo sobre los mecanismos; c) procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el PK; d) impacto de proyectos únicos en las emisiones durante el período de compromiso; e) sistemas nacionales, ajustes y directrices previstos en los artículos 5, 7 y 8 del PK; f) cuestiones relacionadas con el párrafo 14 del artículo 3 del PK (FCCC/CP/1999/6, p. 27/28).

<sup>222</sup> Decisión 1/CP-5 (FCCC/CP/1999/6/Add.1, p. 4).

<sup>223</sup> Decisión 14/CP-5 (FCCC/CP/1999/6/Add.1, p. 38).

<sup>224</sup> FCCC/CP/2000/5.

Programa General<sup>225</sup>, no sólo no se concretaron muchos de los temas debatidos sino que se acentuaron aún más las diferencias que venían enfrentando a las Partes<sup>226</sup>.

A pesar de ello rescatamos la Decisión 1/CP-6 sobre la “Ejecución del Plan de Acción de Buenos Aires”<sup>227</sup>. Aunque debido a la falta de acuerdo finalmente se instó a las Partes a que intensificaran las consultas políticas entre sí.

También cabe mencionar el Programa de Trabajo relativo a los MF<sup>228</sup> por medio del cual se establecieron, con carácter provisorio, una serie de directrices, principios y procedimientos para la aplicación de los MF del PK.

El preocupante panorama que reinaba sobre el disenso en materias medulares obligó a las Partes a que en julio de 2004 reanudaran las negociaciones de la CP-6<sup>229</sup>. Fueron unas sesiones extraordinarias conocidas como CP-6 bis<sup>230</sup>.

---

<sup>225</sup> Tema 7 del Programa (Preparativos para el primer período de sesiones de la CPPK): a) sistemas nacionales, ajustes y directrices previstos en los artículos 5, 7 y 8 del PK; b) cuestiones relacionadas con el uso de la tierra, el cambio del uso de la tierra y la silvicultura; c) programa de trabajo sobre los mecanismos; d) procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el PK; e) prácticas óptimas en materia de políticas y medidas; f) cuestiones relacionadas con el párrafo 14 del artículo 3 del PK; g) impacto de proyectos únicos en las emisiones durante el periodo de compromiso (FCCC/CP/2000/5/Add.1, p 27/28).

<sup>226</sup> A tal punto que a principios de 2001 la nueva administración estadounidense declaró su oposición absoluta a la ratificación del PK, argumentando, entre otras cosas, que su contenido perjudicaba su desarrollo económico de cara al futuro y que las limitaciones de las emisiones de GEI establecidas no resultaban totalmente justas.

<sup>227</sup> FCCC/CP/2000/5/Add.2.

<sup>228</sup> FCCC/CP/2000/5/Add.3 (Vol. V).

<sup>229</sup> CP-6bis/Bonn (Alemania), entre el 16 y el 27 de julio de 2001 (FCCC/CP/2001/5).

<sup>230</sup> El mismo Presidente de la CP pidió, por recomendación de la Mesa, que se reanudaran oficialmente las sesiones a fin de que pudieran celebrarse sin tardanza las negociaciones previas a la serie de sesiones venideras (FCCC/CP/2001/5, p. 5).

Después un largo debate se logró alcanzar un cierto acuerdo sobre la ejecución del Plan de Acción de Buenos Aires, consenso que fue documentado en los “Acuerdos de Bonn”<sup>231</sup>.

Este documento, que sería refrendado y desarrollado en la CP-7, contenía una serie de acuerdos políticos y jurídicos que allanaron el camino para la incorporación de nuevos países al PK.

En cumplimiento con lo encomendado por el artículo 3.4 del PK se establecieron los principios rectores para las actividades del uso de tierra, cambio del uso de la tierra y silvicultura; se definieron los términos “forestación”, “reforestación” y “deforestación”; y se decidió la inclusión de los proyectos de sumideros en el MDL<sup>232</sup>.

También se continuaron los proyectos sobre el Programa de Trabajo sobre los Mecanismos<sup>233</sup> y sobre los Procedimientos y Mecanismos relativos al Cumplimiento del PK<sup>234</sup>.

Más adelante, en 2001, fue presentado el tan esperado I-PICCC3, entre cuyas conclusiones vale la pena mencionar las siguientes: que el decenio de 1990 fue probablemente el más cálido a nivel mundial; que las concentraciones atmosféricas de GEI estaban aumentando considerablemente; que la mayor parte del calentamiento global observado en los últimos 50 años responde al aumento de las concentraciones de GEI causadas por efecto de las actividades humanas; que las concentraciones de CO2 aumentarían durante el siglo XXI debido principalmente a la emisión de combustibles fósiles;

---

<sup>231</sup> Decisión 5/CP-6 (“Acuerdos de Bonn sobre la Ejecución del Plan de Acción de Buenos Aires”, FCCC/CP/2001/5, p. 17 y 25).

<sup>232</sup> No sólo se consideraron sumideros las zonas forestales existentes en aquel momento sino que se incluían también las plantaciones futuras.

<sup>233</sup> FCCC/CP/2001/5/Add.2, p. 15/68.

<sup>234</sup> FCCC/CP/2001/5/Add.2, p. 69/81.

y que el nivel del mar y la desecación estival aumentarían considerablemente durante el siglo XXI.

### **11.5. CP-7/Marrakech (Marruecos), entre al 29 de octubre y el 10 de noviembre de 2001<sup>235</sup>**

Esta Conferencia fue conocida no sólo por el detalle con que se trataron los temas<sup>236</sup> sino también porque dio origen a los “Acuerdos de Marrakech”<sup>237</sup>. Los principales objetivos de este acuerdo eran, por un lado, tomar nota de los resultados y recomendaciones vertidos en el I-PICCC<sup>238</sup> y, por el otro, desarrollar los Acuerdos de Bonn para permitir la tan anhelada ejecución del Plan de Acción de Buenos Aires<sup>239</sup>.

Los autores coinciden que los aspectos más destacados de los Acuerdos de Marrakech fueron los siguientes<sup>240</sup>: su excelente técnica jurídica; constituirse en el instrumento más importante para el acercamiento de posiciones de los grupos enfrentados; y el valioso avance que significó para la solución de algunas cuestiones que habían quedado pendientes en el Protocolo<sup>241</sup>.

---

<sup>235</sup> FCCC/CP/2001/13.

<sup>236</sup> Tema 3 del Programa (“Ejecución del Plan de Acción de Buenos Aires: Adopción de las decisiones para llevar a la práctica los Acuerdos de Bonn”), en especial, el punto B (“Proyectos de decisión que se presentan para su elaboración, terminación y aprobación”): 1) sistemas nacionales, ajustes y directrices previstos en los artículos 5, 7 y 8 del PK; 2) cuestiones relativas al uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura; 3) programa de trabajo sobre los mecanismos; 4) procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el PK; 5) “buenas prácticas” en materia de políticas y medidas de las Partes incluidas en el anexo I de las CMNUCC (FCCC/CP/2001/13, p. 32/36)

<sup>237</sup> Decisiones 2 y 24/CP-7.

<sup>238</sup> Decisión 25/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.4, p. 4).

<sup>239</sup> Cuestión que se venía debatiendo desde la CP-5 (1/CP-5; 1/CP-6 y 5/CP-6).

<sup>240</sup> Entre otros, SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*, p. 105/106.

<sup>241</sup> Se ha llegado a afirmar que la CP-7 constituye un paso incluso más importante que el PK en la lucha contra el cambio climático (RAMOS MARTÍN, J., “De Kioto a Marrakech: historia de una flexibilización anunciada”, *Ecología política*, N° 22, 2002, p. 50.).

Una de las temáticas más abordadas fue la regulación de los MF, donde se destaca la decisión sobre los principios, carácter y objeto de estos instrumentos. Allí se reiteró el carácter suplementario de los MF y se determinó que cualquiera de las Partes que deseara participar en ellos debería previamente cumplir con todos los requisitos metodológicos y de presentación de informes del artículo 5 y 7 del PK.

Asimismo, se estableció que la supervisión estaría a cargo del Comité de Cumplimiento, de conformidad con los procedimientos y mecanismos relativos al acatamiento de sistema<sup>242</sup>.

En cuanto al mecanismo de AC se definieron términos fundamentales (UREs); se creó el Comité de Supervisión<sup>243</sup>; se establecieron los requisitos de participación; y se fijó un procedimiento de verificación<sup>244</sup>.

En relación al MDL se destacó la creación de la Junta Ejecutiva<sup>245</sup>; los requisitos de participación; la definición de cuestiones sobre “validación”, “verificación” y “certificación”; y se determinaron las pautas sobre el Registro del MDL<sup>246</sup>.

---

<sup>242</sup> Decisión 15/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.2, p. 3/5).

<sup>243</sup> Se trata de un órgano conformado por 10 miembros, entre cuyas funciones más importantes se encuentran la de controlar los requisitos exigidos para la realización de proyectos de tecnología limpia, comprobación de que dichos proyectos cumplan con las normas establecidas, verificación de las UREs supuestamente obtenidas, y acreditación de las entidades encargadas de monitorear los proyectos que se emprendan.

<sup>244</sup> Decisión 16/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.2, p. 6/21).

<sup>245</sup> Órgano integrado por 10 miembros encargado de supervisar el MDL, para lo cual, entre otras cosas, deberá formular recomendaciones a la CPPK, elaborar informes, aprobar metodologías relacionadas con las bases de referencia, encargarse de la acreditación de las entidades operacionales, llevar un registro del MDL.

<sup>246</sup> Decisión 17/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.2, p. 22/54).

Sobre el mercado de DDEE<sup>247</sup> se especifican los requisitos que deben satisfacer los Estados que pretendan participar en este mecanismo y las reservas de cuotas de emisión que se exige a las Partes del Anexo I<sup>248</sup>. Finalmente, también fue muy importante el Anexo que estipulaba las modalidades sobre la contabilidad de las cantidades atribuidas<sup>249</sup>.

Por otra parte, los Acuerdos de Marrakech dieron un gran impulso a la regulación de los procedimientos y mecanismos sobre el cumplimiento del PK<sup>250</sup>. Entre otras cosas se creó el Comité de Cumplimiento<sup>251</sup>; se establecieron los procedimientos generales a seguir ante dicho organismo; y se regularon las medidas correctivas. También se reforzaron las medidas de fomento de capacidad para los países en desarrollo (no incluidos en el Anexo I)<sup>252</sup> y el desarrollo y transferencia de tecnología<sup>253</sup>, cuya financiación se encarga al Fondo para el Medio Ambiente Mundial.

Más allá de los puntos positivos, esta Conferencia no arribó al consenso deseado. Las cuestiones más controvertidas fueron las decisiones referidas a los sumideros terrestres y a la actividad del uso de la tierra, sus posibles cambios y la silvicultura<sup>254</sup>. Además, no se

---

<sup>247</sup> Decisión 18/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.2, p. 55/60).

<sup>248</sup> Deberán mantener en su registro nacional una reserva para el período de compromiso no inferior al 90% de la cantidad atribuida, calculada con arreglo a los párrafos 7 y 8 del artículo 3 del PK, o el 100% de cinco veces la cantidad correspondiente al inventario más reciente que se haya examinado, si esta segunda es menor.

<sup>249</sup> Decisión 19/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.2, p. 61/80).

<sup>250</sup> Decisión 24/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3, p. 72/86).

<sup>251</sup> Órgano compuesto por 20 miembros que, funcionando en pleno y por grupos, se encargará de todas aquellas tareas y funciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el PK.

<sup>252</sup> Decisión 2/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.1, p. 5/14).

<sup>253</sup> Decisión 4/CP-7 (FCCC/CP/2001/13/Add.1, p. 23/33).

<sup>254</sup> La discrepancia se centraba en dos grandes temas. Por un lado, la confrontación entre aquellos países del Anexo I con grandes extensiones de bosques (Canadá, EE.UU., Rusia, Australia), que apoyaban la idea de la absorción de gases de efecto invernadero por los sumideros biológicos (para que pudiesen ser contabilizados para el cumplimiento de sus obligaciones de limitación de las emisiones), y el resto

logró menguar la actitud “anti-protocolo” de los EE.UU., cada vez más acentuada<sup>255</sup>.

### **11.6. CP-8/Nueva Delhi (India), del 23 de octubre al 1 de noviembre de 2002<sup>256</sup>**

Aunque sin mayores avances en cuanto a los MF<sup>257</sup>, se caracterizó por su efusiva insistencia en la promoción del uso de energías menos contaminantes y en la investigación y transferencia de tecnologías limpias.

Por otra parte, constituyó el último impulso para la ratificación del PK por parte de Canadá y Nueva Zelanda (en diciembre de 2002)<sup>258</sup>. En su seno se presentó el Acuerdo entre la UE y sus Estados miembros en virtud del artículo 4 del PK<sup>259</sup>.

Casi un año después de la CP-8, entre el 29 de septiembre y 3 de octubre, se llevó a cabo en Moscú la Conferencia Mundial sobre el Cambio Climático, propuesta y organizada a iniciativa del gobierno ruso<sup>260</sup>. El objetivo era negociar la ratificación del PK para posibilitar

---

de los países que consideraban necesario establecer límites ya que si no el objetivo global de reducción se vería desdibujado. Por el otro, la falta de certeza en cuanto a la eficacia de los bosques como sumideros, debida principalmente a la inexistencia de procedimientos adecuados para cuantificar con exactitud las emisiones que por este medio se evitarían.

<sup>255</sup> A tal punto que unos meses después de celebrada esta Conferencia la administración norteamericana expuso un plan alternativo al PK, en el cual se proponía una reducción gradual y moderada de las emisiones de GEI, sin las exigencias y plazos concretos que fijaba el Protocolo; y una serie de medidas fiscales para incentivar a las empresas y particulares a limitar voluntariamente sus liberaciones contaminantes.

<sup>256</sup> FCCC/CP/2002/7.

<sup>257</sup> Sólo cabe mencionar la aprobación de las Instrucciones para la Junta Ejecutiva del MDL (Decisión 21/CP-8).

<sup>258</sup> Recordemos que Japón lo había ratificado en junio de 2002.

<sup>259</sup> FCCC/CP/2002/2.

<sup>260</sup> La propuesta se produjo en la sesión 2473 del Consejo, Bruselas, con fecha de 9 de diciembre de 2002. La iniciativa fue acogida con beneplácito por la Asamblea General en su Resolución 57/258.

su entrada en vigor<sup>261</sup>. De todas formas, para que ello ocurriera había que esperar un año más.

### **11.7. CP-9/Milán (Italia), entre el 1 y el 12 de diciembre de 2003<sup>262</sup>**

Fue una Conferencia más de concienciación que de concreción. Para estas alturas se estaba acercando el período de compromiso del Protocolo (2008) y como aún no había podido entrar en vigor aumentaba la preocupación entre los más altos organismos ambientales del mundo.

En virtud de ello, estas sesiones estuvieron dirigidas a concienciar a la Comunidad Internacional, y especialmente a los países reticentes a la ratificación, a que el cambio climático es un problema serio y que para afrontarlo se requiere del esfuerzo mancomunado de todos los actores internacionales. Se reiteraron los principios de responsabilidad común pero diferenciada y de desarrollo sostenible.

En lo particular destacamos la meticulosa regulación de las modalidades y procedimientos para los proyectos de forestación y reforestación del MDL para el período de compromiso<sup>263</sup>.

Entre otras cosas se definieron términos fundamentales como “reservorios de carbono”, “ámbito del proyecto”, y “RCE temporal o a largo plazo”; se fijó a la Junta Ejecutiva como órgano de aplicación; y se regularon cuestiones como la acreditación y designación de las entidades operacionales, los requisitos de participación, la validación y registro del proceso y la verificación y certificación de los resultados.

---

<sup>261</sup> Recordemos que para esta época sólo faltaba la ratificación de Australia, EE.UU. y Rusia. Aunque la de los dos primeros parecía cada vez más lejos.

<sup>262</sup> FCCC/CP/2003/6.

<sup>263</sup> Decisión 19/CP-9 (FCCC/CP/2003/6/Add.2, p. 14/ 40).



### **11.8. CP-10/Buenos Aires (Argentina), entre el 6 y el 18 de diciembre de 2004<sup>264</sup>**

Esta Conferencia fue el espacio propicio para celebrar dos importantes acontecimientos. Por un lado, el décimo aniversario de la CMNUCC y, por el otro, que Rusia finalmente había ratificado el PK, lo cual dejaba abierta la puerta para su entrada en vigor.

Más allá de ello, se destaca el “Programa de Trabajo de Buenos Aires sobre Adaptación y Medidas de Respuesta”<sup>265</sup>, en el cual se tratan los aspectos científicos, técnicos y socioeconómicos del impacto del cambio climático y la vulnerabilidad y adaptación a éste, y se alienta al PICC a la realización de su cuarto informe.

También es dable mencionar los avances conseguidos en las negociaciones entre los países desarrollados y en desarrollo en cuanto a la implementación del MDL<sup>266</sup>. Entre otras cosas, se afirmó que era prerrogativa de la Parte de acogida confirmar si una actividad de proyecto del MDL contribuye a su desarrollo sostenible.

En definitiva, esta Conferencia fue de vital importancia para la negociación y concreción de futuros proyectos de MDL con los países latinoamericanos, principalmente con Argentina, Brasil, Colombia, México y Uruguay.

### **11.9. CP-11/CPPK-1/Montreal (Canadá), del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2005**

Era la primera conferencia que se desarrolló estando en vigor el PK<sup>267</sup>. La mayoría coincide que fue una de las Conferencias de mayor

---

<sup>264</sup> FCCC/CP/2004/10.

<sup>265</sup> FCCC/CP/2004/10/Add.1, p. 3/8.

<sup>266</sup> Decisión 12/CP-10 (FCCC/CP/2004/10/Add.2, p. 3/12).

<sup>267</sup> A partir del 16 de febrero de 2005.

éxito ya que logra arraigar una toma de conciencia general de la magnitud del problema.

Fue el inicio de un largo camino de negociaciones, que aún continúa, con el objeto de establecer nuevos compromisos luego del período 2008 – 2012, a efectos de evitar una interrupción entre el primer y el segundo período. Para ello se dispuso la creación de un grupo especial de trabajo<sup>268</sup>.

Por otra parte, estas sesiones también sirvieron para aprobar de manera definitiva todos aquellos proyectos provisorios que se fueron presentando con el correr de las CP, principalmente en la CP-7<sup>269</sup>.

#### **11.10. CP-12/CPPK-2/Nairobi (Kenia), del 6 al 17 de noviembre de 2006**

Esta Conferencia, que fue la primera en realizarse en el territorio subsahariano, debía responder a las fuertes expectativas de los países africanos para la implementación completa de los instrumentos actuales del PK. Este tema, junto a los futuros compromisos de reducción de emisiones, se convirtió en el centro de las discusiones.

---

<sup>268</sup> Decisión 1/CMP-1 (FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1, p. 3).

<sup>269</sup> Entre otras se destacan: Decisión 2/CMP-1, sobre los principios, carácter y objeto de los mecanismos previstos en los artículos 6, 12 y 17 del PK; Decisión 3/CMP-1 sobre las modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del PK; Decisión 4/CMP-1, sobre la orientación relativa al MDL, Decisión 5/CMP-1, sobre las modalidades y procedimientos para las actividades de proyectos de forestación y reforestación del MDL en el primer período de compromiso; Decisión 9/CMP-1, sobre las directrices para la aplicación del artículo 6 del PK; Decisión 10/CMP-1, sobre la aplicación del artículo 6 del PK; Decisión 11/CMP-1, sobre las modalidades, normas y directrices aplicables al comercio de los derechos de emisión previstas en el artículo 17 del PK; Decisión 13/CMP-1, sobre las modalidades de contabilidad de las cantidades atribuidas; Decisión 16/CMP-1, sobre el uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura; Decisión 17/CMP-1, sobre la orientación en las buenas prácticas en actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura; Decisión 27/CMP-1, sobre los procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el PK (FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1, 2 y 3).

Los resultados fueron altamente satisfactorios. Las decisiones adoptadas permitieron definir un calendario de trabajo para resolver cuestiones tan importantes como el financiamiento de los programas de los países en desarrollo; la lucha contra la deforestación; y la transferencia de tecnologías.

En lo que respecta propiamente al PK, las discusiones sobre el régimen post 2012 avanzaron gracias a una comprensión colectiva de los retos relacionados con el umbral máximo tolerable de calentamiento de dos grados y del esfuerzo de reducción mundial de emisiones con efecto de invernadero en 50 % de aquí al 2050. De todas formas, el consenso aún estaba muy distante.

Por otra parte, durante estas sesiones el MDL tuvo un papel primordial, al punto que se recordó que este mecanismo internacional es el único que trata de paliar el cambio climático y, al mismo tiempo, favorecer el desarrollo sostenible en los países en vías de desarrollo<sup>270</sup>.

Asimismo, se autorizó a la Junta Ejecutiva a la ampliación del plazo para la presentación de solicitudes de registro de las actividades de proyectos para el MDL, y a suspender o retirar la acreditación, y a restablecer o volver a acreditar a una entidad operacional designada<sup>271</sup>. Finalmente, también se enmendó el Anexo B del PK al incorporarse la República de Bielorrusia<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> FCCC/KP/CMP/2006/10, p. 12.

<sup>271</sup> Decisión 1/CMP-2 (FCCC/KP/CMP/2006/10/Add.1, p. 3/11).

<sup>272</sup> Decisión 10/CMP-2 (FCCC/KP/CMP/2006/Add.1, p. 37/38).

### **11.11. CP-13/CPPK-3/Bali (Indonesia), del 3 al 14 de diciembre de 2007**

Conscientes que los compromisos asumidos en el PK caducan en 2012, la principal preocupación de las Partes en esta conferencia fue acelerar las negociaciones de un nuevo período de compromiso que involucre al mayor número de Estados posibles. Esta preocupación se plasmó en el Plan de Acción y la Hoja de Ruta de Bali.

El desarrollo de las sesiones no fue sencillo. Por un lado, EE.UU., el gran ausente del PK, se negaba a aceptar compromisos cifrados y obligatorios para reducir la emisión de GEI. Por el otro, los países emergentes (China, India, Brasil)<sup>273</sup>, exentos hasta el momento de toda obligación de reducir sus emisiones, rehusaban aceptar cualquier imposición que supusiera frenar su crecimiento económico. Asimismo, los veintisiete países miembros de la UE, haciendo gala de su compromiso en la lucha contra el cambio climático, se comprometieron de forma unilateral a reducir el 20% de emisiones para 2020, y hasta un 30% si el resto de países se sumaban al reto.

Entre las decisiones más significativas de estas sesiones, encontramos relativas al Fondo de adaptación<sup>274</sup>, al mecanismo de AC<sup>275</sup>, al MDL<sup>276</sup> y al uso de la tierra<sup>277</sup>.

Finalmente, más allá de los desencuentros y asperezas, se confeccionó una agenda de reuniones hasta 2009 para alcanzar un

---

<sup>273</sup> Estos países serán los principales consumidores de las fuentes de energía del plantea en un futuro no muy lejano. Más aún, hoy por hoy, China ya es el primer consumidor de carbón, y en poco más de diez años habrá superado a EE.UU. como mayor contaminador del planeta.

<sup>274</sup> Decisión 1/CP-13.

<sup>275</sup> Decisión 3/CP-13.

<sup>276</sup> Decisión 2/CP-13.

<sup>277</sup> Decisión 6/CP-13.

nuevo acuerdo de reducción de emisiones que pudiera suceder al vigente<sup>278</sup>.

### **11.12. CP-14/CPPK-4/Poznan (Polonia), del 1 al 12 de diciembre de 2008**

En las precedentes conferencias se había aprobado el Plan de Acción y la Hoja de Ruta de Bali, estableciendo a la CP-15/CPPK-5 como el plazo máximo para acordar un marco para la acción posterior a 2012<sup>279</sup>. De manera que estas conferencias se erigían como paso clave en ese plan.

Una de las principales virtudes de esta Conferencia fue el notorio avance hacia una vinculación definitiva entre el PK y la CMNUCC. Lamentablemente, no faltaron aquellos países, con EEUU a la cabeza, que se opusieron firmemente a dicha vinculación.

A su vez, se adoptó una serie de decisiones sobre un amplio abanico de temas: el Fondo para la Adaptación en el marco del PK<sup>280</sup>, los programas de trabajo 2009 de los órganos subsidiarios<sup>281</sup>, la transferencia de tecnologías<sup>282</sup>, entre no muchas otras.

Si bien es cierto que fue un paso importante hacia Copenhague, también es cierto que el trabajo más pesado e importante quedó diferido para el año 2009. Los expertos coincidieron en que fue más una fase preparatoria de trabajo que un avance hacia resultados concretos.

---

<sup>278</sup> Los países en desarrollo finalmente cedieron en su postura pero a condición que su contribución sea voluntaria, en aras de no paralizar su crecimiento económico, y que se les brinde una mayor ayuda financiera para poder adaptarse al nuevo orden medioambiental.

<sup>279</sup> La Decisión 1/CP-14, promueve el Plan de Acción de Bali.

<sup>280</sup> Decisiones 4 y 5/CP-14.

<sup>281</sup> Decisión 7/CP-14.

<sup>282</sup> Decisión 2/CP-14.

### **11.13. CP-15/CPPK-5/Copenhague (Dinamarca), del 7 al 18 de diciembre de 2009**

El gran objetivo de esta conferencia era llegar a un acuerdo jurídicamente vinculante sobre el clima que suplante al PK a partir del año 2012. La idea era que mediante dicho acuerdo se redujeran mundialmente las emisiones de CO<sub>2</sub> en al menos un 50% en 2050, respecto a 1990.

Las negociaciones previas a la conferencia estuvieron marcadas por la siguiente problemática:

- en cuanto a los países desarrollados, persistía la falta de acuerdo con EEUU. No obstante, con el cambio de presidente (Barack Obama) en dicho país, las diferencias ya no eran tan pronunciadas como en la era Bush. Además, esta vez, EEUU se comprometió a participar en las conferencias, cosa que no hacía desde 2001.
- en cuanto a los países en desarrollo, continuaba el debate sobre cómo promover el crecimiento económico sin perjudicar el medio ambiente. El foco de atención estaba en los países emergentes: Brasil, China e India.

A cuatro días de iniciar las conferencias se dio a conocer un primer documento en el que aparecían los preacuerdos y lineamientos para un futuro acuerdo definitivo. El borrador planteaba reducir a la mitad las emisiones de 1990, para 2050, con la intención de fijar un nivel intermedio para 2020. De todas maneras, este borrador no llegó a efectivizarse.

El resultado más sobresaliente de esta Cumbre fue la confección de un acuerdo entre Brasil, China, India y Sudáfrica (países emergentes) con EEUU a instancias del primer ministro de China, Wen Jiabao. El

texto del documento, de sólo tres folios, luego fue aceptado por otros 29 países, entre los que se encontraban los de la UE.

El acuerdo proponía, de manera orientativa, la reducción de emisiones que cada país debía llevar a cabo a efecto que la temperatura global no suba más de 2° centígrados. Sobre el plazo para alcanzar este objetivo, sólo se dice que se realizará “lo antes posible”.

De todas maneras, el pacto no prosperó ya que no fue aceptado por unanimidad en la Convención.

#### **11.14. CP-16/CPPK-6/Cancún (México), del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010**

Luego de los efímeros resultados de la Conferencia de Copenhague, el principal objetivo de la Cumbre de Cancún era obtener un acuerdo jurídicamente vinculante que pudiera suceder al PK. Este intento por prolongar la vigencia del Protocolo, conocido como Hoja de Ruta, se inició en la Conferencia de Bali de 2007, pero sus objetivos aún no se han alcanzado, y ya no queda mucho tiempo.

La Cumbre de 2010 estuvo precedida por la Conferencia de Cochabamba (Bolivia) realizada del 19 al 22 de abril de 2010, aunque sus resultados no fueron demasiado trascendentes<sup>283</sup>.

El balance de la Cumbre de Cancún es bastante alentador. Se destaca la aprobación de un documento que confirma la necesidad de reducir las emisiones de CO2 entre un 25% y un 40% para 2020, teniendo en cuenta los niveles de 1990. En un primer momento este

---

<sup>283</sup> Se elaboró el llamado “Acuerdo de los Pueblos”, aunque no tuvo demasiada repercusión.

acuerdo no fue aprobado ya que si bien contaba con el voto favorable de todos los países, Bolivia se oponía rotundamente.

No obstante ello, el acuerdo finalmente fue aprobado, pero no porque Bolivia haya cambiado su postura sino por la particular interpretación que se realizó del sistema de adopción de acuerdos de la Convención. El canciller de México que presidía la Conferencia de Cancún, Patricia Espinosa, señaló que “el consenso no significa unanimidad” ni otorga a una delegación del derecho de vetar el trabajo realizado por más de 190 países.

Los resultados de la Conferencia fueron esperanzadores, ya que se dio un paso más de la Hoja de Ruta fijada en Bali. No obstante, este balance positivo se desdibuja si tenemos en cuenta que aún falta mucho camino para alcanzar el acuerdo vinculante que suplante al PK, y que queda muy poco tiempo para que la vigencia de éste se acabe.

Evidentemente, la próxima Conferencia de Durban (Sudáfrica) de 2011 es una de las últimas oportunidades para obtener un nuevo Protocolo y evitar así la existencia de un vacío legal respecto a las emisiones de CO<sub>2</sub>.

## **12. Consideraciones finales**

1. El Protocolo de Montreal es uno de los principales antecedentes del Protocolo de Kioto. Ambos documentos se ocupan de proteger la capa de ozono de la atmósfera, aunque el Protocolo de Kioto sólo regula gases de efecto invernadero, ya que su objetivo es paralizar y revertir el calentamiento global. Si bien es cierto que cada uno responde a convenciones internacionales diferentes los dos Protocolos se fundamentan en principios similares.



2. La Convención Marco sobre el Cambio Climático constituye el punto de partida para la concreción de acuerdos relacionados con las emisiones de gases contaminantes. El mismo Protocolo de Kioto fue consecuencia inmediata de aquella convención.

3. Los países no han contribuido en la misma proporción a provocar el calentamiento global. La prosperidad alcanzada por los Estados más desarrollados ha sido consecuencia de una mayor agresión al medio ambiente, cuyo derecho de disfrute pertenece a todos los países por igual. En consecuencia, son los países desarrollados los que deben asumir mayores compromisos para revertir el deterioro ambiental. Esto lo ampara el principio de responsabilidad común pero diferenciada.

4. Cuando existe amenaza de daño grave o irreversible no debería utilizarse la ausencia de certeza científica como razón para posponer medidas paliativas. El fundamento estriba tanto en razones económicas como ecológicas, ya que no sólo es más costoso reparar que evitar sino que los daños ambientales son generalmente irreparables. Es el principio de precaución.

5. El principio de desarrollo sostenible no pretende impedir o acotar el crecimiento de las economías mundiales sino promover una evolución económica que sea capaz de mantenerse en el tiempo. Esto implica satisfacer las necesidades actuales sin poner en peligro la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

6. El Protocolo de Kioto constituye uno de los pasos más trascendentes en la lucha internacional contra el cambio climático. No sólo desarrolló las disposiciones vertidas en la Convención Marco sino que reajustó el calendario de restricción de emisiones. Una de

sus principales aportaciones fue la incorporación de mecanismos para facilitar el cumplimiento de los compromisos ambientales.

7. Para el año 2003, el Protocolo de Kioto ya había sido ratificado por más de cincuenta Partes, pero aún no podía entrar en vigor ya que estos países sólo representaban el 44,2% de las emisiones.

La Federación Rusa, con emisiones que suponían en 1990 más del 17,4%, se convertía en un país clave para la entrada en vigor. Finalmente lo ratificó a finales de 2004, y el Protocolo comenzó su vigencia el 16 de febrero de 2005.

8. El Protocolo obliga a los países desarrollados a que sus emisiones de gases de efecto invernadero no excedan de las cantidades previamente atribuidas. Éstas son calculadas en función de los compromisos de limitación y reducción de las emisiones consignadas en el Anexo B.

El objetivo es disminuir el total de las emisiones de gases en un 5% respecto a los niveles alcanzados en 1990 para el período que va de 2008 a 2012.

9. Para facilitar el cumplimiento de estos compromisos el Protocolo incorporó los llamados mecanismos de flexibilidad. Está comprobado científicamente que los efectos del cambio climático se producen globalmente más allá del lugar específico donde se liberen los gases contaminantes.

Por lo tanto, en cuanto al cambio climático se refiere, es irrelevante el lugar donde se reducen las emisiones de dichos gases. Sin embargo, desde un análisis económico, será más rentable reducir las emisiones donde salga menos oneroso.

10. Mientras que en el mecanismo de aplicación conjunta participan países del Anexo I, en el mecanismo de desarrollo limpio un país desarrollado invierte en proyectos ecológicos respecto a un país en vías de desarrollo. El recorte de la contaminación derivado de esa inversión se documenta en unidades de reducciones emitidas y certificados de reducciones emitidas, respectivamente.

El mercado de derechos de emisión del Protocolo comenzó a operar en 2008 y permite a un país transferir parte de su cuota de emisión a otro que las necesite para cumplir con sus compromisos o, en la situación inversa, adquirir de otro país la cantidad de derechos que le exija el cumplimiento de sus obligaciones.

Se trata de una compra y venta de permisos de emisión, y como consecuencia de estas transacciones el comprador de derechos de contaminación verá aumentada su cantidad de derechos en la misma proporción en que disminuye la del vendedor.

## **CAPÍTULO II**

### **EL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA**

#### **1. Unión Europea**

##### **1.1. Introducción**

La UE constituye una organización supranacional que, a efectos de alcanzar objetivos comunes, dispone de una serie de competencias atribuidas por sus Estados miembros. En virtud de ello, la acción de la UE respecto a la lucha contra el calentamiento global está encorsetada dentro del marco jurídico que le ofrece el TCE.

Si bien es cierto que hoy en día el Tratado no confiere a la UE ningún título competencial expreso sobre esta materia, su competencia está dada de manera implícita (subyace en diferentes disposiciones del Tratado) y compartida (detentada conjuntamente con los Estados miembros).

La lucha contra el cambio climático es una cuestión que afecta al correcto funcionamiento del mercado interior, con lo cual se puede adoptar la base jurídica del artículo 95 del TCE.

De igual manera, este fenómeno se relaciona con las políticas agrícolas, de transporte, fiscales, comerciales y ambientales, razón por la cual se recurre también a los artículos 37, 71, 93, 133 y 175 del TCE, respectivamente.

Por otra parte, el artículo 176 del TCE expresamente reserva a los Estados miembros el derecho de mantener o adoptar medidas de mayor protección que las comunitarias.

La elección del basamento jurídico a utilizarse es trascendental ya que justifica las competencias de la UE sobre una determinada materia, define cuál es el procedimiento que se deberá seguir en la adopción de las medidas comunitarias y determina el margen de actuación que le queda a los Estados miembros.

Esta conjunción de competencias implica que la UE está sujeta a los principios de proporcionalidad, respecto a la intensidad de la acción comunitaria, y de subsidiariedad, en relación a la necesidad de la intervención supranacional.

La preocupación de la UE por las distorsiones del clima tiene origen mucho antes del nacimiento del PK, e incluso antes de la propia CMNUCC. El compromiso continental asumido en la lucha contra el cambio climático fue plasmado en diversos textos normativos y programas medioambientales que inspiraron mucha de la legislación actualmente vigente a nivel europeo.

A continuación exponemos las principales normas y programas que han regulado, directa e indirectamente, la lucha contra el calentamiento global. Haremos especial hincapié en la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la cual se implantó el SECE.

## **1.2. Antecedentes del SECE (1989 – 2003)**

A efectos metodológicos trataremos los antecedentes del SECE de manera disgregada. En primer lugar, desarrollaremos el cúmulo de normas destinadas a la protección de la atmósfera y a los contaminantes que afectan la capa de ozono. Más allá de que no se refieren directamente al calentamiento global y al comercio de DDEE, todos estos precedentes legales han servido de alguna manera para preparar y confeccionar el mercado de permisos negociables.

En segundo lugar, veremos aquellas normas, libros y programas que hacen referencia directa a la problemática del cambio climático.

### **a) Normativa referida a la protección de la atmósfera y a los gases contaminantes de la capa de ozono**

- La Directiva 89/106/CE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, sobre la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción<sup>284</sup>.

- La Directiva 1996/61/CE, de 24 de septiembre, sobre prevención y control integrados de la contaminación<sup>285</sup>.

Esta normativa resalta tres cuestiones básicas: la promoción de tecnologías que permitan el establecimiento de un marco institucional y legislativa adecuada; la necesidad de una aproximación al control de la contaminación para alcanzar un alto nivel de protección ambiental; y que la implantación práctica otorgue este enfoque integrado. En virtud de ello, se exige a los Estados

---

<sup>284</sup> DOUE L N° 40, de 11 de febrero de 1989. Fue modificada por la Directiva 93/68/CE, de 22 de julio, que modifica la Directiva 87/404/CEE, sobre recipientes a presión simples; la Directiva 88/378/CEE, sobre seguridad de los juguetes; la Directiva 89/106/CEE, sobre productos de construcción; la Directiva 89/336/CEE, sobre compatibilidad electromagnética, la Directiva 89/392/CEE, sobre máquinas; la Directiva 89/686/CEE, sobre equipos de protección individual; la Directiva 90/384/CEE, sobre instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático, la Directiva 90/385/CEE, sobre productos sanitarios implantables activos, la Directiva 90/396/CEE, sobre aparatos de gas; la Directiva 91/263/CEE, equipos terminales de telecomunicación; la Directiva 92/42/CEE, calderas nuevas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos; y 73/23/CEE, sobre material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión y por el Reglamento 1882/2003, de 29 de septiembre.

<sup>285</sup> DOUE L N° 257, de 10 de octubre de 1996. Fue modificada por el Reglamento (CE) 166/2006, de 18 de enero, sobre el establecimiento de un registro europeo de emisiones y transferencias de contaminantes.

miembros inventariar y suministrar los datos sobre las principales emisiones y las fuentes responsables<sup>286</sup>.

- La Directiva 1996/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiental<sup>287</sup>.

- La Directiva 1997/68/CE, del Consejo, de 16 de diciembre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre medidas contra la emisión de gases y partículas contaminantes procedentes de los motores de combustión interna que se instalen en las máquinas móviles no de carretera<sup>288</sup>.

- La Directiva 1999/30/CE, del Consejo de 22 de abril de 1999, relativa a los valores límite de dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno y óxidos de nitrógeno, partículas y plomo en el aire ambiental<sup>289</sup>.

- La Directiva 2000/76/CE, del Parlamento y del Consejo, de 4 de diciembre, relativa a la incineración de residuos<sup>290</sup>.

- La Directiva 2001/1/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de enero, por la que se modifica la Directiva 70/220/CEE del Consejo, sobre medidas contra la contaminación atmosférica causada por las emisiones de los vehículos de motor<sup>291</sup>.

- La Directiva 2001/80/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre limitación de emisiones a la

---

<sup>286</sup> Artículo 15.3 de la Directiva 96/61/CE.

<sup>287</sup> DOUE L N° 296, de 21 de noviembre de 1996. Fue modificada por el Reglamento (CE) 1882/2003, de 29 de septiembre.

<sup>288</sup> DOUE L N° 59, de 27 de febrero de 1998. Fue modificada por la Directiva 2001/63/CE, de 17 de agosto; por la Directiva 2002/88/CE, de 9 de diciembre; y por la Directiva 2004/26/CE, de 21 de abril.

<sup>289</sup> DOUE L N° 163, de 29 de junio de 1999. Fue modificada por la Decisión 2001/744/CE, de 17 de octubre.

<sup>290</sup> DOUE L N° 332, de 28 de diciembre de 2000.

<sup>291</sup> DOUE L N° 35, de 6 de febrero de 2001.

atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión<sup>292</sup>.

- Directiva 2001/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2001, sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos.

- Reglamento (CE) 2037/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono<sup>293</sup>.

- Directiva 2002/3/CE, del Consejo, de 12 Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2001.

#### **b) Normativa y programas referidos al cambio climático**

- La Decisión 93/389/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1993, relativa a un mecanismo de seguimiento de las emisiones de CO<sub>2</sub> y de otros gases de efecto invernadero en la Comunidad<sup>294</sup>.

Esta Decisión estableció un mecanismo de seguimiento de las emisiones de GEI y de evaluación del progreso en el cumplimiento de los compromisos respecto a dichas emisiones. El objetivo de este mecanismo era ayudar a los Estados miembros a determinar la cuota total de DDEE que deben asignar.

---

<sup>292</sup> DOUE L N° 309, de 27 de noviembre de 2001. Véase también la Recomendación 2003/47/CE, de la Comisión, de 15 de enero de 2003 sobre orientaciones para asistir a los Estados miembros en la elaboración de planes nacionales de reducción de emisiones en relación con las disposiciones de la Directiva 2001/80/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión (DOUE L N° 309, de 27 de noviembre de 2001).

<sup>293</sup> DOUE L N° 244, de 29 de septiembre de 2000.

<sup>294</sup> DO L N° 167, de 9 de julio de 1993, p. 31. Fue modificada por la Decisión 1999/296/CE.



- Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1993, relativa a la celebración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático<sup>295</sup>.

A través de ella, la UE y sus Estados miembros aprobaron y asumieron los compromisos establecidos en la Convención.

- La Comunicación de la Comisión de 3 de junio de 1998, “*El cambio climático. Hacia una estrategia post-Kioto*”<sup>296</sup>.

- La Comunicación de la Comisión de 19 de mayo de 1999, “Preparación de la aplicación del Protocolo de Kioto”<sup>297</sup>.

- Libro Verde sobre el comercio de los DDEE de GEI en la Unión Europea, de 8 de marzo de 2000<sup>298</sup>.

El objetivo primordial era impulsar la política comunitaria sobre un comercio de DDEE antes de la entrada en vigor del PK, reiterando a su vez la necesidad de que el sistema comunitario de DDEE entre en vigor lo antes posible con el fin de adquirir experiencia antes de la aplicación del sistema internacional.

Asimismo, destaca la necesidad de que el sistema comunitario garantice la igualdad de trato a las empresas; la lealtad en la competencia; la sinergia con la normativa en vigor; la aplicación eficaz del sistema; y la compatibilidad con el sistema previsto en el PK.

Este Libro abrió el debate sobre el mercado europeo de DDEE y constituyó el punto de partida para la confección de la Directiva

---

<sup>295</sup> DO L N° 33, de 7 de febrero de 1994, p. 11.

<sup>296</sup> COM (98) 353 final.

<sup>297</sup> COM (1999) 230 final.

<sup>298</sup> COM (2000) 87 final.

2003/87/CE<sup>299</sup>, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de los GEI en la UE.

- La comunicación de la Comisión de 8 de marzo de 2000, “Hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático”<sup>300</sup>.

El origen de este Programa se debe a las conclusiones del Consejo de Medio Ambiente en 1999, sobre la Estrategia comunitaria en cuanto al cambio climático<sup>301</sup>. A partir de este trabajo la Comisión presentó en el año 2000 una relación de acciones prioritarias para luchar contra el cambio climático al tiempo que comenzaba a idear políticas y propuestas en tal sentido.

El PECC persigue un doble objetivo muy claro: por un lado, el establecimiento de un sistema de comercio de emisiones a nivel europeo y, por el otro, la adopción de medidas urgentes en el ámbito de la energía, la industria y los transportes.

En su primera etapa (2000 – 2001) concreta una serie de acciones prioritarias para los años 2002 y 2003. A su vez, entre otras cosas, promueve la adopción de la Directiva sobre el comercio de emisiones, la revisión de la directiva sobre el mecanismo de supervisión de las emisiones de CO<sub>2</sub> y otros GEI, y la adopción de una Directiva sobre mecanismos basados en la realización de MF.

En su segunda etapa (2002 – 2003), el Programa se concentra en los MF, en la agricultura, en los receptores y depósitos, y en los bosques.

---

<sup>299</sup> DOUE L 275, de 25 de octubre de 2003.

<sup>300</sup> COM (2000) 88 final. Consultar Comunidades Europeas, Acción de la Unión Europea contra el cambio climático, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

<sup>301</sup> DOC. 11654/99, Luxemburgo, 12 de octubre de 1999.

- La Decisión de la Comisión 2000/479/CE, de 17 de julio de 2000, relativa a la realización de un inventario europeo de emisiones contaminantes<sup>302</sup>.

En virtud del apartado 3 del artículo 15 de la Directiva 96/61/CE, los Estados miembros se comprometen a realizar y presentar periódicamente informes sobre las emisiones a la atmósfera y al agua de todos los contaminantes cuyos valores límites umbrales se hayan superado.

- Estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible. Se trata de un plan estratégico presentado en junio 2001 por la Comisión ante el Consejo Europeo.

La estrategia constaba de tres puntos de apoyo: las propuestas y recomendaciones para mejorar la eficacia de la acción comunitaria en el marco del desarrollo sostenible; la fijación de objetivos y metas específicas a escala comunitaria; y la implementación y revisión de la estrategia.

Este plan estableció una serie de medidas concretas entre las cuales se destaca la eliminación progresiva de los subsidios a la producción y al consumo de combustibles fósiles, la promoción de los combustibles alternativos en el consumo de automóviles, y la reducción de las emisiones de GEI en 1% del nivel de 1990, cada año, hasta el 2020.

- Comunicación de la Comisión de 23 de octubre de 2001, “Ejecución de la primera fase del Programa Europeo sobre el Cambio Climático (2000 – 2001)”<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> DOUE L N° 192, de 28 de julio de 2000.

Con esta Comunicación se avanza un paso más hacia a la consecución de los objetivos del PECC, pudiéndose agrupar sus conclusiones en cuatro grandes áreas: cuestiones transectoriales, temas energéticos, cuestiones sobre transporte y el sector de la industria.

- Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo.

Esta Decisión pretende contribuir al cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos por la UE y sus Estados miembros mediante un mercado europeo de DDEE de GEI que sea eficaz y que implique el menor perjuicio posible para el desarrollo económico y el empleo.

- Sexto Programa de acción medioambiental, aprobado por medio de la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo 1600/2002/CE<sup>304</sup>, denominado “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> COM (2001) 580 final. Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2002, sobre la Comunicación de la Comisión acerca de la ejecución de la primera fase del Programa Europeo sobre el Cambio Climático (DOUE L N° 273, de 14 de noviembre de 2003).

<sup>304</sup> DOUE L N° 242, de 10 de septiembre de 2002.

<sup>305</sup> El Primer Programa de Acción adoptado por medio de una Declaración del Consejo en 1973, se refería a los problemas de contaminación y las medidas más adecuadas para paliar sus efectos adversos. Fue allí donde se incluyó por primera vez el principio de que quien contamina paga y el principio de precaución. En 1977, por una Resolución del Consejo, se confeccionó el Segundo Programa de Acción. Ese Programa se trató más bien de una continuación del Primer Programa ya que su principal objetivo fue desarrollar los conceptos vertidos en éste. Los avances llegaron en 1983 con el Tercer Programa de Acción, de tintes más preventivos que sus antecesores. Cuatro años más tarde se elaboró el Cuarto Programa de Acción, el cual se gestó con una visión más concreta identificando entre sus prioridades sectores específicos. La adopción de este Programa prácticamente coincidió con la entrada en vigor del Acta Única Europea por medio de la cual se estableció la

Éste es el Programa vigente ya que fue destinado para cubrir el período comprendido entre el 22 de julio de 2001 y el 21 de julio de 2012. Su confección se ha inspirado en el Quinto Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente y en la Decisión relativa a su revisión<sup>306</sup>.

El Sexto Programa hace especial hincapié en la necesidad de afrontar el problema del cambio climático desde una estrategia comunitaria. Para ello propone cinco ejes prioritarios: mejorar la aplicación de la legislación en vigor, integrar el medio ambiente en otras políticas, colaborar con el mercado, implicar a los ciudadanos y modificar sus comportamientos, y tener en cuenta el medio ambiente en las decisiones relativas al ordenamiento y gestión del territorio. Para cada uno de estos ejes se proponen acciones específicas.

En lo que respecta al cambio climático, el Programa reconoce que su atención constituye el principal objetivo para los próximos diez años. A corto plazo (para el 2008), la misión consiste en reducir en un 8% las emisiones de GEI con respecto a los niveles existentes en 1990. A largo plazo (para el 2020), hay que disminuir dichas

---

competencia comunitaria en materia ambiental. El Quinto Programa de Acción, denominado “Hacia un desarrollo sostenible”, fue adoptado en 1992 y su período de vigencia era de 1992 a 1999. El principal objetivo de este Programa era garantizar el desarrollo sostenible de los pueblos, tal como había sido consagrado en el Principio 3 de la Declaración de Río de 1992. De manera que todo el Programa gira en torno a promover el desarrollo económico satisfaciendo las necesidades actuales sin poner en peligro la satisfacción de las que deberán afrontar las generaciones venideras. Asimismo, establecía una serie de materias ambientales de alcance mundial, tales como la conservación de la diversidad biológica global, el control del calentamiento mundial, la protección de la capa de ozono, la protección de los bosques y la promoción del desarrollo sostenible. En la revisión del Quinto Programa de Acción (Decisión 2179/1998) se vuelve a insistir en la realización del desarrollo sostenible, haciendo especial referencia a la protección de la naturaleza y la biodiversidad. Al respecto puede verse SARASÍBAR IRIARTE, M., *op. cit.*

<sup>306</sup> Decisión 2179/1998, de 24 de septiembre.

emisiones entre un 20 y un 40%, mediante un acuerdo internacional eficaz<sup>307</sup>.

- Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo<sup>308</sup>.

En un paso muy importante para la entrada en vigor del PK, la UE decide aprobar como bloque continental sus preceptos y compromisos, los cuales, en definitiva, seguían los hilos conductores predeterminados por la CMNUCC que ya había sido aprobada<sup>309</sup>.

En concreto, mediante esta Decisión la UE y sus Estados miembros se comprometen a reducir sus emisiones antropogénicas globales de los GEI enumerados en el anexo A del PK en un 8% respecto a los niveles de 1990 en el período de compromiso.

### **1.3. El Sistema Europeo de Comercio de Emisiones (2003)**<sup>310</sup>

La UE no ha esperado la llegada del período de compromiso del PK para implantar su propio mercado de DDEE, respaldado con un régimen sancionador específico para los casos de incumplimiento.

---

<sup>307</sup> El Programa concreta los esfuerzos que plantea la lucha contra el cambio climático a través de distintas acciones: integrar los objetivos del cambio climático en las distintas políticas comunitarias, especialmente en las políticas de energía y transporte; reducir las emisiones de gases de efecto invernadero por medio de medidas específicas con el fin de mejorar la eficiencia energética, utilizar mejor las energías renovables, fomentar los acuerdos con la industria y ahorrar energía; desarrollar un comercio de derechos de emisión a escala europea; mejorar la investigación en el ámbito del cambio climático; mejorar la información facilitada al ciudadano en materia de cambio climático; examinar las subvenciones energéticas y su compatibilidad con los desafíos que plantea el cambio climático; preparar a la sociedad para el impacto del cambio climático.

<sup>308</sup> DOUE L N° 130, de 15 de mayo de 2002, p. 1.

<sup>309</sup> Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1993.

<sup>310</sup> En inglés: *European Trading System* (ETS)

Esta comercialización continental se planteó como una de las medidas más eficaces para alcanzar los objetivos de reducción de emisiones del PK.

Si bien es cierto que el SECE se ha erigido como el modelo de referencia para el comercio internacional de DDEE<sup>311</sup>, esta tipología de mercados tiene un largo camino recorrido.

Los primeros antecedentes de este tipo de mercados datan de 1974, en EEUU, con el famoso comercio de los DDEE de SO<sub>2</sub><sup>312</sup>. Incluso dentro del propio seno de la UE se han producido iniciativas similares, como el caso de Gran Bretaña y Dinamarca que, desde 2002 y desde 2000 respectivamente, disponen de mercados de emisiones de CO<sub>2</sub><sup>313</sup>.

Como referencia comunitaria de este tipo de mercados, aunque no sobre DDEE, podemos mencionar el comercio de cuotas de producción de sustancias empobrecedoras de la capa de ozono regulado en el Reglamento de 14 de octubre de 1988<sup>314</sup>.

Más recientemente encontramos la Directiva 1999/13, del Consejo, de 11 de marzo<sup>315</sup>, relativa a la limitación de las emisiones de

---

<sup>311</sup> La implementación de un mercado comunitario de DDEE ha situado a la UE en la vanguardia de las tecnologías limpias (FORTES MARTÍN, A., Voz “Comercio de derechos de emisión de GEI, régimen europeo y transposición a España”, en ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B., “Diccionario de Derecho Ambiental”, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 207).

<sup>312</sup> Creado a través de un programa experimental de la Agencia de Protección Ambiental de los EEUU.

<sup>313</sup> Este mercado de *tradable pollution rights* fue regulado por Dinamarca por la Ley N° 376, de 2 de junio de 1999, la “CO<sub>2</sub> Quota Act”, que disponía la creación de un sistema de intercambio de permisos de emisión de CO<sub>2</sub> *cap-and-trade* en el periodo 2000-2003; por su parte Gran Bretaña lo estructuró por medio del “Climate Change Program” del año 2000, que agrupa diversas medidas de fomento para la reducción de las emisiones industriales de CO<sub>2</sub>. Consultar HOBLEY, A., “Greenhouse gas emissions trading”, Energy & natural resources law, Vol. XIX, N° 3, 2001, p. 270 – 277.

<sup>314</sup> DOCE de 31 de octubre de 1988.

<sup>315</sup> DOCE N° 85, de 29 de marzo de 1999.

compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones. En sentido similar, la Directiva 2001/80, de 23 de octubre, sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión se remite a los Planes nacionales de reducción de emisiones<sup>316</sup>.

De manera que en el Derecho Comunitario existe cierta familiaridad con los mercados de cuotas, pero faltaba experiencia con relación a los mercados de cuotas de emisiones a la atmósfera. Hoy en día, junto al SECE conviven, aparte del comercio internacional de DDEE, diversos sistemas regionales de mercados de emisiones entre los que se destacan los de Chicago (*Climate Exchange* y *Chicago Climate Futures Exchange*), el de Australia (*Envex*), el de Canadá (*Montreal Climate Exchange*), el de Escandinavia (*Nord Pool*), y el de China (*Tianjin Climate Exchange*).

El SECE<sup>317</sup> se sustenta básicamente sobre tres normas pilares:

---

<sup>316</sup> DOUE L N° 309, de 27 de noviembre de 2001.

<sup>317</sup> Sobre el SECE, consultar GUTIÉRREZ FRANCO, Y., “El sistema europeo de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Análisis de la propuesta de Directiva europea de 23 de octubre de 2001”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 223, 2003, p. 51/76; LEÓN JIMÉNEZ, R., “El comercio de emisión de gases propuesto por el Protocolo de Kyoto: perspectiva internacional y europea”, *Unión Europea Aranzadi*, N° 10, octubre de 2003, p. 15/23; ARTOLA GONZÁLEZ, M., “La Unión Europea apuesta por el Protocolo de kioto: el mercado europeo de derechos de emisión ya está en marcha”, *MEDA: Medio ambiente, biodiversidad y desarrollo*, N° 21, 2004, p. 88/89; FERNÁN DE GATTA SÁNCHEZ, D., “Unión Europea y cambio climático: el régimen europeo del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N° 5, 2004, p. 89/113; RODRÍGUEZ ARIZA, L.; FERNÁNDEZ PAVÉS, M.; LÓPEZ GORDO, M. G. y LÓPEZ GORDO, J. F., “El Mercado Europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 232, 2004, p. 85/106; CAMPINS ERITJA, Mar (Coord.), “Los retos de la aplicación del Protocolo de Kyoto en España y Canadá”, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2005; SANZ RUBIALES, Íñigo., “Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, *CIVITAS – Revista Española de Derecho Administrativo*, 2005, Tomo I, p. 31/64; SARASÍBAR IRIARTE, Miren, *op. cit.*; ALENZA GARCÍA, J. F. y SARASÍBAR IRIARTE, M., “Cambio climático y energías renovables”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.



a) Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero en la UE<sup>318</sup>;

b) Directiva 2004/101/CE, de 27 de octubre, que vincula los créditos obtenidos a través de los mecanismos de proyecto del Protocolo de Kyoto con el régimen del mercado comunitario de DDEE<sup>319</sup>; y,

c) Reglamento (CE) 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros<sup>320</sup>.

#### **a) Directiva 2003/87/CE**

Basada en las propuestas del Libro Verde sobre comercio de emisiones la Directiva 2003/87/CE, también llamada Directiva SECE, instauro el marco legal del mercado de DDEE a nivel europeo a efectos de cumplimentar los compromisos de reducción asumidos.

Desde el punto de vista jurídico se ha optado por un régimen descentralizado, ya que son los propios Estados miembros los que toman las decisiones principales y los que asumen la ejecución de prácticamente todos los aspectos relativos al funcionamiento del mercado. Todo ello sin perjuicio de las competencias de coordinación y control que corresponden a la Comisión.

Desde el punto de vista de económico, la Directiva ha elegido un modelo de mercado tipo *cap-and-trade*, por medio del cual se fija un

---

<sup>318</sup> Fue tramitada por el procedimiento de co-decisión, a partir de la Propuesta COM (2001) 581, de 23 de octubre, adoptada en segunda lectura el 2 de julio de 2003 y aceptada el 22 de julio por el Consejo. La posición común, adoptada unánimemente por el Consejo, es de 9 de diciembre de 2002 (DOUE L 275, de 25 de octubre de 2003).

<sup>319</sup> DOUE 338, de 13 de noviembre de 2004.

<sup>320</sup> DOUE L 386, de 29 de diciembre de 2004.

tope máximo de emisiones que no debe ser superado en ningún caso. De esta manera, aquellas empresas que ahorren en DDEE sobre la asignación inicial podrán vender derechos a las que lo necesiten, pero en ningún caso se puede superar el máximo total de emisiones establecido. Se trata de un límite absoluto e infranqueable.

El objetivo de la normativa es integrar los sistemas nacionales de seguimiento de emisiones de GEI y la asignación de cuotas de DDEE para anticiparse al sistema internacional de comercio de DDEE que comenzó a operar a partir de 2008.

A estos fines, la Directiva dispuso dos fases de cumplimiento bien diferenciadas. La primera, denominada fase preparatoria, consistía en una etapa de prueba de tres años (2005 – 2008) en la que el intercambio de DDEE se realizaba dentro de las fronteras comunitarias. Su principal objetivo era ir puliendo los detalles necesarios para acoplarse al mercado internacional.

La segunda fase se compone de períodos consecutivos e ininterrumpidos de cinco años. El primero de ellos, que ya ha comenzado, abarca desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2012, coincidiendo así con el quinquenio fijado por el PK.

En cuanto al ámbito de aplicación hay que distinguir el ámbito subjetivo del objetivo<sup>321</sup>. En el primer caso, al permitir que cualquier persona pueda ser titular de los DDEE, la Directiva configura un ámbito de aplicación sumamente amplio<sup>322</sup>. Este sistema faculta y fomenta la participación de numerosos intermediarios (*brokers*), lo que facilita el encuentro entre oferentes y demandantes de estos

---

<sup>321</sup> SANZ RUBIALES, I., “Una aproximación al...”, *op. cit.*, p. 46/48.

<sup>322</sup> Artículo 19.2 de la Directiva 2003/87/CE.

derechos<sup>323</sup>. Es evidente que la idea es incrementar la liquidez del mercado y evitarse situaciones que supongan repentinos aumentos de precio de las cuotas<sup>324</sup>.

En cuanto al ámbito objetivo encontramos las siguientes cuestiones: el ámbito material propiamente dicho, el objeto del derecho de emisión y su duración.

El ámbito inicial del mercado desplegará todos sus efectos sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 96/61/CE<sup>325</sup> y se aplicará, en principio, a las actividades o instalaciones previstas en el Anexo I<sup>326</sup> y a los GEI que figuran en su Anexo II<sup>327</sup>, que son los mismos que contempla el PK<sup>328</sup>. No obstante, estos preceptos se encuentran sujetos a posibles ampliaciones, tanto en lo que se refiere a las

---

<sup>323</sup> El artículo 12.1 y 2 de la Directiva SECE, determina que los DDEE pueden transferirse: a) Entre personas en la Comunidad; b) Entre personas en la Comunidad y de terceros países donde tales derechos sean reconocidos, por un lado, y que se reconozcan los DDEE expedidos por una autoridad competente de otro Estado miembro. Asimismo, el artículo 25 regula las relaciones con otros regímenes de comercio de cuotas de estos gases a los fines de acordar tratados internacionales que permitan coordinar los correspondientes reconocimientos de DDEE.

<sup>324</sup> Esta postura se debe principalmente a las propuestas efectuadas en el Libro Verde sobre comercio de emisiones, en donde ya se venía debatiendo la cuestión del el ámbito subjetivo de mercado europeo de DDEE. Finalmente, se entendió que para darle eficacia al mercado era convenientes que participen empresas de todo el territorio comunitario.

<sup>325</sup> Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que, en el caso de las instalaciones que lleven a cabo actividades contempladas en el Anexo I de la Directiva 96/61/CE, las condiciones y el procedimiento de expedición del permiso de emisión de gases de efecto invernadero se coordinen con los correspondientes del permiso contemplado en dicha Directiva (Art. 8 Directiva 2003/87/CE).

<sup>326</sup> Las actividades consisten básicamente en la siderurgia, la producción de energía, industrias minerales y papeleras. Llama la atención que se hayan dejado fuera actividades tan contaminantes como el transporte y las actividades domésticas.

<sup>327</sup> Dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>); metano (CH<sub>4</sub>); óxido Nitroso (N<sub>2</sub>O); hidrofluorocarbono (HFCs); perfluorocarbono (PFCs) y el hexafluoro sulfúrico (SF<sub>6</sub>).

<sup>328</sup> Anexo A del PK.

actividades permitidas como al número de gases catalogados como generadores del efecto invernadero<sup>329</sup>.

Por otra parte, la Directiva es muy clara en cuanto a que el objeto de los DDEE no es el consumo de oxígeno atmosférico, ni siquiera la producción de CO<sub>2</sub> como consecuencia de procesos de combustión, sino la efectiva emisión de CO<sub>2</sub> a la atmósfera<sup>330</sup>. Por lo tanto, lo que se tiene en cuenta no es el consumo de un bien de titularidad colectiva ni la producción de GEI, sino la contaminación efectiva que se emite a la atmósfera como consecuencia de la liberación de determinados gases<sup>331</sup>.

Finalmente, es importante señalar que los DDEE se otorgan por un período de tiempo determinado, y una vez transcurrido el plazo fijado por los correspondientes Planes Nacionales de Asignación los derechos caducan.

El SECE establece dos tipos de repartos o asignaciones de DDEE. En primer término tenemos el reparto inicial o primario, que es aquel por medio del cual se distribuyen las cuotas de emisión entre los distintos Estados miembros a partir de la cantidad de DDEE que le fue asignada a la UE en el PK<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> En el año 2006 el Parlamento propuso que la Directiva 2003/87/CE se sometiese a revisión para incluir otros sectores, como el transporte, pero esta moción no prosperó.

<sup>330</sup> Artículo 3.a) de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>331</sup> Es por ello que si en algún proceso industrial se consume oxígeno por combustión y se producen GEI pero no se liberan en la atmósfera, se vierten en la tierra por ejemplo, no se precisaría ni autorización de emisión ni la posesión DDEE.

<sup>332</sup> Esta distribución de cuotas fue asignada definitivamente para los 25 Estados de la UE mediante la Decisión 2006/944/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 2006, por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kioto (DOUE L 358/87, de 16 de diciembre de 2006). A continuación se detallan los niveles de emisión asignados a la UE y a sus Estados miembros en términos de toneladas equivalentes de CO<sub>2</sub> para el primer período de compromiso del PK: Alemania: 4.868.520.955; Austria: 343.405.392; Bélgica: 679.368.682; Chipre: No

En segundo lugar, tenemos el reparto interno o secundario mediante el cual cada uno de los Estados miembros prorratea, a través de un PNA, los DDEE otorgados en el reparto primario. Estos planes deben basarse en criterios objetivos y transparentes, debiendo observar los criterios enumerados en el Anexo III de la Directiva<sup>333</sup>.

Respecto a las atribuciones de los Estados para elaborar su PNA, el Tribunal de Primera Instancia de la UE emitió dos sentencias muy interesantes, en las que se anulan las Decisiones de la Comisión respecto a los PNA de Polonia y de Estonia. En ambas resoluciones el Tribunal sostuvo que “corresponde a cada Estado miembro, y no a la Comisión, sobre la base de su PNA elaborado de conformidad con la

---

procede; Comunidad Europea: 19.683.181.601; Dinamarca: 273.827.177; Eslovaquia: 337.456.459; Eslovenia: 92.934.961; España: 1.663.967.412; Estonia: 197.902.558; Finlandia: 355.480.975; Francia: 2.819.626.640; Grecia: 694.087.947; Hungría: 578260222; Irlanda: 315.158.338; Italia: 2.429.132.197; Letonia: 119.113.402; Lituania: 221.275.934; Luxemburgo: 45.677.304; Malta: No procede; Países Bajos: 1.008.565.720; Portugal: 386.956.503; Reino Unido: 341.208.063; República Checa: 902.890.649; Suecia: 375.864.317; Polonia: 2.673.496.300.

<sup>333</sup> Entre los criterios contenidos en el Anexo III, podemos mencionar los siguientes: a) la cantidad total de DDEE por asignar será compatible con la obligación del Estado miembro de limitar sus emisiones de conformidad con la Decisión 2002/358/CE y el PK, teniendo en cuenta, por un lado, el porcentaje de las emisiones globales que representan dichos derechos en comparación con las emisiones de fuentes no contempladas en el presente Directiva y, por otro, las medidas nacionales en materia de energía; b) la cantidad total de DDEE por asignar será coherente con las evaluaciones del progreso real y previsto hacia el cumplimiento de las contribuciones de los Estados miembros a los compromisos de la Comunidad derivados de la Decisión 93/389/CEE; c) las cantidades de DDEE por asignar serán coherentes con el potencial, incluido el potencial tecnológico, de reducción de las emisiones de las actividades sujetas al presente régimen; d) el Plan será coherente con los demás instrumentos legislativos y políticos comunitarios; e) el Plan deberá respetar los requisitos del TCE, en particular sus artículos 87 y 88, sin distinguir entre empresas o sectores de modo que se favorezca indebidamente a determinadas empresas o actividades; f) el Plan incluirá información sobre la manera en que los nuevos entrantes podrán comenzar a participar en el régimen comunitario en el Estado miembro de que se trate; g) el Plan podrá contener medidas tempranas e incluirá información sobre la manera en que se tendrán en cuenta las medidas tempranas; h) el PNA incluirá información sobre la manera en que se tendrán en cuenta las tecnologías limpias; i) el Plan incluirá disposiciones sobre la formulación de observaciones por parte del público; j) el PNA contendrá una lista de las instalaciones cubiertas por la presente Directiva con mención de las cifras de DDEE que se prevé asignar a cada una; k) el Plan podrá contener información sobre el modo en que se tendrá en cuenta la competencia de países o entidades exteriores a la UE.

Directiva, decidir la cantidad total de derechos de emisión que asignará para el período en cuestión, iniciar el proceso de asignación de los derechos al titular de cada instalación y pronunciarse acerca de la asignación de dichos derechos”<sup>334</sup>. De esta manera se otorgan plenas facultades a cada uno de los Estados.

Para la etapa piloto de tres años (primera fase) los Estados miembros estaban obligados a asignar gratuitamente al menos el 95% de los DDEE, y a publicar y notificar su PNA a la Comisión y a los demás Estados miembros, a más tardar el 31 de marzo de 2004<sup>335</sup>.

En el primer período de cinco años (segunda fase) los Estados miembros debían asignar al menos el 90% de los DDEE de manera gratuita, debiendo publicar y notificar el plan al menos dieciocho meses antes del principio del período correspondiente<sup>336</sup>.

El proceso funciona a grandes rasgos de la siguiente manera: cada año, antes del 28 de febrero, las distintas Administraciones deben transferir a las empresas asentadas (y autorizadas) en sus territorios

---

<sup>334</sup> SSTPI, de 23 de septiembre de 2009 (asuntos T-183/07 y T-263/07).

<sup>335</sup> El escaso margen que se otorgaba a los Estados miembros para prepararse para la primera fase del SECE trajo como consecuencia un retraso generalizado, y sumamente justificado, de la obligación de transponer. Sólo cinco países presentaron en tiempo y forma su PNA. En el caso de España, el plan fue aprobado el día 6 de septiembre por Real Decreto 1866/2004 (BOE N° 216, de 7 de septiembre de 2004) y con carácter previo se dictó el Real Decreto Ley 5/2004, de 17 de agosto (BOE N° 208, de 28 de agosto de 2004), regulador del mercado de emisiones en España. Sobre los Planes Nacionales de Asignación, véase la Comunicación de la Comisión COM (2004) 500 (relativa a las decisiones de la Comisión, de 7 de julio de 2004, en relación con los Planes Nacionales de Asignación de DDEE de GEI notificados por Austria, Dinamarca, Alemania, Irlanda y Reino Unido); la Comunicación COM (2004) 681, de 20 de octubre de 2004 (relativa a las decisiones de la Comisión en relación con los Planes Nacionales de Asignación de DDEE de GEI notificados por Bélgica, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Portugal, y la República de Eslovaquia.

<sup>336</sup> En este aspecto el Libro Verde sobre comercio de emisiones por un lado, propone dos tipos de opciones para la asignación secundaria de las cuotas (la subasta y la asignación gratuita), y por el otro, enfatiza sobre la importancia de que el sistema sea único en toda Europa a los fines de evitar la discriminación de las empresas extranjeras.

los DDEE que le corresponden para ese año. Antes del 30 de abril<sup>337</sup> de cada año los titulares de las instalaciones están obligados a presentar a la autoridad nacional un número de DDEE equivalentes a las emisiones efectivamente liberadas durante el año anterior.

Si el empresario reduce sus emisiones, liberando menos contaminación de la permitida, puede vender el exceso de DDEE y sacar ventaja de su baja contaminación; pero, en el caso que sus emisiones superen las cuotas asignadas debe adquirir en el mercado de DDEE la cantidad de derechos faltantes para que cuando llegue la fecha indicada (antes del 30/04) pueda presentar equivalente cantidad de cuotas a la cantidad de GEI liberados a la atmósfera.

La Directiva dispone que a partir del 1 de enero de 2005 los Estados miembros deben poner en marcha un sistema de permisos de emisión de GEI para la realización de las actividades permitidas<sup>338</sup>. Para ello, los interesados deben presentar una solicitud ante la autoridad competente para la obtención del respectivo permiso de emisión de GEI<sup>339</sup>. Una vez cumplimentados si la autoridad competente considera que el titular de la instalación es capaz de garantizar el seguimiento y la notificación de las emisiones, expide un permiso de emisión de GEI<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Artículo 12.3 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>338</sup> Artículo 4 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>339</sup> La solicitud constará de los siguientes datos: a) la instalación y sus actividades; b) las materias primas y auxiliares; c) las fuentes de emisiones de GEI existentes en la instalación; d) las medidas previstas para el seguimiento y notificación de las emisiones; e) un resumen no técnico de los datos referidos en los puntos anteriores (Art. 5 Directiva 2003/87/CE).

<sup>340</sup> El permiso contendrá la siguiente información: a) nombre y dirección del titular; b) descripción de las actividades y emisiones de la instalación; c) los requisitos de seguimiento; d) los requisitos de notificación; e) la obligación de entregar, en los cuatro meses siguientes al final de cada año natural, derechos de emisión equivalentes a las emisiones totales de la instalación en dicho año (Art. 6.2 Directiva 2003/87/CE).

El mercado no sería operativo ni eficaz sin los correspondientes controles y sanciones a efectos de prevenir y castigar las infracciones. En cuanto a las medidas de contralor, la Directiva ha previsto, por un lado, la creación de Registros Nacionales para llevar cuenta exacta de la expedición, la titularidad, la transparencia y la cancelación de DDEE en cada Estado miembro<sup>341</sup>; y por el otro, un Registro Comunitario para controlar las transacciones registradas en todos los Estados miembros, y para evitar que se produzcan irregularidades en las operaciones de DDEE<sup>342</sup>.

En lo que respecta al sistema sancionador<sup>343</sup>, se otorga cierto grado de libertad a los Estados miembros para diagramar su regulación general<sup>344</sup>. No obstante ello, establece que las sanciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.

En particular, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de publicar los nombres de aquellos titulares que hayan infringido su obligación de entrega de DDEE; y constriñe a los Estados miembros para que multen a los titulares de instalaciones que en la fecha límite no entreguen suficientes DDEE.

La multa por exceso de emisiones es de 40 euros y 100 euros por cada tonelada equivalente de CO<sub>2</sub> emitido, según la infracción haya sido cometida en la primera o en la segunda fase, respectivamente.

Finalmente, reforzando la política de descentralización, son los mismos Estados miembros los encargados de adoptar las medidas administrativas apropiadas, incluido el nombramiento de las autoridades competentes adecuadas, con miras a la aplicación de las

---

<sup>341</sup> Artículo 19 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>342</sup> Artículo 20 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>343</sup> Artículo 16 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>344</sup> La normativa adoptada por los Estados miembros debía ser notificada a más tardar el día 31 de diciembre de 2003.



normas de la Directiva. En los casos en que se nombre a más de una autoridad competente<sup>345</sup>, su actuación deberá estar perfectamente coordinada<sup>346</sup>.

### **b) Directiva 2004/101/CE**

Esta norma fue conocida como la Directiva enlace<sup>347</sup>, ya que su principal objeto era armonizar y compatibilizar el SECE con el mercado de DDEE regulado en el PK. En este sentido, sus considerandos remarcan que la vinculación de los MF del PK con el SECE brindará la oportunidad de utilizar créditos de emisión generados a partir del PK para cumplir las obligaciones de los Estados miembros.

La idea era que la interacción de sistemas aumente las posibilidades de alcanzar un cumplimiento más económico en el régimen comunitario, lo que se traducía en una reducción de los costos globales que implica el cumplimiento del PK.

Al estimularse la demanda de créditos de AC, las empresas comunitarias invierten en el desarrollo ambiental y en la transferencia de tecnologías limpias. Con esta conjunción también se promueve la demanda de créditos del MDL, ayudando así a los países

---

<sup>345</sup> Tal y como ocurre en España con las Comunidades Autónomas (Art. 4.4, 5, 6, 19.1, 22, 23, 24 de la Ley 1/2005). Según la normativa, los órganos autonómicos competentes serán designados por cada una de las Comunidades Autónomas, y en su defecto, el competente en materia de medio ambiente (Disp. Trans. Segunda, punto 1, de la Ley 1/2005). A modo de ejemplo mencionamos el caso de Cataluña, que ha designado como autoridad competente a la Dirección General de Calidad Ambiental (Resolución MAH/3967/2010, de 23 de noviembre – Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya N° 5776, de 16 de diciembre de 2010).

<sup>346</sup> Artículo 18 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>347</sup> En inglés: *Linking Directive*.

en desarrollo receptores de proyectos limpios a alcanzar sus objetivos de desarrollo sostenible<sup>348</sup>.

En virtud de lo expuesto, podemos decir que la labor de la Directiva 2004/101/CE perseguía ampliar, modificar y sustituir algunos preceptos de la Directiva SECE.

Como primera medida incorpora una serie de definiciones que se vinculan directamente con el mercado internacional de DDEE. Entre las más significativas encontramos las siguientes:

- parte incluida en el anexo I: una parte que figure en la lista del anexo I de la CMNUCC que haya ratificado el PK);
- unidad de reducción de las emisiones o UREs: una unidad expedida de conformidad con el artículo 6 del PK); y
- reducción certificada de las emisiones o RCE: una unidad expedida de conformidad con el artículo 12 del PK)<sup>349</sup>.

Aparte de estas definiciones, la Directiva enlace agregó a la Directiva SECE algunos artículos y nuevos párrafos que la complementan.

En primer lugar, la nueva Directiva permite a los Estados miembros autorizar la utilización de RCEs y UREs hasta un cierto porcentaje de la cantidad de DDEE asignada a cada instalación<sup>350</sup>. Esta utilización se lleva a cabo mediante la expedición e inmediata entrega de un DDEE por el Estado miembro a cambio de cada RCE o URE que figure a nombre del titular en el registro nacional.

---

<sup>348</sup> Considerando 3 de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>349</sup> Letras K), l), m) y n) del artículo 3 de la Directiva 2003/87/CE, agregadas por el artículo 1.1) de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>350</sup> Siempre y cuando las RCEs y las UREs sean expedidas y se puedan usar de conformidad con la CMNUCC y el PK y las decisiones subsiguientes adoptadas con arreglo a éstos.

No obstante, se impide la utilización de RCEs y UREs derivadas de instalaciones nucleares durante el período 2005 – 2007 y el período 2008 – 2012 y de aquellas RCEs y UREs resultantes de actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura<sup>351</sup>.

Por otra parte, establece que cada Estado miembro que autorice a entidades públicas o privadas a participar en proyectos limpios seguirá siendo responsable del cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la CMNUCC y al PK. Además deberá asegurarse que tal participación sea coherente con las directrices, modalidades y procedimientos adoptados de conformidad con la CMNUCC y el PK<sup>352</sup>.

Amén de estas cuestiones, la Directiva enlace incorpora y modifica otros artículos e injerta nuevos párrafos a los ya existentes en referencia a los siguientes temas: futuro Reglamento del SECE<sup>353</sup>; notificación de los Estados miembros<sup>354</sup>; apoyo a las actividades de capacitación<sup>355</sup>; revisión y posterior desarrollo del SECE<sup>356</sup>; y criterios aplicables a los PNA<sup>357</sup>.

---

<sup>351</sup> Artículo 11 bis de la Directiva 2003/87/CE (“Utilización de RCEs y UREs resultantes de actividades de proyectos en el régimen comunitario”), agregado por el artículo 1.2) de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>352</sup> Artículo 11 ter de la Directiva 2003/87/CE (“Actividades de proyectos”), agregado por el artículo 1.2) de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>353</sup> Nuevo párrafo del apartado 3 del artículo 19 de la Directiva 2003/87/CE, agregado por el artículo 1.5) de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>354</sup> Nuevo artículo 21 de la Directiva 2003/87/CE, modificado por el artículo 1.6) de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>355</sup> Artículo 21 bis de la Directiva 2003/87/CE, agregado por el artículo 1.7) de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>356</sup> Nuevo artículo 30 de la Directiva 2003/87/CE, modificado por el artículo 1.8) de la Directiva 2004/101/CE.

<sup>357</sup> Anexo III de la Directiva 2003/87/CE ampliado, modificado por el artículo 1.9) de la Directiva 2004/101/CE.

### **c) Reglamento 2216/2004**

El Reglamento establece los principios rectores del sistema integrado de registros, tanto para el seguimiento de las transferencias de los DDEE en el mercado de la UE, como para la articulación del mismo con los registros internacionales<sup>358</sup>.

En primer lugar, determina que cada Estado miembro y la Comisión deberán establecer un registro en forma de una base de datos electrónica, el cual deberá contener los soportes físicos y lógicos que se detallan en el anexo I<sup>359</sup>. A los fines de llevar adelante su gestión y mantenimiento cada Estado miembro y la Comisión designarán un administrador del registro de conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE, la Decisión 280/2004/CE y el presente Reglamento<sup>360</sup>. La Comisión también llevará un DITC en forma de una base de datos perfectamente sincronizada con los registros antedichos<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 19 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>359</sup> En España este registro se implantó mediante el Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión (BOE N° 253, de 22 de octubre de 2005). El Gobierno ha encomendado la gestión técnica del Registro Nacional de Derechos de Emisión (RENADE) a Iberclear, "Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores". Gestión que realizará esta compañía hasta 2012, fecha que coincide con la finalización del 2º Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión (2008-2012). Página Web Oficial: [www.renade.es](http://www.renade.es)

<sup>360</sup> En España la designación, funciones y organización del administrador del registro se encuentra regulado en el Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión (BOE N° 253, de 22 de octubre de 2005); en el Real Decreto 1188/2001, de 2 de noviembre, que regula la composición y funciones del Consejo Nacional del Clima (BOE N° 264, de 3 de noviembre de 2001); en el Real Decreto 562/2004, que aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE N° 96, de 20 de abril de 2004; corrección de errores en BOE N° 100, de 24 de abril de 2004); el Real Decreto 1277/2004, de 18 de junio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente (BOE N° 148, 19 de junio de 2004; corrección de errores en BOE N° 307, de 22 de diciembre de 2004).

<sup>361</sup> Artículos 3, 5, 6 y 8 del Reglamento 2216/2004.

A partir del año 2005 cada registro debe reflejar una serie de cuentas y cuadros, cuyo contenido se encuentra minuciosamente detallado en sus anexos. Dentro de las cuentas de haberes tendríamos:

- a) una para las Partes;
- b) una para el titular por cada instalación;
- c) una por persona;
- d) una para la retirada de los derechos; y
- e) una para su cancelación<sup>362</sup>.

En relación a los cuadros deben figurar los siguientes:

- a) uno para las emisiones verificadas;
- b) uno para la entrega de DDEE; y
- c) uno para la situación de cumplimiento<sup>363</sup>.

Los Estados miembros han de notificar a la Comisión su PNA, a más tardar, el 1 de enero del año anterior al inicio de cada período quinquenal (segunda fase), el cual, una vez aprobado, será incluido en el DITC.

A partir de lo dispuesto en el PNA, el administrador del registro de cada Estado miembro tiene que expedir, a más tardar el 28 de febrero del primer año de cada período quinquenal, la cantidad total de DDEE pertinente a la cuenta de haberes de Parte<sup>364</sup>. Dentro de ese mismo período, el administrador también debe transferir desde la cuenta de haberes de Parte a la cuenta de haberes de titular, la

---

<sup>362</sup> Art. 11 y ss. del Reglamento 2216/2004.

<sup>363</sup> Art. 24 y ss. del Reglamento 2216/2004.

<sup>364</sup> La expedición se realizará a través de la conversión de DDEE de una cantidad equivalente de las unidades de las cantidades atribuidas que contenga la cuenta en cuestión.

porción del total de DDEE asignada anualmente a la instalación del titular de que se trate.

A efectos de promover la interacción entre los distintos sistemas de comercio de DDEE, el Reglamento dispone que el administrador del registro de un Estado miembro puede efectuar transferencias entre las cuentas de haberes:

- a) existentes dentro de su propio registro (transferencia interna);
- b) de su registro y el registro de otro Estado miembro (transferencia comunitaria); y
- c) de su registro y los registros instaurados por el PK o de un tercer Estado con el cual exista un acuerdo bilateral (transferencia externa)<sup>365</sup>.

Al iniciar cada año, los titulares de instalaciones deberán informar al administrador de su registro sobre las emisiones que aquellas han liberado durante el año anterior. Si el informe es satisfactorio, se anotarán las emisiones verificadas anuales en el cuadro de emisiones verificadas del registro nacional.

Asimismo, de conformidad con el mencionado informe, los titulares deben entregar antes del día 30 de abril los DDEE equivalentes a las emisiones verificadas en el año inmediato anterior. Esta operación se materializa con la transferencia del número de DDEE a entregar desde la cuenta de haberes de titular a la cuenta de haberes de Parte. De esta manera los DDEE vuelven a la cuenta original.

El proceso culmina con la anotación de los DDEE devueltos por el titular en la sección del cuadro de entrega de DDEE designado para esa instalación<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Artículo 46 del Reglamento 2216/2004.

El día 1 de mayo del primer año de cada período quinquenal el administrador del registro realizará la cancelación y sustitución de los DDEE ordinarios, los RCEs y los DDEE para casos de fuerza mayor, que contenga la cuenta de haberes de Parte en relación con el período anterior<sup>367</sup>.

Esta cantidad deberá coincidir necesariamente con el total de DDEE entregados y que hayan sido anotados en el cuadro de entrega de DDEE. Para ello procederá, en primer lugar, a transferir todos los DDEE expedidos para el período de cinco años anterior desde las cuentas de haberes de titular y de persona a la cuenta de haberes de Parte. Finalmente, anotará en la cuenta de cancelación los DDEE cancelados<sup>368</sup>.

#### **1.4. Normativa complementaria y modificadora del SECE (2004 – 2008)**

- Decisión 2004/156/CE, de la Comisión, de 29 de enero, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>369</sup>.

- Decisión 2004/280/CE, de 11 de febrero, relativa a un mecanismo de seguimiento de las emisiones de gases de efecto

---

<sup>366</sup> Artículos 51 y 52 del Reglamento 2216/2004.

<sup>367</sup> Es decir que el 1 de mayo de 2013, se cancelarán los DDEE correspondientes al período 2008-2012; el 1 de mayo de 2018, se cancelarán los DDEE correspondientes al período 2013-2017; el 1 de mayo de 2023, se cancelarán los DDEE correspondientes al período 2018-2022; y así sucesivamente.

<sup>368</sup> Artículo 61 del Reglamento 2216/2004.

<sup>369</sup> DOUE L N° 59, de 26 de febrero de 2004. Quedó derogada el 1 de enero de 2008, según dispone el artículo 2 de la Decisión 2007/589, de 18 de julio.

invernadero en la Comunidad y de la aplicación del Protocolo de Kyoto<sup>370</sup>.

Esta Decisión establece un sistema de seguimiento de las emisiones antropogénicas con efectos invernadero y la evaluación de los compromisos asumidos por la UE y los Estados miembros. Su finalidad es armonizar la información relativa a las previsiones de emisión de la UE y los Estados miembros y adaptar el mecanismo a las exigencias de información y a las orientaciones políticas establecidas en esta materia por la CP-6bis (Bonn) y la CP-7 (Marrakech).

Asimismo, la Decisión pretende reforzar la cooperación y coordinación entre los Estados miembros para recopilar el inventario de GEI y determinar los avances y procedimientos de examen y cumplimiento que permiten que la UE cumpla con sus compromisos internacionales en cuanto a la presentación de informes<sup>371</sup>.

- Decisión 2005/166/CE, de la Comisión, de 10 de febrero de 2005, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Decisión 2004/280/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un mecanismo para el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y para la aplicación del Protocolo de Kyoto<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> DOUE L N° 49, de 19 de febrero. Sustituye la Decisión del Consejo 93/389/CE, de 24 de junio de, relativa al establecimiento de mecanismos de supervisión de las emisiones de CO<sub>2</sub> y de otros gases de efecto invernadero.

<sup>371</sup> CAMPINS ERITJA, M. (Coord.) y HUICI SANCHO, L., *“Los retos de la aplicación del Protocolo de Kyoto en España y Canadá”*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2005, p. 61/62.

<sup>372</sup> DOUE L N° 55, de 1 de marzo de 2005.



- Decisión 2005/381/CE, de 4 de mayo, por la que se crea un cuestionario para informar sobre la ampliación de Directiva 2003/87/CE<sup>373</sup>.

- Decisiones adoptadas por la Comisión el 15 de de septiembre de 2005, con arreglo al artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE<sup>374</sup>.

- Reglamento (CE) 166/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, relativo al establecimiento de un registro europeo de emisiones y transferencias de contaminantes y por el que se modifican las Directivas 91/689/CEE y 96/61/CE del Consejo<sup>375</sup>.

- Decisión 2006/780/CE, de 13 de noviembre, por la que se establece la forma de evitar el doble cómputo de las reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión en relación con actividades de proyectos derivados del Protocolo de Kyoto de conformidad con la Directiva 2003/87/CE<sup>376</sup>.

- Decisión 2007/589, de 18 de julio, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE<sup>377</sup>.

- Reglamento (CE) 916/2007, de 31 de julio, de la Comisión, por el que se modifica el Reglamento (CE) 2216/2004, relativo a un sistema

---

<sup>373</sup> DOUE L N° 126, de 19 de mayo de 2005.

<sup>374</sup> DOUE L N° 226, de 15 de septiembre de 2005.

<sup>375</sup> DOUE L N° 33, de 4 de febrero de 2006.

<sup>376</sup> DOUE L N° 316, de 16 de noviembre de 2006.

<sup>377</sup> DOUE L N° 229, de 31 de agosto de 2007. Deroga la Decisión 2004/156/CE, de la Comisión, de 29 de enero, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>378</sup>. La Comisión decide modificar el Reglamento 2216/2004 con el objeto de favorecer y articular un adecuado, ágil y efectivo intercambio de datos entre los registros previstos por el PK y los comunitarios<sup>379</sup>.

A partir de ello, la UE resuelve tomar todas las medidas necesarias para garantizar que todos los registros de los Estados miembros (el DITC y el DITCMNUCC) estén conectados entre sí antes del 1 de diciembre de 2007.

Esta iniciativa se concreta mediante la sustitución, modificación e incorporación de ciertos artículos y anexos del antiguo sistema registral<sup>380</sup>. Asimismo, se incorpora el capítulo V bis, sobre el funcionamiento de los registros de los Estados miembros que no disponen de UCA.

---

<sup>378</sup> DOUE L N° 200, de 1 de Agosto de 2007. Modifica el Reglamento (CE) 2216/2004.

<sup>379</sup> Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 24/CP-8 (Nueva Guinea).

<sup>380</sup> En concreto, se realizan las siguientes reformas: el artículo 2 se modifica; en el artículo 3, apartado 3, se añade un párrafo; el artículo 5 se modifica; en el artículo 6, el apartado 2 se sustituye; el artículo 7 se sustituye; en el artículo 10, el apartado 3 se sustituye; en el artículo 15, el apartado 1 se sustituye; en el artículo 17, se añade el apartado 3; el artículo 28 se sustituye; el artículo 29 queda modificado; el artículo 32 se sustituye; el artículo 33 se sustituye; el artículo 34 se sustituye; se inserta el artículo 34 *bis*; en el artículo 44, el apartado 2 se sustituye; el artículo 46 se sustituye; el artículo 48 se sustituye; se inserta el artículo 48 *bis*; el artículo 50 queda modificado; el artículo 51 se sustituye; el artículo 55 se sustituye; el artículo 57 se sustituye; en el artículo 58, el párrafo primero se sustituye; el artículo 59 se sustituye; en el artículo 60, la letra a) se sustituye; en el artículo 61, las letras a) y b) se sustituyen; en el artículo 63, el apartado 1 se sustituye; a continuación del artículo 63, se inserta el capítulo V *bis*; el artículo 72 queda modificado; en el artículo 73, el apartado 1 se sustituye; los anexos I, II, III, VI a XIII y XVI quedan modificados; Se inserta el anexo XI *bis*.

## **2. El mercado de DDEE en España**

Como miembro de la UE, España ha de organizar su ordenamiento jurídico interno en sintonía con la normativa comunitaria. La regulación del comercio de DDEE y demás cuestiones relacionadas con el cambio climático no fueron la excepción.

Actualmente, el régimen jurídico del mercado de DDEE de GEI en España se sostiene sobre tres normas fundamentales:

a) 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<sup>381</sup>;

b) El Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión<sup>382</sup>; y

c) El Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008 – 2012<sup>383</sup>.

### **2.1. Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derecho de emisión de gases de efecto invernadero<sup>384</sup>**

El antecedente directo de esta norma es el RDL 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> BOE N° 59, de 10 de marzo de 2005.

<sup>382</sup> BOE N° 253, de 22 de octubre de 2005.

<sup>383</sup> BOE N° 282, de 25 de noviembre de 2006.

<sup>384</sup> BOE N° 59, de 10 de marzo de 2005

<sup>385</sup> BOE N° 208, de 28 de agosto de 2004. A los fines de poder cumplir los plazos comunitarios primero se confeccionó, bajo un procedimiento de urgencia, este Real

La Ley 1/2005 fue la transposición de la Directiva SECE, y al igual que su antecesora se justificó en la imperiosa necesidad de atender los siguientes requerimientos:

- cumplir con el calendario de aplicación comunitario;
- lograr que las instalaciones sometidas al mismo contaran con la autorización de emisión al 1 de enero de 2005;
- garantizar que los agentes económicos españoles participen en el mercado internacional en condiciones de igualdad; y
- aprobar en cuanto antes el PNA para la primera fase de cumplimiento.

Una de las primeras medidas adoptadas por esta Ley fue la creación de la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático<sup>386</sup>, que es el Órgano de intermediación entre la AGE y las Comunidades Autónomas para la aplicación del régimen de comercio de DDEE y el cumplimiento de las obligaciones internacionales y comunitarias de información. Esta Comisión es presidida por el Secretario General para la Prevención de la Contaminación y del Cambio Climático, quien cuenta con el apoyo de ocho vocales<sup>387</sup>.

En concordancia con la Directiva 2003/87/CE<sup>388</sup>, toda instalación que desarrolle alguna de las actividades y genere las emisiones

---

Decreto Ley, cuyo contenido sería, meses después, trasvasado de manera íntegra a la Ley 1/2005.

<sup>386</sup> Artículo 3 de la Ley 1/2005.

<sup>387</sup> Cinco por el lado de la Administración General del Estado: tres vocales designados por cada uno de los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Medio Ambiente; un vocal designado por cada uno de los Ministerios de Justicia, de Interior, de Fomento, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Asuntos Sociales, de Agricultura, Pesca y Alimentación, de Administraciones Públicas, de Sanidad y Consumo y de Vivienda; un vocal designado por la Oficina Económica del Presidente de Gobierno. Tres por el lado de las comunidades autónomas: un vocal designado por cada comunidad autónoma; un vocal designado por cada una de las Ciudades de Ceuta y Melilla; y un vocal representante de las entidades locales, designado por la asociación de ámbito estatal con mayor implantación.

<sup>388</sup> Artículos 4 y 5 de la Directiva 2003/87/CE.

detalladas en el anexo I<sup>389</sup> debe contar con una autorización de emisión de GEI expedida a favor de su titular.

Dicha autorización tendrá el siguiente contenido:

- a) nombre y dirección del titular de la instalación;
- b) identificación y domicilio de la instalación;
- c) una descripción básica de las actividades de la instalación;
- d) las obligaciones de seguimiento de emisiones, especificando la metodología que se ha de aplicar;
- e) las obligaciones de suministro de información;
- f) la obligación de entregar, en los cuatro meses siguientes al final de cada año natural, DDEE en cantidad equivalente a las emisiones totales verificadas de la instalación durante el año anterior;
- g) fecha prevista de entrada en funcionamiento.

Este permiso de emisión se solicita ante el órgano autonómico competente<sup>390</sup>. Su concesión está supeditada a que el titular aporte

---

<sup>389</sup> Actividades incluidas: actividades energéticas (instalaciones de combustión con una potencia térmica nominal superior a 20 MW - refinerías de hidrocarburos - coquerías); producción y transformación de metales féreos (instalaciones de calcinación o sinterización de minerales metálicos e instalaciones para la producción de arrabio o de acero); industrias minerales (instalaciones de fabricación de cemento sin pulverizar en hornos rotatorios con una producción superior a 500 toneladas diarias, o de cal en hornos rotatorios con una capacidad de producción superior a 50 toneladas por día, o en hornos de otro tipo con una capacidad de producción superior a 50 toneladas por día - instalaciones de fabricación de vidrio incluida la fibra de vidrio, con una capacidad de fusión superior a 20 toneladas por día - instalaciones de fabricación de productos cerámicos mediante horneado, en particular de tejas, ladrillos, ladrillos refractarios, azulejos, gres cerámico o porcelanas, con una capacidad de producción superior a 75 toneladas por día, y, una capacidad de horneado de más de 4 m3 y de más de 300 kg/m3 de densidad de carga por horno); y otras actividades (instalaciones industriales destinadas a la fabricación de pasta de papel a partir de materias fibrosas, y de papel y cartón con una capacidad de producción de más de 20 toneladas diarias). En cuanto a los gases el anexo sólo hace referencia al CO2.

<sup>390</sup> Estos permisos, al contrario que los DDEE, son privativos de cada instalación, con lo cual nunca podrán transferirse (LÓPEZ GORDO, J.F., "La armonización de la imposición energética o un mercado sobre emisiones de gases de efecto invernadero", Ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 484).

toda la documentación necesaria<sup>391</sup> y acredite su capacidad de garantizar el seguimiento y la notificación de las emisiones.

Finalmente, la Ley establece que las autorizaciones de emisión de GEI quedan extinguidas en los supuestos de cierre de la instalación; falta injustificada de puesta en funcionamiento de la instalación, transcurridos tres meses desde la fecha de inicio de la actividad prevista; en los supuestos de sanción; y suspensión de la actividad de la instalación durante un plazo superior a un año<sup>392</sup>.

A efectos de cumplir con los compromisos ambientales asumidos se dispone la posibilidad de crear agrupaciones de instalaciones<sup>393</sup>. Podrán agruparse siempre que lleven a cabo una actividad incluida en el mismo epígrafe del anexo I; que cuenten con una autorización de emisión de GEI; y que designen un administrador fiduciario que las represente y detente la titularidad de los DDEE. A tales efectos se otorgará una autorización específica de agrupación<sup>394</sup>.

Esta modalidad se solicita ante el Ministerio de Medio Ambiente y se otorga por el Consejo de Ministros a propuesta de los Ministerios de Medio Ambiente, de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio

---

<sup>391</sup> La solicitud de autorización deberá contener la documentación con la siguiente información: a) identificación y acreditación de ser titular de la instalación a los efectos de lo previsto en esta Ley; b) identificación y domicilio de la instalación; c) descripción de la instalación para la que se solicita autorización, así como se sus actividades, incluyendo la tecnología utilizada; d) las materias primas y auxiliares empleadas cuyo uso pueda producir emisiones de los gases del anexo I; e) las fuentes de emisión de los gases del anexo I; f) las medidas previstas para realizar el seguimiento de las emisiones.

<sup>392</sup> Artículos 4 a 8 de la Ley 1/2005.

<sup>393</sup> Artículo 28 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>394</sup> Este permiso de agrupación contendrá lo siguiente: a) identificación del administrador fiduciario y descripción de los poderes que le han sido atribuidos; b) identificación de las instalaciones incluidas en la agrupación y de las autorizaciones de emisión de GEI; c) enumeración de las obligaciones y limitaciones del administrador fiduciario en relación con la entrega de DDEE y participación el mercado; d) Plazo de vigencia de la autorización (Art. 10 Ley 1/2005).

Climático, previo informe de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se ubiquen las instalaciones solicitantes y del Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda<sup>395</sup>.

Los DDEE correspondientes al total de derechos asignados a cada instalación de la agrupación son transferidos de la cuenta de haberes de la AGE a la de la agrupación. La entrega anual de DDEE se efectúa a través del administrador fiduciario<sup>396</sup>.

Los futuros Planes Nacionales deben basarse en criterios objetivos y transparentes, teniendo siempre en cuenta las obligaciones internacionales y comunitarias asumidas por España<sup>397</sup>. En particular, deben establecer para cada uno de los períodos de vigencia los siguientes datos:

- a) el número total de DDEE que se prevé asignar;
- b) el procedimiento de asignación;
- c) la cantidad de RCEs y UREs que es previsible asignar;
- d) el porcentaje de la asignación a cada instalación en el que se autoriza el uso de este tipo de créditos a su titular para cumplir con la obligación establecida.

La Ley también hace referencia a las dos fases de cumplimiento que señala la Directiva 2003/87/CE<sup>398</sup>, estipulando la confección de Planes Nacionales de asignación tanto para el período 2005 – 2007<sup>399</sup>

---

<sup>395</sup> Junto con la autorización deberá presentarse la siguiente documentación: a) acreditación de la identidad de las instalaciones y sus titulares; b) período para el que se solicita la autorización; c) copia compulsada de la autorización de emisiones de cada instalación; d) escritura pública de otorgamiento de poder a favor de un administrador fiduciario único por la que se acredite su capacidad para cumplir con la obligación de entrega de DDEE y se precise la relación entre todos los titulares de las instalaciones incluidas en la agrupación y el administrador.

<sup>396</sup> Artículos del 9 al 13 de la Ley 1/2005.

<sup>397</sup> Artículos 9, 22 y 30 y anexo III de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>398</sup> Artículos 9 y 11 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>399</sup> RD 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión, 2005 - 2007 (BOE N° 216, de 7 de septiembre

como para los períodos quinquenales consecutivos de la segunda fase<sup>400</sup>.

Para la primera fase (período trienal) la asignación de DDEE era totalmente gratuita, pero para el primer período de cinco años (segunda fase) sólo el 90% de los derechos a asignar tendría tal carácter.

Siguiendo la normativa comunitaria, los planes deben determinar la metodología de asignación individual de derechos y prever una cantidad de DDEE como reserva para los potenciales entrantes<sup>401</sup>.

Finalmente, la Ley dispone que los titulares de las instalaciones están obligados a solicitar la asignación de DDEE ante el Ministerio de Medio Ambiente dentro de un plazo no menor a 12 meses antes del inicio de cada período de vigencia de cada PNA<sup>402</sup>.

En concordancia con la Directiva SECE la Ley define a los DDEE como un derecho, de carácter subjetivo y transmisible, a emitir una tonelada equivalente de CO<sub>2</sub>. Su validez también está limitada al período de vigencia de cada PNA. La expedición, titularidad, transferencia, transmisión, entrega y cancelación de los DDEE deberá ser objeto de inscripción en el RENADE. Con un espíritu integrador, se establece que los DDEE pueden tener su origen:

- a) en el PNA de cualquier Estado miembro de la UE;

---

de 2004). Modificado por el RD 60/2005, de 21 de enero, y por el RD 777/2006, de 23 de junio.

<sup>400</sup> Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008 – 2012 (BOE N° 282, de 25 de noviembre de 2006).

<sup>401</sup> En el actual período (2008-2012) esta tarea se realizó mediante el Real Decreto 1370/2006 y la Orden Pre/3420/2007.

<sup>402</sup> Artículo del 14 al 20 de la Ley 1/2005.



- b) en un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del PK<sup>403</sup>;
- c) en una RCEs o en una UREs procedentes del MDL o de AC establecido en la CMNUCC y en el PK<sup>404</sup>.

Asimismo, la norma autoriza que la transmisión de DDEE se realice entre personas físicas o jurídicas de la UE, y entre éstas y personas físicas o jurídicas en terceros Estados, previo reconocimiento mutuo de los derechos de las partes firmantes en virtud de instrumento internacional.

La adquisición de DDEE por una persona física o jurídica que no tenga la condición de titular de instalación requerirá la previa apertura de una cuenta de haberes en el RENADE.

Antes del 28 de febrero los titulares de las instalaciones deben remitir al órgano autonómico competente el informe verificado sobre las emisiones del año precedente<sup>405</sup>. Si el órgano autonómico competente da su conformidad, procederá a inscribir el dato sobre emisiones del año precedentes en la tabla de emisiones verificadas que a tal efecto se habilite en el RENADE. En los casos en que el informe no fuese presentado o que exista discrepancia en cuanto a su contenido, el titular no podrá transmitir DDEE en tanto no se presente un informe satisfactorio<sup>406</sup>.

A través del RENADE se realiza la actualización permanente de la contabilidad de los DDEE dentro del territorio español. El registro es accesible al público y está adscrito al Ministerio de Medio Ambiente.

---

<sup>403</sup> Siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional.

<sup>404</sup> Siempre que no hayan sido generadas por instalaciones nucleares; por actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra o selvicultura; ni procedan de proyectos de producción de energía hidroeléctrica con una capacidad superior a los 20MW sin haber sido aprobados por la Comisión Mundial de Presas.

<sup>405</sup> *Vid.* artículo 51 del Reglamento (CE) 2216/2004.

<sup>406</sup> Artículos 20 al 24 de la Ley 1/2005.

Su misión primordial es la inscripción de todas las operaciones relativas a la expedición, titularidad, transmisión, transferencia, entrega, retirada y cancelación de DDEE. También registra la suspensión de la capacidad de transmitir DDEE en los supuestos que prevé la norma. Para estos fines el RENADE cuenta con las cuentas y tablas establecidas por el Reglamento (CE) 2216/2004<sup>407</sup>.

Todos los derechos de contaminación que el PNA prevé asignar deben ser expedidos e inscritos en la cuenta de haberes de la AGE antes del 28 de febrero del año inicial del período en vigencia. Antes de esa misma fecha el registro transferirá de la cuenta de haberes del Estado a la del titular de cada instalación o la del administrador fiduciario de cada agrupación los derechos que le correspondan.

Con anterioridad al 30 de abril de cada año, los titulares de las instalaciones o los administradores fiduciarios están obligados a entregar un número de DDEE equivalente al dato de emisiones verificadas.

Tal como se dispuso en la Directiva 2003/87/CE, este proceso se realiza mediante la transferencia de derechos de la cuenta de haberes del titular a la de haberes de la AGE quedando reflejada en las tablas de entrega de derechos y de estado de cumplimiento.

En virtud de que los derechos asignados no pueden utilizarse en un período distinto de aquel en el cual se expidieron, al día 1 de mayo de cada año posterior a la finalización de cada período del PNA<sup>408</sup>, aquéllos caducan automáticamente y son cancelados de oficio por el registro, inscribiéndose en la cuenta de cancelación<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> Artículos 11 y 24 del Reglamento 2216/2004.

<sup>408</sup> En el período 2008 – 2012, será al 1 de mayo de 2013.

<sup>409</sup> Artículos 25 a 28 de la Ley 1/2005.

El régimen punitivo de la ley clasifica las infracciones administrativas en tres grupos: muy graves, graves y leves.

**Infracciones administrativas muy graves:**

- a) ejercer la actividad sin la preceptiva autorización de emisión;
- b) incumplir la obligación de informar sobre la modificación del carácter, el funcionamiento o el tamaño de la instalación, siempre que suponga alteraciones significativas en los datos de emisiones;
- c) no presentar el informe anual verificado;
- d) ocultar o alterar intencionalmente la información exigida en el artículo 19.3<sup>410</sup>;
- e) incumplir la obligación de entregar derechos;
- f) impedir el acceso del verificador a los emplazamientos de las instalaciones en los supuestos en los que esté facultado;
- g) no aportar la información necesaria para el procedimiento de verificación.

**Infracciones administrativas graves:**

- a) ocultar o alterar intencionadamente la información exigida en los artículos 5, 6 y 11<sup>411</sup>;
- b) incumplir la obligación de informar sobre la modificación de la identidad o el domicilio del titular;

---

<sup>410</sup> En este sentido, el artículo 19.3 exige la siguiente información: a) acreditación de ser titular de la instalación y disponer de autorización de emisión de gases de efecto invernadero; b) datos de la instalación, referidos a los tres años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud, sobre las emisiones de los gases de efecto invernadero y el consumo de combustible; c) estimación de la evolución en la instalación de la producción, los consumos de combustible y materias primas, así como de las emisiones de gases de efecto invernadero, para el periodo comprendido en el Plan Nacional de asignación.

<sup>411</sup> Esta información hace referencia a la solicitud de autorización de emisión, a los cambios en la instalación y a la solicitud de autorización de agrupación de instalaciones.

- c) incumplir las condiciones de seguimiento de las emisiones establecidas en la autorización cuando de dicho incumplimiento se deriven alteraciones en los datos de emisiones;
- d) incumplir las normas reguladoras de los informes anuales verificados, siempre que implique alteración de los datos de emisiones.

**Infracciones administrativas leves:**

- a) incumplir las condiciones de seguimiento de las emisiones establecidas en la autorización cuando de dicho incumplimiento no se deriven alteraciones en los datos de emisiones;
- b) incumplir las normas reguladoras de los informes anuales verificados, siempre que no implique alteración de los datos de emisiones;
- c) incumplir cualesquiera otras obligaciones establecidas en esta Ley cuando tal cosa no haya sido tipificada como infracción administrativa muy grave o grave.

Las consecuencias sancionatorias dependerán del tipo de infracción cometida. Así que ante una infracción muy grave se podrá aplicar, de manera individual o conjunta:

- 1) multa desde 50.001 hasta dos millones de euros;
- 2) clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones por un período máximo de dos años;
- 3) inhabilitación para el ejercicio de las funciones de administrador fiduciario por un período no superior a dos años;
- 4) extinción de la autorización o suspensión de ésta por un período máximo de dos años;
- 5) en los supuestos previstos en el artículo 29.2.e), multa de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso y la publicación, a

través de los medios que la autoridad competente considere oportuno, de las sanciones impuestas una vez que estén firmes, así como los nombres, apellidos o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole de las infracciones.

El pago de las multas no eximirá al titular de entregar una cantidad de DDEE equivalente a la de las emisiones en exceso, en el momento de entregar los DDEE correspondientes al año natural siguiente al de comisión de la infracción.

En el caso de cometer una infracción grave, las sanciones serán:

- 1) multa desde 10.001 hasta 50.001 euros;
- 2) suspensión de la autorización por un período máximo de un año.

En los supuestos de infracción leve la sanción consiste solamente en una multa de hasta 10.001.

Al momento de imponer las sanciones se ha de mantener la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, con especial consideración en la existencia de intencionalidad, la reincidencia del infractor y el beneficio obtenido por la comisión de la misma. Si existiera concurrencia de sanciones se aplica la de mayor gravedad. Finalmente, la Ley establece que la potestad sancionadora corresponde a las Comunidades Autónomas, a excepción de la infracción prevista en el artículo 29.2.d) y e).<sup>412</sup>

Esta Ley fue modificada por dos normas: el RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y

---

<sup>412</sup> Artículos del 29 al 35 de la Ley 1/2005.

para la mejora de la contratación pública<sup>413</sup>; y la Ley 22/2005, de 18 de noviembre<sup>414</sup>.

La primera norma estaba dirigida a impulsar un modelo de crecimiento equilibrado y sostenido de la economía se componía de cuatro títulos<sup>415</sup>, de los cuales sólo el tercero se refería al mercado de DDEE. En este apartado se abordan algunas reformas para garantizar la seguridad en el tráfico y se precisa que las inscripciones en el RENADE tienen carácter constitutivo, por lo tanto, los terceros adquirentes están amparados por la publicidad registral<sup>416</sup>. A través de la Ley 22/2005 se introduce una referencia al cobro de tarifas en relación con el RENADE.

## **2.2. Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro nacional de derechos de emisión<sup>417</sup>**

Su objetivo es desarrollar las normas básicas que han de regir la organización y funcionamiento del RENADE<sup>418</sup>. Como primera medida se define al RENADE como una base de datos a través de la cual se asegurará la publicidad y permanente actualización de la titularidad y control de los DDEE. Para ello se encuentra directamente conectado

---

<sup>413</sup> BOE N° 62, de 14 de marzo de 2005.

<sup>414</sup> BOE N° 277, de 19 de noviembre de 2005.

<sup>415</sup> Título I: Reformas en los mercados financieros; Título II: Mercados energéticos; Título III: Medio ambiente; Título IV: Mejora de la contratación pública.

<sup>416</sup> En la exposición de motivos se señala que esta nueva medida es la única manera de asegurar el funcionamiento de un mercado comunitario, en el que el contralor material de todas las operaciones es el Administrador Central dependiente de la Comisión Europea.

<sup>417</sup> BOE N° 253, de 22 de octubre de 2005.

<sup>418</sup> Consultar RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., "El registro de los derechos de emisión de dióxido de carbono", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Thomson Aranzadi, Año 2007-2, N° 12, p. 121 y ss.

con el DITC y con el DITCMNUCC<sup>419</sup>. El RENADE está adscrito a la OECCMMA<sup>420</sup>.

El RENADE debe contar, al menos, con las siguientes cuentas y tablas:

- a) una cuenta de haberes, de la que será titular la AGE, en la que se inscribirán todos los DDEE que figuren en cada PNA;
- b) una cuenta de retirada y otra de cancelación, de las que será titular la AGE para los períodos de vigencia de cada PNA;
- c) una cuenta de haberes por cada instalación que disponga de autorización de emisión de GEI, a nombre de su titular;
- d) una cuenta de haberes por cada agrupación de instalaciones que disponga de autorización de agrupación, a nombre del administrador fiduciario autorizado;
- e) una cuenta de haberes por cada persona física o jurídica con domicilio en territorio de la UE que lo solicite;
- f) una tabla de emisiones verificadas, en donde se anotarán las emisiones que determinen los informes de verificaciones

---

<sup>419</sup> Artículo 1 del RD 1264/2005.

<sup>420</sup> Sus funciones consisten en: a) dirigir la actividad general del registro; b) coordinar los órganos competentes implicados; c) aprobar o denegar las siguientes cuestiones: c.1) la apertura y cierre de cuentas; c.2) la atención de peticiones de información y embargo de cuentas formuladas por autoridades judiciales o administrativas; c.3) la expedición de DDEE; c.4) la suspensión de la capacidad de transmitir; c.5) en general cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico que deban dar soporte a la concreta actividad del registro. Todas estas resoluciones serán susceptibles de revisión por el superior jerárquico competente mediante recurso de alzada interpuesto ante el la misma OECC. El plazo para presentar el recurso administrativo será de uno o tres meses según el acto fuera expreso o tácito, respectivamente. Es obligación de esta última remitirlo al órgano superior competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de tres meses, transcurrido el cual sin que recaiga resolución, se producirá su denegación tácita. Contra la resolución denegatoria, expresa o tácita, no cabrá recurso administrativo alguno salvo que se den alguno de los supuestos del estipulados en el artículo 118.1 de la Ley 4/1999). Transcurrido el plazo legal sin que se haya interpuesto el recurso de alzada la resolución, ya sea expresa o tácita, será firme a todos los efectos (Artículo 3 del RD 1264/2005).

presentados por los titulares de las instalaciones, siempre y cuando sean satisfactorios;

- g) una tabla de entrega de derechos, en la que se inscribirán los DDEE equivalentes a las emisiones de CO<sub>2</sub> verificadas que vayan entregando los titulares de instalaciones cada año;
- h) una tabla sobre el estado de cumplimiento de la obligación de entrega anual de DDEE, a efectos de controlar el grado de cumplimiento de entrega de DDEE de cada titular de instalación.

La titularidad de una cuenta de haberes<sup>421</sup> genera una obligación recíproca de información. Por una parte, el RENADE está obligado a notificar inmediatamente a los titulares de cuentas su apertura, actualización o cierre, así como cualquier otra circunstancia que pudiera afectar a las cuentas o la transmisibilidad de los derechos; y por la otra, los titulares de las cuentas de haberes deberán notificar al RENADE cualquier variación que afecte a la información de la cuenta contenida en el registro<sup>422</sup>.

El cierre de las cuentas de titulares de instalaciones o de agrupaciones de éstas, sólo es posible por extinción de la autorización de emisión o por extinción de la autorización de agrupación de instalaciones. Por su parte, las cuentas de haberes de personas físicas o jurídicas se cierran por pedido expreso del titular, o por disposición del RENADE. Este último supuesto se da en

---

<sup>421</sup> Para la apertura de una cuenta de instalación es necesario, por un lado, que el órgano competente de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubique la instalación, comunique al RENADE los datos del artículo 4.2 de la Ley 1/2005; y por el otro, la celebración con IBERCLEAR del Contrato de Apertura y Mantenimiento de Cuenta en RENADE (Anexo del RD 1264/2005). En ambos casos deberán ser designados dos representantes autorizados. Estos últimos son las únicas personas habilitadas para actuar en nombre del titular de la cuenta de haberes frente al RENADE. Dentro del plazo de 10 días desde la celebración del Contrato, RENADE procederá a la apertura de la cuenta, lo que será notificado al titular y a sus representantes autorizados mediante el envío de un correo electrónico a la dirección indicada en el Contrato.

<sup>422</sup> Artículos 4 a 7 del RD 1264/2005, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 24 del Reglamento 2216/2004 y el artículo 25 de la Ley 1/2005.



aquellos casos que la cuenta presente saldo cero sin que se hayan consignado transacciones durante los últimos doce 12 meses, siempre y cuando su titular no comunique una solicitud de mantenimiento dentro del período de 60 días desde que fuera notificado el cierre de la cuenta<sup>423</sup>.

Para inscribir en el RENADE cualquier operación que afecte a los DDEE, es preciso que tanto el transmisor como el transmitente posean abierta una cuenta de haberes<sup>424</sup>.

Las transferencias se practican exclusivamente a instancia del titular de la cuenta en la que consten anotados los derechos a que afecten, prescindiendo del consentimiento del titular de la cuenta destinataria, salvo que se detecte alguna irregularidad o discrepancia<sup>425</sup>.

Las inscripciones efectuadas por el RENADE tienen carácter constitutivo y se llevan a cabo teniendo en cuenta el orden cronológico de las solicitudes presentadas, de manera que las que accedan primeramente son preferentes sobre las posteriores. Una vez inscrita cualquier transferencia en las cuentas, no puede practicarse ninguna otra respecto de los mismos DDEE que resulte incompatible.

El contenido del RENADE se presume exacto y válido, produciendo sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. Igualmente, la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

---

<sup>423</sup> Artículo 8 del RD 1264/2005.

<sup>424</sup> Los DDEE asignados para casos de fuerza mayor, si bien serán objeto de inscripción, entrega y cancelación, no son transmisibles (Disposición Adicional Primera del RD 1264/2005).

<sup>425</sup> No obstante, en los casos de transmisión de DDEE en los que la cuenta de origen o la de destino estén abiertas en otro registro de derechos, la inscripción de la transmisión deberá contar con el consentimiento del registro receptor de los derechos y la conformidad del administrador del DITC.

Por último, la norma determina expresamente que el tercero que adquiera de quien figure inscrito, a título oneroso y sin mala fe ni culpa, no está sujeto a reivindicación<sup>426</sup>.

A los efectos de garantizar una adecuada seguridad jurídica al procedimiento registral, antes de la ejecución de cualquier proceso y durante su transcurso, existen dos sistemas de control.

En un primer momento contamos con las verificaciones automáticas de discrepancias que lleva adelante el RENADE. Si luego de esta primera intervención no se detectan irregularidades, se envía una propuesta al DITC y al DITCMNNCC para que realicen una nueva verificación. Si el resultado de este doble control es satisfactorio el proceso registral se da por concluido<sup>427</sup>.

Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, o en su caso el Ministerio de Medio Ambiente, comunican al RENADE las resoluciones de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones de emisión de GEI, en el plazo máximo de 10 días desde la fecha en que fueron dictadas<sup>428</sup>.

En un fiel reflejo de la Ley 1/2005, este Real Decreto reitera que los DDEE pueden tener su origen:

- a) en cualquier PNA de un Estado miembro de la UE;
- b) en un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del PK;

---

<sup>426</sup> Artículos 9, 10, 11 y 13 del RD 1264/2004.

<sup>427</sup> Aunque en los casos de transferencia entre cuentas el mismo concluirá luego de que el registro confirme a los diarios de transacciones independientes la actualización de los datos inscritos en las cuentas.

<sup>428</sup> Artículos 14 y 15 del RD 1264/2004.

c) en una RCEs o una UREs procedentes del MDL o del mecanismo de AP reconocidos por el PK<sup>429</sup>.

Tal como dispone el Reglamento (CE) 2216/2004<sup>430</sup> y la Ley 1/2005<sup>431</sup>, los DDEE que figuren en el PNA o que resulten de la conversión de UCAs, son expedidos e inscritos en la cuenta de haberes de la AGE antes del 28 de febrero del año inicial de vigencia de cada plan, asignándose a cada uno de ellos un código exclusivo de identificación de la unidad. Posteriormente, los derechos que correspondan a cada titular de instalación serán transferidos de la cuenta de haberes de la AGE a la correspondiente cuenta de haberes<sup>432</sup>.

En los cuatro meses siguientes al final de cada año natural, existe la obligación de entregar DDEE por una cantidad equivalente a las emisiones totales verificadas en el año anterior<sup>433</sup>, la cual será debidamente reflejada en la tabla de entrega de DDEE.

El 30 de junio de cada año, el RENADE ha de cancelar los DDEE que hayan sido objeto de entrega y consten anotados en la cuenta de haberes de la AGE. Esta cancelación se realizará mediante la transferencia de dichos derechos a la cuenta de retirada.

A su vez, el 1 de mayo del primer año de cada período de cinco años el administrador del registro realizará la cancelación y

---

<sup>429</sup> Siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional.

<sup>430</sup> Artículos 39 y 45 de la Ley 1/2005.

<sup>431</sup> Artículo 26 de la Ley 1/2005.

<sup>432</sup> Si una vez inscritos los DDEE en la cuenta de haberes de la AGE se realizaran correcciones en el PNA de las que resultara una reducción de la cantidad total de derechos expedidos, el RENADE deberá, según corresponda: a) proceder a la transferencia del número de DDEE que especifique la autoridad competente desde las cuentas de haberes afectadas a la cuenta de cancelación de la AGE; o b) proceder a la conversión de los DDEE que se especifiquen en UCAs.

<sup>433</sup> Las cuales, si el informe resulta satisfactorio, constarán en el cuadro que el titular, o agrupación de instalaciones en cuestión, tenga habilitado en las tablas de emisiones verificadas.

sustitución de los DDEE ordinarios, los RCEs y los DDEE para casos de fuerza mayor, que contenga la cuenta de haberes de Parte en relación con el período anterior<sup>434</sup>.

A solicitud de la Administración competente, el RENADE inscribirá la suspensión de la capacidad de transmitir derechos del titular de cuenta cuando no hayan sido anotadas en la tabla de emisiones verificadas los datos correspondientes a la instalación dentro del plazo establecido<sup>435</sup>, o cuando hayan sido detectadas irregularidades por el administrador central del DITC. La inscripción de esta suspensión no impide la entrega de derechos, su cancelación o sustitución<sup>436</sup>.

Finalmente, la normativa establece que la transmisión de créditos procedentes del MDL y del mecanismo de AC, que cumplan con todos los requisitos establecidos por la ONU y que hayan sido válidamente reconocidos en el SECE, se inscriben, transfieren, entregan y cancelan en los mismos términos previstos para los DDEE.

La cancelación de RCEs se realiza mediante transferencia desde la cuenta de haberes de la AGE a la cuenta de cancelación. La utilización de estos créditos por parte de los titulares de instalaciones para cumplir con sus obligaciones de entrega de DDEE se realiza conforme a los porcentajes máximos<sup>437</sup> que establezca cada PNA para cada instalación<sup>438</sup>.

---

<sup>434</sup> Art. 18.3 y 4 del RD 1264/2005.

<sup>435</sup> El día 28 de febrero de cada año.

<sup>436</sup> Artículos del 16 al 19 del RD 1264/2005.

<sup>437</sup> Artículo 14 de la Ley 1/2005.

<sup>438</sup> Disposición Adicional Segunda del RD 1264/2005.

### **2.3. Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012<sup>439</sup>**

Esta norma aprobó el PNA para el período 2008 - 2012. Tal como hemos comentado el SECE se estructuró a partir de dos fases de cumplimiento<sup>440</sup>: una primera fase de adaptación y prueba de tres años (2005 - 2007), y una segunda fase, continuadora de aquélla, conformada por períodos quinquenales consecutivos. La primera de estas etapas quinquenales es la que comenzó en el año 2008, coincidiendo con el período de restricción de emisiones del PK.

Cada período está regulado por los PNA que los Estados miembros dispongan para tales fines, en los cuales se determina el número total de DDEE que se prevén asignar; el procedimiento de asignación; la cantidad de RCEs y UREs que previsiblemente se asignará; el porcentaje de la asignación a cada instalación en el que se autoriza el uso de este tipo de créditos a su titular para cumplir con la obligación establecida.

Uno de los principales problemas que enfrentó el plan fue el de la consecución de un adecuado equilibrio entre el cumplimiento los objetivos del PK, por un lado, y la preservación de la competitividad y del buen funcionamiento de la economía española, por el otro. En vista de ello, se decidió maximizar las reducciones sin someter a ningún sector o actividad concretos a una carga que supusiera un lastre insalvable para su futuro desarrollo.

El objetivo básico consiste en que las emisiones totales de GEI, durante el período 2008 - 2012, no aumenten en más del 37% las del

---

<sup>439</sup> BOE N° 282, de 25 de noviembre de 2006.

<sup>440</sup> Artículo 11 de la Directiva 2003/87/CE, y artículo 15 de la Ley 1/2005.

período base, multiplicadas por cinco. Esta cifra total se alcanza a través de la siguiente suma: 15% de incremento del objetivo del PK, 2% adicional a través de la absorción por los sumideros, y de la adquisición del equivalente a un 20% en créditos de carbono procedentes de los MF del PK.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetiva, siguiendo las pautas fijadas por la Directiva SECE<sup>441</sup>, se mantiene el reparto del esfuerzo de reducción del PNA 2005 – 2007, entre los sectores sujetos y no sujetos a la Directiva SECE<sup>442</sup>.

Asimismo, se mantiene una interpretación amplia de instalación de combustión coherente con las orientaciones de la Comisión publicadas en diciembre de 2005, adoptándose los lineamientos acordados en la reunión del Comité del Cambio Climático de la Comisión Europea de 31 de mayo de 2006<sup>443</sup>.

Una de las grandes diferencias con su antecesor estriba en el número de DDEE asignados. El nuevo PNA propone un reparto de tan sólo 763.365 millones de DDEE para todo el período<sup>444</sup>, es decir que se trata de una asignación promedio anual de 144.848 millones de DDEE. Pero a ello hay que agregarle una reserva adicional de 5,40% de la asignación promedio anual para nuevos entrantes<sup>445</sup>

---

<sup>441</sup> Considerando 25 y criterio 1 del Anexo III de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>442</sup> Para ello se abordan las políticas y medidas puestas en marcha desde el año 2004, su evolución y las correspondientes proyecciones en los sectores del transporte, residencia, comercial e institucional.

<sup>443</sup> “La Comisión reiteró que, a su entender, las instalaciones de combustión correspondientes a estas definiciones están cubiertas por la Directiva. La Comisión por lo tanto espera que los Estados miembros las incluyan en sus Planes Nacionales de asignación, en la medida en que se supere el umbral de 20MW. La Comisión tendrá en cuenta las definiciones como una prioridad de cumplimiento cuando se evalúen los Planes Nacionales de asignación 2008-2012. Los Estados miembros pueden incluir adicionales tipologías de instalaciones si lo estiman oportuno en el contexto de sus estrategias nacionales de cambio climático”.

<sup>444</sup> Recordar que cada unidad de DDEE supone la autorización de emitir a la atmósfera una Tonelada de CO<sub>2</sub>.

<sup>445</sup> Lo que equivale a 7.825 millones de DDEE al año.

dispuesta para garantizar condiciones equitativas entre las instalaciones existentes y las más recientes.

En definitiva, en el período actual resulta una asignación total de 152.673 millones de DDEE al año, lo que equivale a una reducción del 19,6% respecto del plan anterior donde se repartieron 189.850 millones de DDEE anuales<sup>446</sup>.

La distribución sectorial de derechos ha valorado tanto la capacidad tecnológica como el potencial de reducción de cada sector, sin olvidar tampoco el distinto grado de exposición a la competencia internacional<sup>447</sup>.

---

<sup>446</sup> Los motivos que llevaron a disminuir la asignación de DDEE son básicamente los siguientes: “En el año 2004 las emisiones totales de GEI alcanzaron en España las 427,9 Mt de CO<sub>2</sub>-equivalente. Esta cifra supone casi un 48% de aumento respecto a las emisiones del año base, o lo que es lo mismo, casi 33 puntos porcentuales de exceso sobre el compromiso adquirido en el Protocolo de Kioto. A esto hay que añadir que el año 2005 se ha caracterizado por una escasa hidraulicidad, una aportación anormalmente baja de la generación nuclear y un elevado precio del gas natural. Dado el peso del sector de generación en nuestro inventario, las circunstancias de 2005 no favorecen una evolución positiva de las emisiones totales en ese año. La tendencia que siguen las emisiones totales de GEI en el período 1990-2004 es en buena parte consecuencia de un crecimiento económico rápido y sostenido, y de un aumento de la población en los últimos años. En lo que respecta a las emisiones per cápita, el crecimiento económico superior al de la media europea se ha visto compensado parcialmente por el importante incremento de la población. Aún así, en el período 1990-2004 las emisiones per cápita de España han crecido significativamente. Partiendo de 7,5 toneladas/persona han aumentado hasta las 10,8 toneladas/persona, cifra que se acerca ya a la media de los Estados Miembros que participaron en el reparto de los objetivos establecidos en el Protocolo de Kioto (UE-15) (11,2 toneladas/persona).” (Punto 3.C del PNA 2008 – 2012 aprobado mediante RD 1370/2006).

<sup>447</sup> En el sector industrial, atento a la intensidad de emisiones por unidad de producto en 2005, se propone una asignación anual de 7364 millones de DDEE. En el sector de generación eléctrica se toma como referencia el factor de emisión de la mejor tecnología disponible de cada tecnología de generación, corregida con un factor de ajuste. Ello se traduce en una asignación de 54.053 millones de DDEE en media anual (cifra inferior a la asignada en el periodo 2005-2007), a las emisiones proyectadas para el periodo e, incluso, a las emisiones reales del sector en el año base. En cuanto al resto de instalaciones de combustión no mencionadas anteriormente, la asignación anual supone un leve incremento respecto al cálculo de las emisiones en 2005, es decir 17,16 millones de DDEE en media anual.

Otra dicotomía respecto al plan anterior consiste en que actualmente se permite constituir agrupaciones de instalaciones en el sector eléctrico<sup>448</sup>.

En cuanto a los MF del PK, el plan establece que durante el período 2008 – 2012 el titular de cada instalación puede cumplir con sus obligaciones entregando RCEs y UREs hasta un 70%, para el sector de producción de energía eléctrica de servicio público, y hasta un 20%, para el resto de los sectores.

Este porcentaje se calcula teniendo en cuenta la cantidad de DDEE asignada a cada instalación para todo el período 2008 – 2012. La cantidad resultante podrá ser utilizada para el cumplimiento de la obligación de entrega de DDEE en cualquier momento del mencionado período<sup>449</sup>.

Por otra parte, el PNA vigente determina que las asignaciones individuales de las instalaciones se deben llevar a cabo a través de un procedimiento administrativo de asignación, estableciendo como fecha límite para la presentación de las solicitudes de asignación gratuita de DDEE el día 30 de diciembre de 2006.

No obstante, a efectos de no generar diferencias injustificadas entre sectores e instalaciones<sup>450</sup>, se establece un sistema específico de cálculo de derechos respecto de aquellas instalaciones que ingresen con posterioridad al inicio del período de referencia. De esta manera, el cálculo de derechos para estas instalaciones se hará prorrateando las mensualidades que restan hasta el final del período.

---

<sup>448</sup> Se trataba de una previsión transitoria contenida en la Ley 1/2005 (Disposición Transitoria Quinta), que, en virtud de la mayor madurez en el mercado de DDEE actual, no se considera necesaria para el período 2008 – 2012.

<sup>449</sup> Estos porcentajes máximos encuentran sustento jurídico en el artículo 14 de la Ley 1/2005.

<sup>450</sup> Artículo 17.2.a) de la Ley 1/2005.



En el supuesto de retrasos superiores a un mes desde la fecha prevista para la entrada en funcionamiento, debe descontarse la parte proporcional al retraso antes de efectuar la transferencia definitiva de DDEE.

A efectos de corregir las objeciones efectuadas al PNA 2008 – 2012 por la Comisión Europea<sup>451</sup>, se dictó el Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio<sup>452</sup>. Básicamente hubo dos grandes modificaciones:

1. Se propone un reparto de 761.250 millones de DDEE para todo el período y una reserva anual del 5,42%<sup>453</sup>. De esta manera, resulta una asignación total de 152.250 millones de DDEE por año, con una reducción del 19,8% respecto a las emisiones de 2005<sup>454</sup>;

2. Se disminuye el porcentaje de utilización de los MF del PK. En el caso del sector de producción de energía eléctrica de servicio público se fija un 42% y para el resto de sectores tan sólo un 7,9%<sup>455</sup>.

Con fecha 29 de octubre de 2007, se dictó el Real Decreto 1402/2007<sup>456</sup> para modificar la propuesta de asignación realizada.

---

<sup>451</sup> Decisión de la Comisión, de 26 de febrero de 2007, relativa al plan nacional de asignación de los derechos de emisión de gases de efectos invernadero notificados por España de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta Decisión establece la aprobación del PNA 2008 – 2012, aunque condicionándola a la introducción de determinadas modificaciones y a la remisión de información complementaria: a) un recorte del 0.28% de la cantidad total de derechos que asigna el gobierno; b) la información sobre el modo en que los nuevos entrantes pueden acceder al mercado una vez agotada la reserva; c) remisión del listado completo de instalaciones junto con su asignación individualizada de derechos; d) reducción del porcentaje de créditos procedentes de MF del PK de los que pueden hacer uso las empresas en función de su asignación individualizada.

<sup>452</sup> BOE N° 174, de 21 de julio de 2007.

<sup>453</sup> De esta manera, la reserva se mantiene en 7,825 millones de DDEE.

<sup>454</sup> Esto acarrea también una corrección en las asignaciones individuales en el sector eléctrico al cual se le asignarán 53,630 millones de DDEE al año. El hecho que este sector haya sido el único que tuvo que soportar la reducción de la asignación total se debe a que se trató de trasladar los esfuerzos al sector menos expuesto al comercio internacional y con mayor capacidad para internalizar los costos (Artículo único, punto uno, letra a), b) y c) del RD 1030/2007).

<sup>455</sup> Artículo único, punto uno, letra d) del RD 1030/2007.

<sup>456</sup> BOE N° 260, de 30 de octubre de 2007.

Esta nueva y última corrección aumentó ligeramente la asignación de los sectores de generación eléctrica, cogeneración, combustión, siderurgia, cal, ladrillos y tejas, azulejos y baldosas, y papel, reduciendo correlativamente la reserva de nuevos entrantes.

Con esta reforma el volumen total de DDEE se mantuvo constante ya que se propuso un reparto de 145.973 millones de DDEE al año, con una reserva anual de 6.227 millones de DDEE (4,30%)<sup>457</sup>. En virtud de ello, la cantidad total por año de DDEE quedó fijada igualmente en 152.250 millones de DDEE.

A partir de ello, mediante Orden PRE/3420/2007<sup>458</sup>, se publicó el Acuerdo que aprueba la asignación individual de DDEE para las instalaciones incluidas en el PNA de 2008-2012. En su anexo se encuentra el listado con las instalaciones y las asignaciones correspondientes.

Finalmente, mediante la Orden PRE/2827/2009<sup>459</sup>, de 19 de octubre, se modificaron las cuantías de las asignaciones sectoriales. Prácticamente se toca la asignación promedio anual de todos los sectores contaminantes, a excepción de las refinerías de hidrocarburos, las coquerías, las instalaciones de calcinación, el cemento y las instalaciones de fabricación de vidrio.

De esta manera, y no sabemos por cuánto tiempo, la cantidad total de emisiones anuales se mantiene en 152.250. La diferencia está en que la reservas pasan a 6.058 (4,1%) y la cantidad anual sin reservas queda en 146.192 millones de Tn de CO<sub>2</sub>.

---

<sup>457</sup> Así las cosas, la asignación anual de DDEE queda fijada definitivamente de la siguiente manera: a) Sector industrial: 73,885 millones; b) Sector industrial: 54,420 millones; c) Resto de sectores: 17,668.

<sup>458</sup> BOE N° 284, de 27 de noviembre de 2007.

<sup>459</sup> BOE N° 256, de 23 de octubre de 2009.

### 3. Consideraciones finales

1. La acción contra el calentamiento global de la Unión Europea está contemplada en el Tratado de las Comunidades Europeas, aunque su competencia es implícita y compartida. La lucha contra el cambio climático es una cuestión que afecta al correcto funcionamiento del mercado interior (art. 95 TCE). Asimismo, se relaciona con las políticas agrícolas, de transporte, fiscales, comerciales y ambientales (arts. 37, 71, 93, 133 y 175 TCE).

Mediante las Decisiones 94/69/CE y 2002/358/CE del Consejo la Unión Europea y sus Estados miembros aprobaron y asumieron los compromisos establecidos en la Convención Marco y el Protocolo de Kioto, respectivamente.

2. La Unión Europea no esperó a la llegada del período de compromiso del Protocolo de Kioto para implantar su propio mercado de derechos de contaminación, incluso ha fijado su propio régimen sancionatorio. Se planteó como una etapa preparatoria para afrontar el mercado del Protocolo.

El Sistema Europeo de Comercio de Emisiones se sustenta básicamente sobre tres normas pilares: a) la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre; b) la Directiva 2004/101/CE; y c) el Reglamento (CE) 2216/2004 de la Comisión.

3. Desde el punto de vista de económico, la Directiva SECE ha elegido un modelo de mercado tipo *cap-and-trade*, por medio del cual se fija un tope máximo de emisiones que no puede superarse. Las empresas que ahorren cuotas de emisión sobre la asignación inicial podrán vender derechos a las que lo necesiten.

4. A nivel europeo existen dos fases de cumplimiento bien diferenciadas: Una fase preparatoria inicial (2005 – 2007), en la que el intercambio de derechos de contaminación se realiza dentro de las fronteras comunitarias. Una segunda fase que se compone de períodos consecutivos e ininterrumpidos de cinco años, el primero de ellos va desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2012, coincidiendo así con el quinquenio fijado por el Protocolo de Kioto.

5. El objeto de los permisos de emisión no es el consumo de oxígeno atmosférico, ni siquiera su producción de dióxido de carbono como consecuencia de procesos de combustión, sino la efectiva emisión de dióxido de carbono a la atmósfera.

Lo que se tiene en cuenta no es el consumo de un bien de titularidad colectiva ni la producción de gases de efecto invernadero, sino la contaminación efectiva que se emite a la atmósfera como consecuencia de la liberación de determinados gases.

6. El mercado europeo establece dos tipos de asignaciones de derechos de emisión: la asignación primaria, por medio de la cual se distribuyen las cuotas de emisión entre los Estados miembros, según la cantidad de derechos de emisión que le fue asignada a la Unión Europea en el Protocolo de Kioto; y la asignación secundaria, a través del cual cada uno de los Estados miembros prorratea, a través de un Plan Nacional de Asignación, los derechos de emisión otorgados en el reparto primario.

7. Para la primera fase los Estados miembros están obligados a asignar gratuitamente al menos el 95% de los permisos de contaminación. En el primer período de cinco años deberán asignar

al menos el 90% de los permisos de contaminación de manera gratuita.

Antes del 30 de abril de cada año los titulares de las instalaciones están obligados a presentar a la autoridad nacional un número de derechos de emisión equivalentes a las emisiones efectivamente liberadas durante el año anterior.

En caso contrario se aplicará una multa por exceso de emisiones de 40 € y 100 € por cada tonelada equivalente de dióxido de carbono emitido, según la infracción haya sido cometida en la primera o en la segunda fase, respectivamente.

8. El régimen jurídico español sobre mercado de derechos de contaminación respeta las directrices señaladas en la normativa comunitaria y se estructura sobre tres normas básicas: a) La ley 1/2005; b) Real Decreto 1264/2005; c) Real Decreto 1370/2006.

9. La Ley 1/2005 define a estas cuotas de contaminación como un derecho, de carácter subjetivo y transmisible, a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono. Su validez estará limitada al período de vigencia de cada Plan Nacional de Asignación.

10. El registro de los derechos de emisión dentro del territorio español se realiza a través del Registro Nacional de Derechos de Emisión. Para inscribir cualquier operación que afecte los permisos de contaminación es preciso que tanto el transmisor como el transmitente posean abierta una cuenta de haberes.

Las inscripciones efectuadas por el Registro Nacional tienen carácter constitutivo y se llevarán a cabo teniendo en cuenta el orden cronológico de las solicitudes presentadas.

## **SEGUNDA PARTE**

### **ASPECTOS JURÍDICOS DEL MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>**

TESIS DOCTORAL

## **CAPÍTULO III**

### **LOS MERCADOS DE DERECHOS DE EMISIÓN**

#### **1. Mecanismos estatales de protección ambiental**

##### **1.1. Concepto y categorías**

La preocupación por el deterioro ecológico es cada día mayor y ello nos impulsa a buscar y adoptar medidas paliativas. El derecho no ha sido ajeno a esta realidad ya que durante los últimos años ha ido implementando los más variados instrumentos a efectos de subsanar este problema de magnitudes planetarias.

En un primer momento se trató de una defensa ambiental subjetiva, es decir, ligada a los conflictos entre particulares. Posteriormente se ha ido produciendo el fenómeno de la *publicatio*, es decir, una revalorización de las normas públicas como armas esenciales para mitigar el daño ambiental<sup>460</sup>.

Dicho esto, podemos decir que los MEPAs serían todos aquellos instrumentos jurídicos que pueden adoptar las Administraciones, dentro de su función pública, para preservar el medioambiente. Estas medidas sobre el medioambiente pretenden, ya sea prevenir potenciales daños, promocionar su cuidado, desincentivar su menoscabo o sancionar a quienes no cumplan con la normativa ecológica.

---

<sup>460</sup> JUNCEDA, J., “Cuestiones medioambientales”, Ed. Colex, Madrid, 1999, p. 19.



Como expone Lozano Cutanda, también podemos definir a los MEPAs como “toda la panoplia de técnicas de prestación, de limitación y de fomento que arbitra el ordenamiento jurídico”<sup>461</sup>.

Se han elaborado numerosas clasificaciones en torno a estos instrumentos, unas más abarcadoras, otras más simplistas, otras de tinte más económico, otras puramente jurídicas, pero todas ellas con la intención de sistematizar las medidas de protección medioambiental que puede adoptar el Estado<sup>462</sup>.

No hace falta decir que en el ámbito del derecho no existe una única manera de categorizar los conceptos, y los MEPAs no son la excepción. Es por ello que encontramos tantas clasificaciones como estudiosos del Derecho ambiental existen.

Se trata de esquemas que proponen los autores sobre un tema determinado con miras de hacer más comprensible y didáctica su exposición. Sólo tienen una finalidad metodológica. Lo más

---

<sup>461</sup> LOZANO CUTANDA, B., “Derecho ambiental administrativo”, 8º Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 100.

<sup>462</sup> Consultar PICHOT, F. y RAPADO, J. R., “La fiscalidad y el medio ambiente. Políticas complementarias”, Versión Española, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 1994, p. 26/36; BUÑUEL GONZÁLEZ, M., “El Uso de Instrumentos Económicos en la Política del Medio Ambiente”, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p. 89/102; VAQUERA GARCÍA, A., “Fiscalidad y medio ambiente”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 45/65; HILSON, C., “Regulating Pollution. A UK and EC Perspective”, Ed. Hart Publishing, Oregon, 2000, p. 101 y ss.; CARVAJO VASCO, D., “El papel de los instrumentos económicos” en “Empresa y Medio Ambiente”, RUESGA, S. M. y DURÁN, G. (Coordinadores), Ed. Pirámides, Madrid, 2000, p. 107/119; DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., “Medio ambiente y empresa: de la confrontación a la oportunidad”, 1º Ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 79/97; CASTILLO I SOLSONA, M.; ENCISO I RODRÍGUEZ, J. P. y FARRÉ I PERDIGUER, M., “Fiscalitat autonòmica i medi ambient”, Ed. Atelier, Generalitat de Catalunya (Institut d’Estudis Autònoms), Barcelona, 2002, p. 25/32; MASSIÀ, J.V. y CABAÑES, M.L., “Análisis económico del problema ecológico” en “Medio ambiente y mercado en España”, IRANZO, J. E. (Director), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000, p. 109/129; YÁBAR STERLING, A. (Directora), “Instrumentos jurídico-públicos de protección del medio ambiente” en “La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 127/183; ORTEGA ÁLVAREZ, L. y otros, “Lecciones de derechos del medio ambiente”, 4º Ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 123/133; LOZANO CUTANDA, B., “Derecho ambiental administrativo”, *op. cit.*, p. 98/106.

importante en cualquier tipo de clasificación consiste en dejar en claro el criterio sobre el cual se realiza y abarcar el mayor número de posibilidades del objeto de clasificación. A partir de estas premisas intentaremos elaborar nuestro propio esquema.

Partiendo del mismo punto que Vaquera García, la primera alternativa que se nos plantea es la siguiente: o bien nos encontramos ante una indiferencia total por parte de la Administración Pública, dejando el problema ambiental y sus soluciones en manos de la iniciativa privada, o bien existe una participación activa del Estado, la cual puede traducirse en diferentes niveles actuación. La delicada situación ambiental por la que atraviesa el planeta ha generado que hoy en día sea prácticamente imposible encontrar una ausencia absoluta de regulación ecológica<sup>463</sup>.

Asumida la intervención estatal, clasificaremos a los MEPAs según el grado de autonomía que poseen los sujetos actual o potencialmente contaminantes a quienes van destinadas. En base a este criterio encontramos los instrumentos restrictivos, permisivos y de cumplimiento voluntario<sup>464</sup>.

---

<sup>463</sup> VAQUERA GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 45.

<sup>464</sup> Muchos juristas prefieren hablar de medidas administrativas o legales y medidas económicas: BUÑUEL GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 89/90; PICHOT, F. y RAPADO, J. R., *op. cit.*, p. 27 y ss.; YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 127; CASTILLO I SOLSONA, M.; ENCISO I RODRÍGUEZ, J. P. y FARRÉ I PERDIGUER, M., *op. cit.*, p. 25/26; entre muchos otros. Junto a Vaquera García entendemos que esta metodología genera muchas confusiones ya que ni las medidas administrativas dejan de tener consecuencias en el mercado ni los instrumentos económicos tienen otro origen que no sea jurídico, conclusiones que, aunque realmente no sean así, parecen desprenderse de la clasificación observada. La que proponemos nosotros, por un lado, permite evitar estos desconciertos conceptuales, y por el otro, no deja de evidenciar la obligatoriedad que caracteriza a las medidas administrativas ni la libertad que poseen los particulares en las económicas, de ahí que lo consideramos un esquema superador. Esta opinión, como cita Vaquera García, también es compartida por Krämer quien llega a adjetivar a la expresión “instrumentos económicos” como imprecisa. De todas maneras, también disentimos de aquel

### 1.1.1. Instrumentos restrictivos

Los instrumentos restrictivos<sup>465</sup>, también llamados directos o administrativos, se incluyen dentro de las prácticas de obligación y control de las administraciones públicas (*command and control*). Se trata de todas aquellas medidas que ejercen una acción directa sobre los contaminadores mediante una serie de disposiciones que, de no cumplirse, generan la aplicación de sanciones sobre los infractores.

Este procedimiento se adapta al modelo autoritario de relaciones entre sujeto público controlador y sujeto privado controlado, manifestándose a través de una política de sanciones con el objeto de vigilar las actividades empresariales<sup>466</sup>. De manera que se intenta restringir al máximo la esfera de la libertad privada de los particulares, para lo cual se establecen obligaciones y limitaciones que éstos deben cumplir forzosamente<sup>467</sup>.

El nulo margen de acción que se concede a los sujetos contaminantes se debe a que, a diferencia de los MEPAs permisivos, se intenta prohibir conductas consideradas socialmente intolerables.

---

autor, el cual estructura su estudio en una clasificación bipartita que abarca los métodos directos y los indirectos, según el intervencionismo estatal opere mediante normativas de obligado cumplimiento o mediante estímulos que intenten modificar la conducta contaminante respectivamente (VAQUERA GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 45/46). Más allá que no es tan diferente a la clasificación que se propone en esta tesis entendemos que, en primer lugar, la terminología no deja claramente establecido cuál es el criterio adoptado para confeccionarla y, en segundo lugar, peca de simplista ya que deja de lado una serie de modernos mecanismos pro-ambientales (aquellos que nosotros incorporamos en la categoría de instrumentos voluntarios).

<sup>465</sup> Para una visión más acabada del tema consultar Mc LOUGHLIN, J. y BELLINGER, E. G., "Environmental Pollution Control. An Introduction to Principles and Practice of Administration", International Environmental Law and Policy Series, Ed. Graham & Trotman/Martines Nijhoff, 1993, p. 63 y ss.; y REVESZ, R. L.; SANDS, P. y STEWART, R. B., "Environmental law, the economy and sustainable development. The United States, the European Union and the International Community", Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 174 y ss.

<sup>466</sup> JENNINGS y ZANDBERGEN, citados en DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 81.

<sup>467</sup> CASTILLO I SOLSONA, M.; ENCISO I RODRÍGUEZ, J. P. y FARRÉ I PERDIGUER, M., *op. cit.*, p. 26.

Si la medida está orientada a que no se contamine por encima de cierto límite, la situación ideal sería que nadie se extralimitara. Es por ello que existen duras sanciones para quien omite su cumplimiento.

Por el contrario, la regulación de conductas tolerables requiere el empleo de mecanismos permisivos, en especial los tributos ecológicos, ya que, contrariamente a lo que muchos sostienen<sup>468</sup>, estos gravámenes no persiguen una recaudación cero. Lejos de ello, lo que pretenden es reducir las actividades contaminantes a ciertos niveles de modo que resulte más eficiente desde el punto de vista económico<sup>469</sup>.

Teniendo en cuenta su finalidad o *telos*, los instrumentos restrictivos pueden ser clasificados en medidas preventivas, represivas y de revelación.

#### **1.1.1.1. Medidas preventivas**

Las medidas preventivas son aquellas que, basadas en el principio de precaución<sup>470</sup>, buscan evitar que se produzcan daños

---

<sup>468</sup> Schindel; Vaquera García; Valdés Costa; entre otros.

<sup>469</sup> MAGADÁN DÍAZ, M. y RIVAS GARCÍA, J., "Fiscalidad y medio ambiente en España", 2º Ed., Septem Ediciones, Oviedo, 2004, p. 11/12. En igual sentido ROSEMBUJ, T., "Elementos de Derecho Tributario", PPU, Barcelona, 1988, p. 44.

<sup>470</sup> El principio de precaución ha sido reconocido en diferentes convenios internacionales, sobre todo, en el Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias celebrado en el marco de la OMC. El Tratado de la CE se refiere a este principio al decir que procede cuando se hayan detectado los efectos potencialmente peligrosos de un fenómeno, de un producto o de un procedimiento a través de una evaluación científica y objetiva, pero esta evaluación no permite establecer el riesgo con suficiente certeza. Por su parte, mediante la Comunicación de 2 de febrero de 2000 sobre el principio de precaución, la Comisión Europea sostiene que la posibilidad de interponer un recurso se inscribe en el marco general de análisis del riesgo (que comprende, aparte de la evaluación del riesgo, su gestión y su comunicación), y más en particular en el marco de la gestión del riesgo que corresponde a la toma de decisión.

ecológicos<sup>471</sup>. Siguiendo a Martín Mateo<sup>472</sup>, podemos mencionar a las siguientes medidas preventivas:

#### **a) El establecimiento de niveles de contaminación**

Como su nombre lo indica, se trata de fijar límites máximos de polución, es decir, aquellos niveles que, luego de un estudio ecológico, son considerados aceptables.

Está claro que la contaminación no se puede erradicar totalmente de nuestras vidas, ya que ha sido y es una de las principales consecuencias del desarrollo económico y tecnológico.

Pero ello no puede derivar en un aprovechamiento descontrolado del medioambiente. Es preciso encontrar un punto de equilibrio entre desarrollo y protección ecológica.

Estamos ante una aplicación práctica del principio del desarrollo sostenible<sup>473</sup>, ya que se busca la satisfacción de las necesidades actuales pero sin comprometer el mismo derecho que le corresponde a las generaciones futuras.

---

<sup>471</sup> Lozano Cutanda disiente en cierta medida de esta subclasificación ya que para ella las sanciones administrativas, aunque operan cuando la lesión al medio ambiente ya se ha consumado, también desempeñan una finalidad última preventiva muy importante, en cuando la amenaza de sanción actúa como elemento de disuasión de las conductas que se pretenden evitar (LOZANO CUTANDA, B., "Derecho ambiental administrativo", *op. cit.*, p. 100).

<sup>472</sup> MARTÍN MATEO, R., "Tratado de Derecho Ambiental", Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 114 y ss.

<sup>473</sup> *Vid.* Capítulo I.

**b) La regulación de las características que deben presentar las materias primas para evitar que contengan elementos potencialmente contaminantes**

Otra forma de prevenir los efectos perjudiciales de la contaminación es mediante normas que regulen el desarrollo y puesta en práctica de determinados procesos productivos<sup>474</sup>.

**c) La homologación e imposición de determinados niveles tecnológicos**

Junto a los límites máximos de contaminación se establecen los niveles mínimos de tecnología pro-ambiental. Al igual que las anteriores, son medidas tendientes a determinar un estándar de calidad ambiental<sup>475</sup>. Indirectamente, aunque ya no como MEPA represivo, se promueve la investigación y desarrollo tecnológico.

Al esquema de medidas propuesto, correcto aunque un tanto desfasado, a nuestro criterio habría que añadirle dos medidas más:

**d) Seguro obligatorio de daños al medio ambiente**

Estas medidas han sido englobadas por la OCDE<sup>476</sup> y por muchos autores dentro de los mecanismos económicos de creación de mercados. Este encuadramiento se debe a que, al igual que el mercado de permisos y de la intervención de precios, los seguros obligatorios de responsabilidad suponen la generación de un mercado

---

<sup>474</sup> A guisa de ejemplo se pueden mencionar los procesos con pocos desechos y con reciclado; el ahorro de energía; la utilización de combustibles menos contaminantes o materias primas con menos residuos; reutilización del agua; el máximo aprovechamiento de los residuos y desechos; entre otros.

<sup>475</sup> Una de las tecnologías más utilizadas son los equipos e instalaciones correctoras, como ser las depuradoras, los filtros, el incremento del rendimiento de los equipos de proceso, etc.

<sup>476</sup> OCDE, "Politique de l'environnement comment appliquer les instruments économiques", París, 1991.

en el que el riesgo de contaminación se transmite, en forma de prima, del contaminador a la empresa aseguradora. De esta manera quedan cubiertos los posibles costos de la degradación medioambiental<sup>477</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que este tipo de MEPA debe subsumirse en la categoría de instrumentos restrictivos, ya que estamos ante una obligación legal de formalizar un seguro por el daño ambiental que puedan causar los contaminadores que superen los criterios de probabilidad.

### **e) Garantías de buen fin**

Son medidas que buscan asegurar el cumplimiento de normas restrictivas. Los potenciales contaminadores se ven obligados a comprarle a la Administración una serie de bonos ecológicos, cuyo valor se fija a partir de la actividad realizada y de los eventuales daños al ambiente.

Esta exigencia nace con la necesidad de garantizar el adecuado cumplimiento de una determinada reglamentación ecológica. Si sus disposiciones son acatadas correctamente por el contaminador, se devuelve íntegramente el costo de los mencionados bonos<sup>478</sup>.

#### **1.1.1.2. Medidas represivas**

Para que las medidas preventivas puedan lograr su cometido es necesario que exista, además de la vigilancia y la supervisión de los poderes públicos, el apoyo de un mecanismo represivo adecuado.

---

<sup>477</sup> CASTILLO I SOLSONA, M.; ENCISO I RODRÍGUEZ, J. P. y FARRÉ I PERDIGUER, M., *op. cit.*, p. 30.

<sup>478</sup> En concordancia con nuestro esquema, Yábar Sterling entiende que a pesar de que normalmente se las sitúa como medidas económicas podrían considerarse más bien dentro de los mecanismos legales “porque, para su existencia, requiere la presencia de dichas reglamentaciones a las cuales se ligan estos instrumentos.” (YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 132).

El sistema de represión tiene un papel de cierre del sistema jurídico-administrativo de tutela ambiental<sup>479</sup>. Estas medidas actúan, en primer lugar, como castigo para el infractor y, en menor medida, como elemento disuasión de conductas (como ejemplo de comportamiento a evitar). Si bien es cierto que poseen un atisbo de naturaleza preventiva, su esencia está dada más bien por su carácter sancionador.

La pena puede ser tanto de índole administrativa como penal, pero en honor a la brevedad omitiremos su desarrollo pormenorizado. De todos modos las más comunes son las sanciones aplicadas dentro de la órbita de la Administración<sup>480</sup> que pueden consistir, en multas, suspensión de actividades, retiro de permisos, clausura de instalaciones, tasas por no conformidad<sup>481</sup>, entre otras.

### **1.1.1.3. Medidas de revelación**

Todos los MEPAs, no solamente los de carácter restrictivo, precisan para su implantación de un enorme caudal de información que a la Administración, por sí sola, le resulta prácticamente imposible de recolectar.

Ante este escenario se torna imprescindible la colaboración de los actuales y potenciales contaminadores. Es aquí cuando aparecen las

---

<sup>479</sup> LOZANO CUTANDA, B., "Derecho ambiental administrativo", *op. cit.*, p. 100.

<sup>480</sup> Al Derecho administrativo sancionador le son de aplicación, con ciertos matices, los principios del orden penal "dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" (SSTC N° 18/1981, de 18 de junio - RTC 1981\18 y N° 212\1990, de 20 de diciembre - RTC\1990\212; entre otras).

<sup>481</sup> Más allá de su denominación, más propia del ámbito tributario que del sancionador, estas tasas funcionan como una verdadera multa administrativa, ya que son pagos que debe afrontar el contaminador que no ha cumplido con la reglamentación medioambiental.



medidas de revelación como una función que relaciona las acciones de los agentes económicos con las del Estado<sup>482</sup>.

Se trata de normas que obligan a los particulares a proveer a la Administración de toda la información que pueda resultar útil para controlar su actividad contaminante. Es un instrumento que por sí mismo no impide el maltrato ambiental sino que su misión es facilitar la aplicación del resto de los MEPAs.

Su carácter de instrumento restrictivo viene dado por su carácter obligatorio, en el sentido que los contaminadores no pueden omitir su cumplimiento o elegir entre otras opciones más favorables. Por lo tanto, en caso de incumplimiento, se aplicarán las sanciones administrativas correspondientes.

### **1.1.2. Instrumentos permisivos**

Los MEPAs permisivos, también llamados instrumentos económicos o de mercado, conceden a los particulares un amplio margen de actuación a la hora de planificar su estrategia empresarial, ya que de entre todas las opciones posibles, permiten al administrado elegir la que mejor se ajuste a sus intereses económicos<sup>483</sup>. De modo que se otorga un mayor grado de discrecionalidad.

---

<sup>482</sup> BUÑUEL GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 90.

<sup>483</sup> Estos instrumentos están muy bien explicados por Yábar Sterling cuando señala que, al contrario de lo que sucede con las medidas restrictivas, "...dejan libres a los agentes para responder a ciertos estímulos, en la medida en que los consideren más beneficiosos para sus actividades". Más adelante agrega que "los efectos de la aplicación de los instrumentos económicos para la protección del medio ambiente, consisten en la toma de decisiones relativamente simples por parte de los contaminadores... La alternativa es: seguir contaminando y pagar; o establecer sistemas de reducción de la contaminación en el interior de las empresas que la producen que alteren la función de producción previamente seleccionada, sustituyéndola por otra mejor adaptada a la protección ambiental y beneficiándose si es posible de algún tipo de ayuda financiera; o, quizás, destinar parte de su

Dentro de esta categoría quedarían abarcadas todas aquellas medidas que tienen incidencia sobre los costos y beneficios de las diferentes alternativas entre las que pueden escoger los agentes económicos, incentivando a orientar la modificación de sus acciones en un sentido que favorezca el medio ambiente<sup>484</sup>. Los mecanismos permisivos pueden manifestarse a través de medidas positivas, negativas y mixtas<sup>485</sup>.

#### **1.1.2.1. Medidas positivas**

Procuran estimular al agente contaminante para que, a través de una ayuda económica o financiera, evite o disminuya la producción de los daños ambientales que acarrea su actividad.

Estas técnicas de fomento constituyen un sistema muy delicado ya que pueden entrar en contradicción con el principio contaminador-pagador<sup>486</sup> al ser el contaminado quien indirectamente termina afrontando los costos de la protección ambiental<sup>487</sup>.

---

excedente de explotación a la investigación de procesos productivos menos contaminantes...” (YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 128).

<sup>484</sup> OCDE, “Politique de l’environnement comment appliquer les instruments économiques”, París, 1991.

<sup>485</sup> Algunos autores hablan de cuatro tipos de instrumentos económicos: a) disuasorios; b) incentivadores; c) de cooperación; d) penalizadores (ALONSO OROZA, S. y otros, “*Política ambiental y desarrollo sostenible*”, Instituto de Ecología y Mercado, Madrid, 1999, p. 107).

<sup>486</sup> En idéntico sentido ROSEMBUJ, T., “Elementos de Derecho...”, *op. cit.*, p. 77 y 80; VAQUERA GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 62; y SANZ RUBIALES, I., “Una aproximación al...”, *op. cit.*, p. 40. Sin embargo, la OCDE precisó que no necesariamente las ayudas a los contaminadores son incompatibles con el citado principio, siempre y cuando se limite a periodos transitorios o sean adaptadas a situaciones regionales particulares (ROJAS QUIÑONEZ, C. M., “Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia”, Universidad Externado de Colombia, Ed. Sigma Editores Ltda., Bogotá, 2004, p. 182).

<sup>487</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 6 del Tratado de la CE, la política de la Comisión en cuanto al control de las ayudas en el sector ambiental debe integrar los objetivos de la política de medio ambiente, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. De manera que es importante tener en cuenta los efectos de las ayudas en términos de desarrollo sostenible y de plena aplicación del

Teniendo en cuenta la actividad financiera del Estado (gastos e ingresos), estas ayudas pueden ser a su vez divididas en dos grupos.

En primer lugar, tenemos las medidas que influyen en el gasto público ya, que implican necesariamente un traspaso de recursos desde la Administración hacia los administrados. Se trata básicamente de las subvenciones estatales, entendiéndose éstas como sumas de dinero concedidas para colaborar con los costos que generan la eliminación, disminución y prevención de la contaminación.

La cuantía de las subvenciones debe otorgarse en proporción a la disminución del daño ecológico, respecto a lo que se considera nivel normal<sup>488</sup>. Asimismo, deben aumentar los beneficios de las empresas para que sus dueños se sientan incentivados a solicitarlas<sup>489</sup>.

Respecto a las subvenciones existen dos cuestiones a tener en cuenta, por un lado, que el exceso de estas medidas puede llegar a impedir una adecuada motivación de los agentes contaminadores; y, por el otro, que es muy fácil caer en una utilización abusiva camuflando, bajo el auspicio de la protección ambiental, cualquier clase de ayudas a favor de ciertos sectores<sup>490</sup>.

---

principio de contaminador-pagador, según el artículo 174 del Tratado de la CE (ORTEGA ÁLVAREZ, L. y otros, *op. cit.*, p. 123).

<sup>488</sup> Al respecto Pichot y Rapado señalan que “dado que la subvención equivalente debe pagarse sobre cada unidad de contaminación suprimida y no sobre cada unidad producida, es indispensable definir un nivel de referencia de vertidos con el que se compararán los vertidos constatados. En principio, esto requiere una evolución precisa de lo que ocurriría en ausencia de lucha contra la contaminación. Una solución más sencilla, consistente en tomar como referencia los niveles de vertido en la situación inicial, podría ser una aproximación razonable al principio, pero, progresivamente, perdería su sentido” (PICHOT, F. y RAPADO, J .R., *op. cit.*, p. 31).

<sup>489</sup> MASSIÁ, J.V. y CABAÑES, M.L., *op. cit.*, p. 120.

<sup>490</sup> Puede ser muy vaga la línea de demarcación entre ayuda financiera justificada y no justificada, y puede ser relativamente fácil el ejercer presiones proteccionistas a fin de obtener subsidios cada vez mayores. En el seno de la OCDE ha sido un

En segundo lugar, dentro de las medidas positivas encontramos las ayudas que afectan los ingresos públicos. El incentivo se mantiene pero, a diferencia de lo que acontece con las subvenciones, aquí ya no habrá un desprendimiento económico por parte del Estado sino que las arcas públicas resignarán parte de su recaudación en pos de beneficiar actividades o la adquisición de productos pro-ambientales. Estos tipos de instrumentos se materializan a través de una serie de beneficios fiscales<sup>491</sup>, a saber:

#### **a) Exenciones tributarias**

A pesar de la dificultad para formular un concepto amplio de exención tributaria, “cabe hablar de exención tributaria cuando alguna actividad o alguna persona no soporta realmente la carga económica que, por aplicación estricta de las normas impositivas, habría de corresponderles”<sup>492</sup>.

Estas medidas han sido mediante la concurrencia de dos normas contrapuestas. La primera es aquella norma que define el hecho generador y le asocia el nacimiento de la obligación tributaria principal; la segunda, la norma de exención que enerva los efectos de la anterior disponiendo que no se desarrollen respecto a determinados sujetos que realicen el hecho imponible (exención

---

argumento que ha pesado fuertemente en la adopción del principio del contaminador-pagador, fundado en la regla más fácil de comprobar: la ausencia total de ayuda financiera en las políticas medioambientales (PICHOT, F. y RAPADO, J. R., *op. cit.*, p. 32).

<sup>491</sup> En este punto he seguido los lineamientos de VAQUERA GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 57/58.

<sup>492</sup> SAINZ DE BUJANDA, F., “Lecciones de derecho financiero”, 10ª Ed., Universidad Complutense – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 211.

subjativa) o impidiendo que se apliquen a determinados supuestos incluidos en éste (exenciones objetivas)<sup>493</sup>.

Las exenciones ambientales son generalmente objetivas y se concretan en relación a los tributos sobre la propiedad o la renta. Concretamente, no se somete a gravamen la titularidad de ciertos bienes que contribuyen a salvaguardar la naturaleza, en el primer caso, o la riqueza que de ellos se derive, en el segundo. Un ejemplo del primer caso lo encontramos en aquellos tributos que gravan la propiedad del automotor, pero que eximen a los vehículos con determinadas características favorables al medioambiente.

A diferencia de los demás beneficios fiscales donde existe tan sólo una reducción del gravamen, aquí directamente se dispensa al contribuyente de la obligación de afrontarlo.

El riesgo que comporta este tipo de medidas es la vulneración de principios constitucionales como el de igualdad. Este tema será abordado más adelante.

## **b) Deducciones fiscales**

En el ámbito ecológico se trata de beneficiar a los contaminadores permitiéndoles restar de la base imponible una serie de gastos que indirectamente favorecen al medioambiente.

Dentro de esta especie se encuentran las deducciones aplicables en algunos tributos por la adquisición o renovación de tecnología, maquinaria o instalaciones protectoras del medioambiente.

---

<sup>493</sup> QUERALT, J. M.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., "Curso de derecho financiero y tributario", 21º Ed., Revisada y puesta al día, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 237.

### **c) Rebaja del tipo de gravamen**

El tipo de gravamen, también conocido como alícuota tributaria, indica qué porción de la capacidad económica, medida por la base imponible, se reserva al ente público. De manera que de su aplicación sobre ella se obtendrá la cantidad de dinero que deben ingresar los contribuyentes<sup>494</sup>.

Consiste en uno de los elementos de cuantificación de la obligación tributaria cuya utilización sirve tanto para agravar como para aligerar la carga fiscal que pesará sobre los administrados.

Otra ventaja fiscal está dada por la disminución de la alícuota aplicable a los tributos que gravan el consumo de los bienes pro-ambientales.

Con estas medidas se promueve la producción y adquisición de esta clase de productos, desincentivando la de aquellos que atacan el ambiente o simplemente no lo favorecen.

### **d) Técnicas de amortización más favorables**

La amortización consiste en un mecanismo contable por el cual se deduce de las ganancias el valor que van perdiendo los bienes materiales con el transcurso del tiempo.

Este tipo de sistemas de amortización favorable constituirá un beneficio, más de carácter financiero que fiscal, permitiendo una mayor dotación anual a la amortización de los bienes respetuosos con el medio ambiente. Este sistema de financiación propicia la apropiación y conservación de éstos.

---

<sup>494</sup> QUERALT, J. M.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., *op. cit.*, p. 324.

### **1.1.2.2. Medidas negativas**

A diferencia de los mecanismos de fomento, la finalidad de las medidas negativas es desincentivar la generación de perjuicios ambientales mediante cargas o incrementos de precio por la utilización de los recursos ambientales. Dentro de estas medidas encontramos básicamente al tributo, el cual desarrollamos a continuación

#### **a) Terminología**

Antes de abordar estos mecanismos es necesario aclarar algunas confusiones terminológicas y conceptuales. En cuanto a su denominación es muy común la utilización de expresiones tales como “canon”, “ecotasa”, “tributos ecológicos”, “tributos verdes”, entre otras.

La doctrina mayoritaria actualmente coincide en que las especies tributarias son el impuesto, la tasa y la contribución especial. Cada una de estas figuras tiene sus características propias que la diferencia de las demás, con lo cual, sus notas definitorias pueden conocerse a partir de la denominación asignada al tributo.

Una adecuada técnica jurídica exige ceñirse a alguna de las tres tipologías mencionadas, ya que utilizar la expresión “canon” para designar a un tributo que funciona como un impuesto o como una tasa sólo genera confusión y desconcierto<sup>495</sup>.

---

<sup>495</sup> El canon fue tradicionalmente concebido como una contraprestación que se paga por el aprovechamiento de un determinado servicio, en nuestro caso que beneficia al medioambiente (BARDE, J. P., “Economie et politique de l’environnement”, París, 1991, p. 253; y OCDE, “La fiscalidad y el medio ambiente. Políticas complementarias”, Madrid, 1994). Se trata de una figura muy similar a la estructura de una tasa o de un precio público, aunque mucho más próxima a la de este último, razón por la cual debe excluirse como especie tributaria.

Más desafortunado es el caso de la expresión “ecotasa” ya que se trata de una equivocada traducción al español del término *eco-tax* (en inglés: eco-impuesto), cuyo significado dejaría fuera dos de las tres figuras tributarias, la tasa y la contribución especial.

Por último, la denominación “tributos verdes” tampoco parece ser la más apropiada dentro del mundo del derecho en el cual la exactitud del léxico utilizado es fundamental.

En definitiva, creemos que lo más oportuno es referirse a tributos ecológicos o ambientales.

## **b) Definición**

Una vez aclarada la cuestión terminológica hay que determinar cuándo nos encontramos ante un tributo ambiental. Esta clase de gravámenes participa de la naturaleza general de cualquier tributo ya que constituyen ingresos públicos surgidos de prestaciones pecuniarias exigidas por el Estado en uso de su poder tributario.

No obstante, a estas características hay que agregar la de ser un instrumento permisivo de protección ambiental que influye en el comportamiento de los administrados mediante el incremento de los precios de los bienes y servicios “anti-ecológicos”.

La aplicación de estos gravámenes constituye un medio directo para atribuir un valor económico a la utilización de los bienes ambientales, obligando al sujeto pasivo del tributo a internalizar los costos que tal uso representa. De esta manera, se consigue no sólo modificar el comportamiento de los administrados sino también,



como consecuencia inmediata, obtener recursos para destinarlos a la protección del medioambiente<sup>496</sup>.

Para que un gravamen pueda calificarse de “ecológico” su finalidad primordial debe ser la preservación del medioambiente a través de la desmotivación de actividades contaminantes (medida negativa). De tal forma que su objetivo primordial “no es recabar fondos para el fisco – es así la suya una función prioritariamente recaudatoria- sino gravar una serie de actividades contaminantes o negativas para el medio ambiente... la finalidad extra-fiscal de estos tributos es así desincentivar (...) ciertas conductas”<sup>497</sup>.

De todas maneras suele ser habitual que estos gravámenes, a excepción de los impuestos que son tributos no vinculados<sup>498</sup>, destinen los recursos al saneamiento o disminución del perjuicio ambiental<sup>499</sup>. Al no ser esencial la afectación recaudatoria<sup>500</sup>, nunca debe atribuirse el calificativo de ecológico a un tributo por el mero hecho que su recaudación se destine a la protección del medio ambiente, pues se trata de un factor ajeno a la esencia del gravamen ambiental y a su efecto orientador de conductas<sup>501</sup>.

Todo tributo ecológico constituye un instrumento ambiental desalentador que normalmente (tasas y contribuciones especiales)

---

<sup>496</sup> Franco, citado en CASTILLO I SOLSONA, M.; ENCISO I RODRÍGUEZ, J. P. y FARRÉ I PERDIGUER, M., *op. cit.*, p. 27.

<sup>497</sup> ESTEVE PARDO, J., *op. cit.*, p. 81.

<sup>498</sup> Esteve Pardo, con razón señala que “muchos tributos ambientales están afectados de manera más o menos directa a financiar determinados servicios u otras que se orientan inequívocamente a la protección del de medio ambiente y tienden así a situarse en la órbita de las tasas y contribuciones especiales” (ESTEVE PARDO, J., *op. cit.*, p. 81).

<sup>499</sup> Ello no impide, en el caso de los impuestos, que una parte menor de su recaudación pueda utilizarse para financiar actividades ajenas a la preservación ambiental.

<sup>500</sup> Recordemos que “la obtención de recursos puede constituir un fin secundario” (NAWIASKY, H., “Cuestiones fundamentales de derecho tributario”, traducción y notas de J. Ramallo, Instituto de Estudios Fiscales, 1982, p. 43/44).

<sup>501</sup> En este sentido MAGADÁN DÍAZ, M. y RIVAS GARCÍA, J., *op. cit.*, p. 11/12.

destina sus recursos a la preservación del ambiente, pero no todo gravamen cuya recaudación se aplique a proteger la ecología constituirá un tributo ambiental.

En definitiva, volvemos a repetir que su característica definitoria estriba en su finalidad pro-ambiental, la cual se manifiesta a través de un hecho imponible orientado a la desincentivar conductas anti-ecológicas<sup>502</sup>.

Los tributos ecológicos nos obligan a desarrollar dos importantes cuestiones: la finalidad extra-fiscal del gravamen ecológico y su relación con los principios tributarios constitucionales. No obstante, atento que escapan al tema central de la tesis, no serán tratadas con el detenimiento y la profundidad que se merecen.

### **c) La finalidad extra-fiscal de los tributos ambientales**

Respecto al primer punto, si bien la idea no es ahondar en un aspecto tan complejo como es la finalidad del tributo, hay que señalar que los gravámenes extra-fiscales<sup>503</sup>, en sí mismos, no existen. En cualquier caso se pueden hallar tributos con fines o efectos no fiscales<sup>504</sup>.

Un tributo extra-fiscal, como su nombre lo indica, simplemente dejaría de ser tributo, ya que el aditivo “extra” lo está despojando de

---

<sup>502</sup> Al respecto, Ruesga, Durán y Fuertes sostienen que “lo que califica a un impuesto como medioambiental es su finalidad y no su hecho imponible; de ahí que... no todo tributo llamado medioambiental puede ser calificado en puridad como tal.” (CARVAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 116).

<sup>503</sup> Sobre este tema destacamos NAVEIRA DE CASANOVA, G., “Acerca de los fines extra-fiscales de la tributación”, en *Derecho Tributario*, T. XII, N° 69, marzo-1996, Buenos Aires, p. 151/165.

<sup>504</sup> Algunos autores los llaman “Impuestos de ordenamiento” (VILLEGAS, H. B., “Manual de Finanzas Públicas, La economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 222).

su propia naturaleza. Se trata de una contradicción terminológica carente de sentido<sup>505</sup>.

Por otra parte, si entendemos a la “extra-fiscalidad” como “no recaudación”, también se evidencia el desacierto conceptual ya que entendemos que ningún tributo, por más extra-fiscales que sean sus fines, procura una recaudación cero<sup>506</sup>.

La ausencia total de recaudación implica inexistencia de conducta gravada y este objetivo no debe buscarse a través de un tributo sino mediante figuras prohibitivas acompañadas de controles administrativos y de medidas sancionadoras eficaces (MEPAs restrictivos)<sup>507</sup>.

Por su parte, Valdés Costa, concluye que “la finalidad extra-fiscal podrá influir en el rendimiento del tributo, pero el resultado de éste será siempre el de obtener un recurso para cubrir los gastos del Estado”<sup>508</sup>.

En consecuencia, el gravamen ecológico “no tiene sólo fin extra-fiscal dominante sino la financiación social del gasto público para hacer frente a la prevención (*no regret*), corrección y restauración, en

---

<sup>505</sup> Vaquera García indica que “el prefijo extra aplicado a la fiscalidad, nos empuja a considerarla como algo semánticamente separado del sustantivo al que antecede, de ahí el que su empleo directamente unido al vocablo fiscal, induce a pensar en un supuesto fuera de su ámbito” (VAQUERA GARCÍA, *op. cit.*, p. 80 (nota al pie de página)).

<sup>506</sup> SCHINDEL, Á., “Tratado de tributación, derecho tributario”, T. I – Vol. 1, GARCÍA BELSUNCE (Director.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 568. En la acera opuesta Vaquera García, citando a Casado Ollero, señala que “la clave se sitúa en la igualdad semántica entre lo fiscal y lo tributario; si ello es así, el hablar de tributos extrafiscales no dejaría de ser un contradicción, puesto que el segundo término excluye al primero; por otra parte, si por fiscal entendemos que se refiere a recaudatorio, la misma idea nos lleva a idéntica oposición, debido a que en la propia esencia del tributo destaca su función recaudatoria... y excluirla, es negar a su vez la caracterización como tributo” (VAQUERA GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 80).

<sup>507</sup> *Vid.* MAGADÁN DÍAZ, *op. cit.*, p. 11/12.

<sup>508</sup> VALDÉS COSTA, R., “Curso de Derecho Tributario”, 2º Ed., Ed. Depalma – Temis – Marcial Pons, 1996, p. 78.

su caso, del daño o perjuicio ambiental mediante la equitativa distribución de la carga tributaria”<sup>509</sup>.

En este mismo sentido Fantozzi afirma que los tributos nunca pueden perseguir una finalidad sancionatoria<sup>510</sup>. Esta imposibilidad se fundamenta en la diversa función que tienen los tributos respecto de la sanción. En este último caso ya no se pretende repartir las cargas públicas sino simplemente prevenir o reprimir un comportamiento negativamente valorado por el ordenamiento jurídico<sup>511</sup>.

A diferencia de los instrumentos permisivos, los restrictivos buscan que ningún administrado realice la conducta prohibida, ya que es socialmente intolerable. De ahí que constituyan un fiel reflejo del principio de contaminador-pagador. Además, recordemos que estos MEPA cuentan para lograr sus fines con medidas preventivas, represivas y de revelación.

Autores como Giannini sostienen que la recaudación constituye uno de los caracteres distintivos de los tributos, que los diferencia de las penas pecuniarias (multa por razón de delitos, multa por razón de faltas, etc.). La diferencia está en que dichas sanciones, aún proporcionando una ventaja económica al Estado, no están dispuestas para ese fin. La finalidad consiste en infligir un castigo al transgresor de la norma. Asimismo, advierte que aquella finalidad no es siempre el motivo único de la imposición<sup>512</sup>.

---

<sup>509</sup> ROSEMBUJ, T., “Tributos ambientales”, en *Fiscalidad Ambiental*, abril-1998, p. 45.

<sup>510</sup> FANTOZZI, A., “Diritto tributario”, 2ª Ed., Ed. Utet, Torino, 1998, p. 41.

<sup>511</sup> FANTOZZI, A., *op. cit.*, p. 42.

<sup>512</sup> Giannini, citado en VALDÉS COSTA, R., “Curso de Derecho Tributario”, 2º Ed., Ed. Depalma – Temis – Marcial Pons, 1996, p. 76.

En definitiva, por más que su función recaudatoria aparezca deslucida, los tributos con fines extra-fiscales no persiguen el cese absoluto de la conducta gravada (recaudación cero). Si el Estado quisiera obtener este resultado haría uso de instrumentos de carácter más bien restrictivos. Lo que ocurre con los tributos ecológicos es que su finalidad principal está orientada a desalentar ciertas actividades contaminantes de los contribuyentes.

Finalmente, dentro de este punto nos gustaría aclarar la noción de los efectos extra-fiscales de los tributos<sup>513</sup>. Ya no se trata de la teleología del gravamen (fines) sino de las consecuencias que su aplicación genera.

Dicho de otra manera, un tributo con una finalidad extra-fiscal (por ejemplo: proteger el medioambiente) puede tener tanto efectos fiscales (recaudación) como no fiscales (merma en la demanda de un servicio relacionado directamente con una actividad contaminante que nada tiene que ver con el medioambiente); y un gravamen con fines fiscales (por ejemplo: cargas previsionales) puede tener simultáneamente efectos fiscales (recaudación) y otro tipo de efectos (aumento del desempleo).

#### **d) Relación de los principios constitucionales en los tributos ecológicos. Derecho comparado**

A continuación analizaremos los tributos extra-fiscales a la luz de los principios constitucionales del Derecho español e italiano, haciendo especial referencia a los gravámenes de carácter ecológico.

---

<sup>513</sup> El mismo Griziotti remarcó la separación entre los fines extra-fiscales de los tributos y los tributos propiamente recaudatorios (GRIZIOTTI, B., "L'imposta come istituto Della finanza fiscale e Della finanza extra-fiscale, en Finanza pubblica contemporanea, Guirispurdenza Laterza de Figli", Bari, 1950, p. 251 y ss.). También podemos citar a ALONSO GONZÁLEZ, L. M., "Los impuestos autonómicos de carácter extra-fiscal", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 21/31.

El objeto de estudiar el ordenamiento jurídico italiano estriba en que su doctrina y jurisprudencia en esta materia han servido de guía para muchos ordenamientos tributarios, entre los cuales se encuentra el español. De manera que al verificar las opiniones vertidas por la doctrina y jurisprudencia italiana estamos siguiendo el mismo camino que realizaron los juristas españoles.

#### **d.1) Italia**

La mayoría de la doctrina italiana coincide en que *a priori* se puede afirmar que ningún instrumento fiscal puede prescindir de los principios tributarios del Derecho constitucional<sup>514</sup>: reserva de ley, igualdad, capacidad contributiva y progresividad<sup>515</sup>. Tampoco hay dudas de que los impuestos ambientales no son la excepción a esta regla<sup>516</sup>, aunque es verdad que existen algunas matizaciones que iremos viendo a lo largo del presente apartado.

En la Constitución italiana encontramos una serie de principios que resguardan las bases del Derecho tributario. Además del artículo 23, que consagra el principio de reserva de ley, contamos con el artículo 53 que proclama los principios de capacidad contributiva y progresividad.

Concretamente, la primera parte del artículo establece que “todos deben contribuir al gasto público en razón de su capacidad contributiva”; y en el segundo apartado declara que “el sistema tributario es informado por el criterio de progresividad”. Centraremos

---

<sup>514</sup> Cualquier prestación patrimonial impuesta al contribuyente en el ejercicio del poder público y destinada a la obtención de ingresos públicos (FEDELE, “Art. 23”, in “Commentario della Costituzione”, Bologna, 1978; AMATUCCI, A., “La riserva di legge”, in “Trattato di Diritto Tributario” (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p. 157 y ss.

<sup>515</sup> CAPANO, P., “L'imposizione e l'ambiente”, in Trattato di Diritto Tributario (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p. 453.

<sup>516</sup> PICCIAREDDA, F. e SELICATO, P., “I tributi e l'ambiente. Profili ricostruttivi”, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 97.

el análisis en estos principios y su relación con los tributos medioambientales, marcados por su finalidad extra-fiscal.

### **A) Principio de capacidad contributiva**

La mayoría de las constituciones de los países occidentales<sup>517</sup> consagran expresamente el deber de contribuir con el sostenimiento del Estado de acuerdo con la capacidad contributiva o económica del sujeto pasivo<sup>518</sup>.

En el caso de Italia, la capacidad contributiva es un principio expresamente contemplado en su Constitución<sup>519</sup> y que, junto a otros principios constitucionales, está llamado a sostener todo el sistema fiscal.

Antes de comenzar el tratamiento jurídico de este principio, es importante señalar que su análisis no puede realizarse aisladamente, sino que debe interpretarse en relación con otras disposiciones de la Carta Magna.

---

<sup>517</sup> Alemania (artículo 28.3); Bolivia (artículo 8.d); Brasil (artículo 145.III.1); España (artículo 31.1); Italia (artículo 53); Panamá (artículo 261); Paraguay (artículo 181); Suiza (artículo 127.2); Venezuela (artículo 316), entre otras. En la Constitución Argentina el principio no es reconocido textualmente sino que se infiere del espíritu del artículo 4º (“El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta y locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional.”). Sobre el reconocimiento implícito del principio de capacidad contributiva de la Constitución Argentina consultar GARCÍA ETCHEGOYEN, M. F., “El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 207 y ss.

<sup>518</sup> Técnicamente hablando estos dos términos no son sinónimos, aunque muchas veces se los emplee como tal. Existe una relación de género especie del primero con respecto al segundo, ya que la capacidad económica alude a la participación en la financiación de los costos de toda la maquinaria económica del Estado (incluyendo obviamente a la recaudación tributaria), mientras que la segunda no es más que la capacidad económica referida concretamente al sector fiscal.

<sup>519</sup> Artículo 53.1 de la Constitución italiana.

La jurisprudencia constitucional y la doctrina han ido configurando un doble significado normativo de este principio. En primer lugar, relacionándolo con el deber constitucional de solidaridad<sup>520</sup>. En virtud de ellos, la justificación constitucional del deber tributario no reside en una relación conmutativa entre el individuo y el Estado<sup>521</sup> sino en la solidaridad<sup>522</sup> que posee cada miembro de la comunidad, por el sólo hecho de pertenecer a ella<sup>523</sup>.

En este sentido, Fedele afirma que “la justificación de la contribución al gasto público, no puede ser encontrada a partir de una concepción privatista, en una ventaja obtenida por el individuo de la actividad del ente público; en el fenómeno tributario se manifiesta un aspecto de la inserción del sujeto en la colectividad, para cuya subsistencia tiene el deber de aportar”<sup>524</sup>.

En segundo término, se resalta su función delimitadora, tanto frente al deber de contribuir de los ciudadanos como al poder legislativo a la hora de establecer e imponer tributos. Esto quiere decir que el artículo 53 de la Constitución garantiza a los contribuyentes que su deber de contribuir sólo le será exigido en razón de un hecho indicativo de capacidad contributiva<sup>525</sup>.

En definitiva, como apunta Russo, el concepto de capacidad contributiva italiano descansa en los siguientes postulados<sup>526</sup>:

---

<sup>520</sup> Artículo 2 de la Constitución italiana.

<sup>521</sup> *Vid.* MOSCHETTI, F., “Profili generali”, in “Tratatto di Diritto Tributario” (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p. 225/226.

<sup>522</sup> Sentencia de la Corte constitucional 6/1978 y 212/1986.

<sup>523</sup> *Vid.* MOSCHETTI, F., “Profili generali”, in “Tratatto di Diritto Tributario” (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p. 239 y ss.

<sup>524</sup> FEDELE, A., “Corrispettivi di pubblici servizi, prestazioni imposte e tributi”, in *Rivista di Diritto Financiero*, 1971, II, p. 27.

<sup>525</sup> TESAURO, F., “Istituzioni di diritto tributario”, V. 1, Parte generale, 7ª Ed., Ed. Utet, Torino, 2000, p. 59.

<sup>526</sup> RUSSO, P., “Manuale di diritto tributario”, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 53/55.



- El presupuesto de hecho y la base imponible del tributo deben ser situaciones fácticas que tengan una precisa e inequívoca valoración económica;
- La no sujeción tributaria de los recursos económicos que no revelan una actitud contributiva;
- El límite de la capacidad contributiva respecto a la prestación impositiva también opera en función de la alícuota aplicable;
- Finalmente, la individualización del sujeto pasivo está circunscrita a que puedan disponer del cumplimiento concreto de la prestación impositiva.

También es interesante destacar que si bien el Estado exige los tributos en relación a un deber de solidaridad, ello comporta que la función del deber de contribuir no es meramente fiscal, sino también extra-fiscal. Tema éste que veremos más adelante.

Una cuestión que tampoco podemos obviar es la diferenciación que la doctrina italiana hace de la capacidad contributiva y la capacidad económica<sup>527</sup>. La primera requiere una valoración de la capacidad económica a que posee el individuo para aportar a los gastos del Estado<sup>528</sup>. Es decir que la capacidad contributiva es la capacidad económica idónea para contribuir con los gastos públicos a la luz de los valores constitucionales<sup>529</sup>.

Adentrándonos en el tema de los tributos ambientales, podemos decir que nada impide que los gravámenes tengan una finalidad extra-fiscal, ya que los artículos 23 y 53 de la Constitución son normas teleológicamente neutras. Esto significa que una vez

---

<sup>527</sup> *Vid.* Nota 521.

<sup>528</sup> MANZONI, I., "Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano", Ed. Giappichelli, Torino, 1965, p. 73 y ss.

<sup>529</sup> GAFFURI, G., "L'attitudine alla contribuzione", Giuffrè Editore, Milano, 1967, p. 88 y ss.

observados los preceptos de legalidad, capacidad contributiva y de progresividad del sistema, el legislador puede perseguir cualquier finalidad con el tributo, siempre que sea legítima y merecedora de tutela jurídica<sup>530</sup>.

Antes de continuar con el análisis de este apartado, es conveniente definir a los tributos ambientales a partir de la doctrina italiana. Entre las muchas definiciones existentes, mencionamos las siguientes:

- “Los tributos que recaen explícitamente sobre la producción de materiales contaminantes”<sup>531</sup>.
- “Aquellos instrumentos, impuestos, tasas, tarifas, cánones, contribuciones, etc. debidos por la realización de actividades contaminantes o con el simple fin de contribuir a prevenir, eliminar o reducir una determinada actividad contaminante”<sup>532</sup>.
- El Ministerio de Ambiente, al definir a las tasas ambientales dijo que son “aquellas medidas fiscales que alcanzan sustancias y/o productos conectados con el fenómeno de degradación ambiental”<sup>533</sup>.

En general, todas las definiciones parten del hecho de suponer que el medio ambiente puede formar parte del presupuesto de hecho del tributo.

El *quid* de la cuestión pasa por determinar si es posible cumplir con la finalidad extra-fiscal de los tributos ecológicos y,

---

<sup>530</sup> MOSCHETTI, “La capacità contributiva - Profili generali”, in “Tratatto di Diritto Tributario” (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p., p. 223.

<sup>531</sup> OSCULATI, F., “La tassazione ambientale”, Ed. Cedam, Padova, 1979, p. 5.

<sup>532</sup> CAPANO, P., “L'imposizione e l'ambiente”, in “Trattato di Diritto Tributario” (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p. 480.

<sup>533</sup> Documento técnico preliminar del Ministerio de Ambiente, de 29 de septiembre de 1989.

simultáneamente, respetar los principios tributarios constitucionales.

Como bien señala De Emita, la tributación con fines extra-fiscales entraña el problema de la legitimidad constitucional, ya sea respecto del principio de igualdad como del de capacidad contributiva<sup>534</sup>. A ello le podríamos agregar el principio de progresividad.

La gran pregunta que debemos hacernos es si los tributos medioambientales deben respetar el principio de capacidad contributiva. La respuesta de los autores a esta cuestión normalmente ha sido afirmativa, en el sentido que es inconcebible prescindir totalmente de dicho principio<sup>535</sup>.

Aunque la doctrina también coincide en que la ligazón a la capacidad contributiva no es tan evidente como en otros tributos, ya que los tributos ambientales también se sustentan en otros principios de rango constitucional.

Los argumentos que defienden la convivencia de los fines extra-fiscales ecológicos y el principio de capacidad contributiva pueden dividirse en dos grandes grupos: los que ponen el énfasis en la vinculación con otros principios constitucionales y los que destacan la manifestación de capacidad contributiva de las actividades contaminantes.

No se trata de posturas contrapuestas ya que, sin negar lo que dice la otra, cada una acentúa un elemento argumental diferente. De

---

<sup>534</sup> DE EMITA, E., "Principi di diritto tributario", 4ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 97.

<sup>535</sup> Fantozzi sostiene que naturalmente debe subsistir la potencialidad económica en cabeza del contribuyente, no pudiéndose imaginar una contribución a los gastos públicos si el sujeto está totalmente privado de recursos económicos (FANTOZZI, A., *op. cit.*, p. 41).

hecho, lo más normal que ambos argumentos convivan armónicamente en la justificación de los diferentes autores.

Por un lado, la doctrina promueve la interacción del principio de capacidad contributiva con otros principios constitucionales para justificar la admisibilidad de los tributos extra-fiscales<sup>536</sup>.

En un sentido similar se puede decir que el tributo es constitucional cuando su finalidad es digna de tutela jurídica. Una vez claro esto, su determinación queda al criterio del legislador dentro del ámbito de la política legislativa<sup>537</sup>. Es evidente que nadie discutiría la importancia de tutelar el medioambiente.

Amén de esta interrelación de principios, no debemos olvidar que el gravamen con fines extra-fiscales no puede despojarse por completo del principio de capacidad contributiva<sup>538</sup>. Sólo se puede gravar un presupuesto de hecho económicamente relevante que constituya una manifestación de riqueza. He aquí la conexión con el otro argumento.

También resulta muy interesante la vertiente que destaca la presencia de capacidad contributiva en los tributos ecológicos<sup>539</sup>. Sus argumentos son los siguientes:

---

<sup>536</sup> FORTE, F, *op. cit.*, 75 y ss.; MICHELI, G.A., “Profili critici in tema di potestà di imposizione”, in *Rivista di Diritto Finanziario*, 1964, I, p. 27; MANZONI, I., *op. cit.*, p. 84 y ss.; MAFFEZZONI, F., *op. cit.*, p. 1023; FEDELE, A., *op. cit.*, p. 3 y ss.; y FICHERA, F., “Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale”, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1973.

<sup>537</sup> DE EMITA, E., *op. cit.*, p. 97. En este mismo sentido Moschetti entiende que en la configuración económica del hecho imponible el legislador es libre para seguir su propia valoración, según una progresiva evolución del principio de capacidad económica capaz de asegurar el proceso de individualización de la base imponible frente a los cambios de tipo económico, social y ético-político (MOSCHETTI, “La capacità contributiva - Profili generali”, in *Tratatto di Diritto Tributario* (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p., p. 230).

<sup>538</sup> Sentencias de la Corte Costituzionale 66/1966; 159/1985; 325/1985.

<sup>539</sup> PICCIAREDDA, F. e SELICATO, P., *op. cit.*, p. 115/116.

- El artículo 53.1 de la Constitución exige grabar todos los indicios de capacidad económica demostrados por el sujeto pasivo. Pero si alguno de estos indicios se escapa de la consideración del legislador no puede decirse que todos los indicios concurren al gasto público en razón de su capacidad contributiva. Pero tampoco puede decirse que este principio no se encuentra presente en el gravamen;
- Los indicios de capacidad contributiva de un tributo no sólo son la posesión o el intercambio de riqueza, sino que existen ciertas actividades ligadas con el aprovechamiento ambiental que también pueden manifestar algunos indicios de capacidad económica del sujeto que las lleva a cabo.

Estos argumentos son bastante lógicos, en especial el segundo ya que es innegable que existe un cierto peso económico en las actividades contaminantes. Esta relevancia económica se manifiesta en una doble dirección:

- a) el hecho de que el sujeto que utilice el patrimonio natural, le implica adquirir un factor de producción de manera gratuita, para satisfacer sus necesidades personales;
- b) por otro lado, a través del consumo ambiental el contribuyente se beneficia a costa de la sociedad, que es la que resulta económicamente perjudicada. No debemos olvidar los gastos que soporta el Estado para remover o limitar los efectos negativos producidos por la contaminación del contribuyente.

De esta manera, el ambiente y la actividad con él relacionada no se limita a constituir un valor constitucional extra-fiscal, sino que se trata de un verdadero índice de capacidad contributiva. Ello es así ya

que su valoración económica puede ser tomada por el legislador como límite, parámetro o justificación del tributo<sup>540</sup>.

En definitiva, podemos decir que la configuración del hecho imponible exige en todo caso al legislador la búsqueda de una situación económica que justifique la aplicación del principio de capacidad contributiva. En esa búsqueda se puede considerar numerosos valores que son objeto de tutela constitucional, entre los que se encuentran el respeto al medio ambiente en todas sus manifestaciones<sup>541</sup>.

## **B) Principio de progresividad**

Este principio se recoge en el artículo 53.2 de la Constitución italiana, cuya redacción exige que el sistema fiscal esté guiado por el principio de progresividad. Esta norma acentúa la impronta solidaria que inspira el deber de aportar a los gastos según la capacidad contributiva de cada sujeto<sup>542</sup>.

La sujeción impositiva no debe guiarse por criterios proporcionales sino más bien por parámetros progresivos. Esta progresividad implica que la cuantificación del aporte que han realizar los contribuyentes, ha de tener relación con la mayor o menor riqueza que aquéllos posean.

De todas maneras, los precedentes de la Corte constitucional vienen resaltando que el principio de progresividad no resguarda a los sujetos tributarios sino a todo el sistema en su conjunto<sup>543</sup>. Concretamente, la Corte supo decir que “en la multiplicidad y variedad del impuesto, no todos los tributos se prestan, desde el

---

<sup>540</sup> PICCIAREDDA, F. e SELICATO, P., *op. cit.*, p. 116/117.

<sup>541</sup> PICCIAREDDA, F. e SELICATO, P., *op. cit.*, p. 121.

<sup>542</sup> RUSSO, P., *op. cit.*, 1994, p. 57.

<sup>543</sup> TESAURO, F., *op. cit.*, p. 71.

punto de vista técnico, al principio de progresividad...”<sup>544</sup>. El sistema obliga a que los tributos estén meramente inspirados en el criterio de progresividad, y no bajo una sujeción absoluta e inflexible<sup>545</sup>.

Por su parte, autores como Fantozzi entienden que este principio funciona como un complemento y una especificación del principio de igualdad, llamado a resguardar el grado de participación económica de los ciudadanos en la vida del Estado. El citado autor, también aclara que se trata de una acentuación del principio de solidaridad y participación en las cargas públicas, en la medida que se respeta la fuerza económica del individuo<sup>546</sup>.

Partiendo de la base de que no es un principio aplicable a todos y cada uno de los impuestos, la doctrina coincide que la introducción de gravámenes ambientales no sólo no obstaculiza la progresividad tributaria, sino que incluso puede favorecerla.

Para alcanzar la progresividad del sistema no es obligatorio recurrir únicamente al criterio tradicional de la imposición sobre la renta personal, determinado sobre la base global y sujetando el importe a tipos crecientes. También se puede alcanzar el mismo objetivo eliminando la progresividad del impuesto sobre la renta y asociando a tal impuesto un gravamen general sobre el consumo individual de algún recurso cuya utilización deteriore el medio ambiente (energía, agua, etc.)<sup>547</sup>.

---

<sup>544</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de 29 de diciembre de 1966 /1741/1966.

<sup>545</sup> FORTE, F., “Il problema della progressività con particolare risguardo al sistema tributario italiano”, in *Rivista di Diritto Finanziario*, 1952, p. 304; MANZONI, I., “Il principio di...”, *op. cit.*, p. 186; MAFFEZZONI, F., “Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario”, Ed. Utet, 1970, p. 284. Sentencias de la Corte Costituzionale 12/1960; 39/1964; 128/1966; 23/1968 y 159/1987.

<sup>546</sup> FANTOZZI, A., *op. cit.*, p. 43.

<sup>547</sup> PICCIAREDDA, F. e SELICATO, P., *op. cit.*, p. 124/125.

Algunos autores proponen realizar la progresividad a través de la integración entre la imposición directa y la imposición ambiental de carácter indirecto, contemplando la introducción de exenciones y deducciones en el impuesto personal sobre las rentas, y así compensar, con una mayor progresividad de tal tributo, el carácter regresivo del impuesto ambiental indirecto<sup>548</sup>.

En definitiva, el principio de progresividad puede aplicarse a los tributos ecológicos, pero no es un requisito infranqueable. Este principio ha de inspirar al sistema tributario en su conjunto, pero no a todos los gravámenes.

No obstante, siempre que sea posible y que con ello se logre distribuir la carga tributaria de manera más justa, el principio debe aplicarse a los tributos ecológicos. Esta cuestión dependerá de cada caso concreto.

### **C) Principio de igualdad**

No podemos concluir este apartado sin antes hacer una sucinta referencia al principio de igualdad, ya que también puede verse trastocado con los incentivos fiscales para eliminar o reducir la contaminación.

La igualdad tributaria exige, en principio, que todos contribuyan a las arcas del Estado. Pero esta regla puede verse modificada siempre que existan razones de peso constitucional. Por ejemplo, la capacidad contributiva limita el principio de igualdad en el sentido que no todos los sujetos deben aportar al Estado, sino únicamente aquéllos que

---

<sup>548</sup> CAPANO, P., “L'imposizione e l'ambiente”, in “Trattato di Diritto Tributario” (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994, p. 494.



manifiesten una aptitud económica suficiente<sup>549</sup>. En esta misma línea, también podemos limitar el principio de igualdad tributaria en pos de la tutela jurídica del medioambiente.

Esta cuestión se ha resuelto favorablemente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, mediante la ya mencionada interacción con otros principios constitucionales, los cuales resguardan bienes jurídicos dignos de tutela.

En el caso de los tributos ecológicos, la finalidad extra-fiscal es la de alcanzar un equilibrado desarrollo económico del país en el marco de una utilización responsable del medioambiente<sup>550</sup>.

A partir de ello, la introducción de exenciones y demás beneficios fiscales se encuentra constitucionalmente legitimada a pesar de desvirtuar, en cierta medida, la esencia del principio de igualdad<sup>551</sup>.

Esta justificación se alcanza mediante otros fines también tutelados por el sistema constitucional, bajo la premisa de que no existe un principio por encima de otro. Como ya hemos adelantado, se trata de una cuestión de política legislativa que depende del bien jurídico que se pretenda tutelar, siempre al amparo de la Carta Magna.

## **d.2) España**

España también recoge en su Constitución una serie de principios tributarios que condicionan todo el sistema fiscal. Concretamente,

---

<sup>549</sup> Esto no hace más que confirmar la interrelación de principios constitucionales según las circunstancias.

<sup>550</sup> PICCIAREDDA, F. e SELICATO, P., *op. cit.*, p. 98.

<sup>551</sup> Sentencias de la Corte constitucional 108/1983; 44/1963; 81/1966; 52/1988; 410/1988 y 167/1991.

están consagrados en el artículo 31 de la CE, cuyo texto dice lo siguiente:

- “1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributarios justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.”

La norma condensa los principios o criterios materiales sobre el reparto de la carga tributaria (principios de capacidad económica, de generalidad, de igualdad, de progresividad y de no confiscación<sup>552</sup>), junto a los principios de justicia material del gasto público y, finalmente, la norma básica sobre la producción normativa en materia tributaria (principio de legalidad).

Tal y como veremos más adelante, estos principios inspiran e informan el sistema fiscal español en su conjunto<sup>553</sup>, de manera que su violación podría acarrear la inconstitucionalidad del gravamen. Sólo estudiaremos los principios relacionados con la distribución de la carga tributaria y su relación con los tributos ecológicos.

---

<sup>552</sup> Vid. AGULLÓ AGÜERO, A., “Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario”, en Civitas Revista Española de Derecho Financiero N° 36, 1982, p. 555/562. Asimismo, la relación entre el principio de capacidad contributiva y el de no confiscatoriedad se encuentra muy bien desarrollado en NAVEIRA DE CASANOVA, G., “Principios jurídicos constitucionales del derecho tributario: la capacidad contributiva y la no confiscatoriedad. Sus posibles vinculaciones”, en Periódico Económico Tributario, N° 97, noviembre-1995, Buenos Aires, p. 1/15.

<sup>553</sup> AGULLÓ AGÜERO, A., “Una reflexión en...”, *op. cit.*, p. 556.

## **A) Principio de capacidad económica**

En el caso de España, este principio se encuentra en el artículo 31.1 de la CE y, a diferencia del caso de Italia, se denomina principio de capacidad económica. No obstante, más allá de la denominación, el alcance es el mismo.

La diferencia entre ambas denominaciones pasa más bien porque la capacidad económica puede entenderse del todo ajeno al terreno normativo y sólo puede designar a un presupuesto de hecho de la norma<sup>554</sup>. En cambio, la capacidad contributiva tiene un componente jurídico y puede considerarse como expresión que designa un concepto técnico-jurídico<sup>555</sup>.

Más allá de ello, tal y como hemos dicho anteriormente, la doctrina española toma estos dos términos como equivalentes, aunque en la práctica utiliza más el de capacidad económica.

Como ocurre en el Derecho italiano, la capacidad económica se encuentra íntimamente ligada con otros principios del ordenamiento jurídico español, principalmente con el de igualdad, generalidad y progresividad que luego veremos.

Normalmente, se suele hacer hincapié en que existe una suerte de supremacía del principio de capacidad económica, ya que los demás principios tributarios de la CE sólo pueden ser comprendidos en torno a aquél<sup>556</sup>.

---

<sup>554</sup> *Vid.* Nota 521.

<sup>555</sup> AIZEGA ZUBILLAGA, J. M., “La utilización extra-fiscal de los tributos y los principio de justicia tributaria”, Ed. Universidad del país vasco, Bilbao, 2001, p. 122.

<sup>556</sup> PÉREZ DE AYALA, J. L., “Fundamentos de derecho tributario, 6º Ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2004, p. 77; FERREIRO LAPATZA, J. J., *op. cit.*, p. 282 y PÉREZ ROYO, F., “Derecho financiero y tributario. Parte general”,

Podemos decir que este principio constituye la regla básica en el reparto de la carga tributaria. Su contenido impide que el legislador establezca tributos cuya materia imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial. De manera que aquél no está autorizado a gravar riquezas que no ostenten dicha manifestación.

Algunos autores entienden que la capacidad económica, más que un principio, es una forma de entender el principio de igualdad y generalidad. En definitiva, se trata de un prisma sobre los principios de igualdad y generalidad<sup>557</sup>.

Este principio parte de la idea fundamental de que los eventuales contribuyentes tienen medios limitados para hacer frente a sus necesidades públicas y privadas. Con lo cual, la financiación de las cargas públicas debe repartirse entre los miembros de la comunidad según los medios de que disponen<sup>558</sup>.

En virtud de lo expuesto, podemos decir que el principio de capacidad económica cumple tres funciones básicas:

- 1) fundamento de la imposición o de la tributación<sup>559</sup>;
- 2) límite para el legislador en el desarrollo de su poder tributario; y
- 3) orientación para el mismo legislador en cuanto a uso de ese poder.

---

20° Ed., Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2009, p. 58. De todas maneras, esto no significa asignarle el papel de criterio fundamental y exclusivo, ya que dicho principio no constituye el único criterio de distribución de la carga fiscal (LEJEUNE, E., *op. cit.*, p. 165).

<sup>557</sup> FERREIRO LAPATZA, J. J., "Curso de derecho financiero español. Instituciones", 25° Ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006, p. 282.

<sup>558</sup> PÉREZ DE AYALA, J. L., *op. cit.*, p. 74.

<sup>559</sup> En este sentido, el TC sostiene que "el deber de contribuir debe conectarse con el principio de capacidad económica (SSTC 27/1981, 37/1987, 150/1990, 221/1992 y 134/1996).

Respecto a la segunda, el principio de capacidad económica funciona de manera negativa, como límite para el legislador en la configuración de los tributos. De esta manera, el legislador sólo puede tomar como hecho imponible aquellos presupuestos reveladores de riqueza, aunque ya veremos que esta premisa tiene sus excepciones.

Finalmente, la tercera función habla del principio de capacidad económica como una guía para el legislador, el cual debe hacer que el sistema tributario sea, en su conjunto, un reflejo de la capacidad económica global de los sujetos<sup>560</sup>.

En relación con este principio, pero principalmente con su segunda función, se ha debatido sobre su compatibilidad y convivencia con los fines extra-fiscales.

Como primera medida hay que decir que, más allá de algunas discrepancias<sup>561</sup>, la doctrina<sup>562</sup> y la jurisprudencia<sup>563</sup> mayoritarias coinciden en afirmar que este principio debe informar todo el sistema

---

<sup>560</sup> PÉREZ ROYO, "Derecho financiero y...", *op. cit.*, p. 58.

<sup>561</sup> Algunos autores sostienen que cuando el impuesto no posea fines puramente fiscales puede prescindirse del principio de capacidad económica. Con lo cual, en este caso, el principio no constituye un límite al ejercicio del poder financiero (VICENTE-ARCHE DOMINGO, "Consideraciones sobre el hecho imponible", en Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, N° 39, 1960, p. 566).

<sup>562</sup> *Vid.* CORS MEYA, X. F., "Las tasas en el marco de un sistema tributario justo", en Revista Española de Derecho Financiero, N° 51, 1986, p. 332/334. En este mismo sentido podemos citar a SÁINZ DE BUJANDA, F., "Reflexiones sobre un sistema de derecho tributario español", en Hacienda y Derecho, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, T. III., p. 262; CALVO ORTEGA, R., "Las tasas de las Haciendas Locales: aspectos problemáticos", Rev. "Crónica Tributaria", N° 6, 1973, p. 22; LEJEUNE VALCÁRCEL, E., "Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria", en AA. VV., Seis estudios de derecho constitucional e internacional tributario, Ed. Edersa, Madrid, 1980, p. 118; FALCÓN Y TELLA, R., "La finalidad financiera en la gestión del patrimonio", "Rev. Española de Derecho Financiero", Civitas, N° 35, 1982, p. 383; PÉREZ DE AYALA, J. L., *op. cit.*, p. 78; QUERALT, J. M, LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J. J., *op. cit.*, p. 115; PÉREZ ROYO, F., "Derecho financiero y...", *op. cit.*, p. 60; FERREIRO LAPATZA, J. J., *op. cit.*, p. 283; entre otros.

<sup>563</sup> SSTC 19/1987; 221/1992; 164/1995; 44/1996; 141/1996; 182/1997; 194/2000; entre otras.

tributario. Esto incluye lógicamente a los gravámenes con fines extra-fiscales.

Los argumentos que sostienen esta afirmación son excelentemente resumidos por Pérez Royo quien afirma que “el presupuesto del tributo... debe incorporar siempre un índice de capacidad económica, una aptitud para contribuir, aunque el tributo sierva, además, a otras finalidades”. A continuación el mismo autor agrega que “los fines extra-fiscales del tributo... deben ser compatibles con la finalidad contributiva y responder a una exigencia o criterio razonables y amparado por el sistema de valores propios de la constitución (política de desarrollo económico, sanitaria, de vivienda, de protección del medio ambiente, etc.)”<sup>564</sup>.

De forma que, sin renunciar al concepto tradicional del tributo, además de cubrir gastos públicos, constituye un instrumento subordinado a los valores superiores del ordenamiento jurídico<sup>565</sup>.

Está claro que el sistema fiscal, además de su vocación recaudatoria, también constituye una efectiva herramienta de política económica. Esto es así ya que el sostenimiento de los gastos públicos a que alude el artículo 31, no quiere decir sólo financiación de los gastos que efectivamente se hayan de realizar. Ello permite al legislador determinar gravámenes con fines distintos al puramente recaudatorio<sup>566</sup>.

No obstante, dicha finalidad contributiva debe contar necesariamente con el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 CE. El mencionado principio no impide que el

---

<sup>564</sup> PÉREZ ROYO, F., “Derecho financiero y...”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>565</sup> LEJEUNE VALCÁRCEL, E., *op. cit.* p. 122/123.

<sup>566</sup> SSTC 37/1987; 197/1992; 276/2000; 179/2006; entre otras.

legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extra-fiscales<sup>567</sup>.

Pensémoslo de esta forma: si el ideal de los tributos con fines extra-fiscales fuese no recaudar, podría decirse que la capacidad contributiva no tiene nada que hacer en estos casos. Pero ya vimos que estos gravámenes no funcionan así.

Por el contrario, si tenemos en cuenta que, en mayor o menor medida, los tributos tienen finalidad recaudatoria, es necesario que la obligación de aportar a los gastos del Estado se exija en todo momento a partir de la manifestación económica de cada uno.

Siendo un poco más concreto, Baena Aguilar señala que es posible crear tributos por la realización de actividades contaminantes, sobre la renta obtenida a través de ella o por la posesión de un patrimonio contaminante, ya que en todos estos casos se manifiesta, en principio, una cierta capacidad económica susceptible de imposición<sup>568</sup>.

De todas maneras, no siempre es posible detectar tan fácilmente la capacidad económica en la realización de actividades contaminantes. Tampoco existe un acuerdo generalizado acerca de cómo respetar el principio de capacidad económica cuando la manifestación de riqueza no es tan diáfana. En estos casos, está claro que el principio no desaparece, pero se presenta de una manera diferente y más tenue que en otros supuestos. Lo importante es que el tributo esté

---

<sup>567</sup> SSTC 37/1987 y 186/1993.

<sup>568</sup> BAENA AGUILAR, "Protección impositiva del medio natural", en CISS Noticias de la Unión Europea, Nº 122, 1995, p. 13. Por su parte, Rosembuj señala que "el hecho imponible tomará en cuenta la capacidad económica de la riqueza imponible en términos de aptitud real o potencial de contaminación y su fundamento es la relación de correspondencia, en razón de los efectos recíprocos entre el sujeto pasivo y obligado tributario... y el sector público, en razón de la protección del bien ambiental" (ROSEMBUJ, T., "Tributos ambientales", en *Fiscalidad Ambiental*, abril-1998, p. 14).

justificado por los fines de interés público y constitucional que se pretendan perseguir<sup>569</sup>.

En definitiva, existe un acuerdo generalizado sobre la estrecha relación que hay entre los tributos con fines extra-fiscales, incluidos los ecológicos, y el principio de capacidad económica<sup>570</sup>. A tal punto llega esta relación que dichos tributos deben ajustarse a los postulados del principio. De todas maneras, es verdad que en estos gravámenes el principio aparece con menos intensidad<sup>571</sup>, pero ello no quiere decir que no esté presente.

La clave está en que esa menor intensidad se fundamente en la necesidad de tutelar otro bien jurídico constitucionalmente protegido.

## **B) Principio de progresividad**

El principio de progresividad, también recogido en la CE, suele ser definido como aquella particularidad del sistema tributario a partir de la cual, a medida que aumenta la riqueza de los sujetos pasivos, también se incrementa la contribución en una proporción superior al incremento de la riqueza.

En términos más sencillos, “un impuesto es progresivo cuando el tipo impositivo crece al crecer la base imponible; cuanto mayor es la

---

<sup>569</sup> SOLER ROCH, M. T., “Incentivos a la inversión y justicia tributaria”, Ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 47; HERRERA MOLINA, P. M., “Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 80; entre otros.

<sup>570</sup> “Y es que la doctrina más generalizada no se ha atrevido nunca a negar la virtualidad, en el tema de la extra-fiscalidad, de la capacidad contributiva, pero admitiendo que precisamente por ser un tributo extrafiscal, la capacidad contributiva... podía ser tenida en cuenta en forma diferenciada en razón de los concretos efectos económicos o de otro tipo perseguidos. Pero no se han señalado, ni en la doctrina ni en el derecho positivo, aquellos límites concretos que en la utilización de la extra-fiscalidad no se podían rebasar.” (AIZEGA, J. M., “La imposición ecológica dentro de la tributación extra-fiscal”, en *Fiscalidad Ambiental*, abril-1998, p. 330.

<sup>571</sup> BAENA AGUILAR, “Protección impositiva del...”, *op. cit.*, p. 12/13.



magnitud de valor del hecho imponible realizado, mayor es el tipo que se aplica”<sup>572</sup>.

En esta misma vertiente, también se ha dicho que “es una manera de ser del sistema, que se tiene que articular técnicamente... de forma que pueda responder a la consecución de unos fines que no son estrictamente recaudatorios para permitir la consecución de unos fines distintos”<sup>573</sup>.

El TC declara que un sistema tributario justo debe estar necesariamente inspirado por el principio de progresividad<sup>574</sup>. No obstante, este principio tiene también sus límites ya que nunca puede tener alcances confiscatorios.

Respecto al principio de progresividad el TS entiende que “se refiere al sistema tributario..., tal vez a algunos impuestos (no a todos)”<sup>575</sup>. Esto nos da la pauta de que el principio de progresividad puede no verse reflejado en algunos gravámenes, entre ellos, los tributos ecológicos.

Podemos concluir diciendo que, a diferencia del caso anterior, el principio de progresividad, aunque deseable, no es imprescindible para configurar los gravámenes ambientales.

---

<sup>572</sup> PÉREZ DE AYALA, J. L., *op. cit.*, p. 80.

<sup>573</sup> QUERALT, J. M., LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J. J., *op. cit.*, p. 110.

<sup>574</sup> STC 27/1981.

<sup>575</sup> STS 2996/2000 y 2998/2000.

### **C) Principio de igualdad**

La CE regula este principio en varios artículos<sup>576</sup>, pero el reconocimiento de la igualdad en el ámbito tributario se realiza, una vez más, en el artículo 31.1.

El principio de igualdad se ve íntimamente ligado al principio de generalidad. Estos dos, a su vez, se relacionan con el principio de capacidad económica.

El principio de generalidad implica que la obligación de contribuir con las arcas del Estado debe alcanzar a todos los sujetos, siempre que manifiesten un cierto nivel de riquezas (capacidad económica). Pero como los contribuyentes ostentan diferentes capacidades económicas, se puede gravar a todos de la misma manera. Es allí cuando entra en juego el principio de igualdad, que no es otra cosa que brindar igual trato a los iguales y desigual a los desiguales<sup>577</sup>.

En virtud de ello, el principio de igualdad y generalidad pueden resumirse de la siguiente manera: todos deben soportar en igual manera las cargas fiscales, no pudiendo existir ni privilegios ni tratos diferenciados entre los contribuyentes<sup>578</sup>.

Otra forma de definir el principio de igualdad es diciendo que su aplicación implica que “las personas, en tanto estén sujetas a cualquier impuesto y se encuentren en iguales o parecidas

---

<sup>576</sup> Artículo 1.1 (como valor superior del ordenamiento jurídico); artículo 9.2 (se reconoce la exigencia de la realización de una igualdad real); artículo 14 (igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones); artículo 53.2 (reconoce al artículo 14 la misma protección judicial que a los derechos fundamentales y libertades públicas).

<sup>577</sup> STC 76/1990.

<sup>578</sup> FERREIRO LAPATZA, J. J., *op. cit.*, p. 282.

condiciones relevantes a efectos fiscales, han de recibir el mismo trato en lo que se refiere al impuesto respectivo”<sup>579</sup>.

Como señala PÉREZ DE AYALA<sup>580</sup>, para que un tributo respete el principio de igualdad, el legislador debe evitar:

- a) que dos o más circunstancias de imposición evidentemente distintas den como resultado cargas tributarias iguales;
- b) que dos o más circunstancias de imposición claramente similares den como resultado cargas fiscales diferentes después de aplicar la normativa;
- c) que aquellas circunstancias de imposición de las que no puede afirmarse con claridad si son iguales o distintas sean discriminadas con diversas cargas tributarias, como consecuencia de la aplicación de la ley.

A partir del concepto y alcance de este principio, si lo relacionamos con los fines extra-fiscales del tributo, vemos que las mayores complicaciones giran en torno a los beneficios fiscales, ya que se está atentando directamente contra el principio de igualdad.

Este galimatías encuentra solución cuando entendemos que lo que se prohíbe con este principio son las discriminaciones y privilegios arbitrarios, es decir, aquellos que carecen de una justificación objetiva y razonable<sup>581</sup>. Es el propio TC el que permite tratos desiguales siempre que no sean arbitrarios o no justificados por los poderes públicos<sup>582</sup>.

---

<sup>579</sup> NEUMARK, F., “Principios de la imposición”, 2º Ed., Ed. IEF, Madrid, 1994, p. 135.

<sup>580</sup> PÉREZ DE AYALA, J. L., *op. cit.*, p. 79.

<sup>581</sup> LOZANO SERRANO, C., “Consecuencias de la Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho financiero y tributario”, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 28.

<sup>582</sup> STC 27/1981 y ATC 230/1984.

Esta justificación se alcanza cuando las desigualdades fiscales tienen por objetivo tutelar un interés general protegido por la Constitución<sup>583</sup>.

Pero además de que exista una justificación, también resulta esencial que las consecuencias jurídicas de las medidas desiguales sean adecuadas y proporcionadas al fin que se pretende alcanzar<sup>584</sup>.

Para que las desigualdades tributarias sean legítimas es necesario, por un lado, una justificación basada en otro precepto constitucional (interés general); y por el otro, que se valoren teniendo en cuenta el texto de la norma y su finalidad. Es decir que dicha desigualdad debe ser necesaria, adecuada y proporcional<sup>585</sup>.

Finalmente, nos gustaría acabar este apartado de los principios constitucionales con una última reflexión: es evidente que los problemas medioambientales no tenían la trascendencia que tienen actualmente en el momento en que fueron diseñados los sistemas fiscales<sup>586</sup>. Por otra parte, en aquel entonces no se contemplaba a los tributos como herramientas de política fiscal (por ejemplo para proteger el medioambiente). De allí que la aplicación de los principios tributarios de la constitución haya sufrido cambios con el correr de los años y que en algunos casos haya sido necesario reinterpretar su virtualidad y alcance para adaptarlos a las nuevas necesidades.

---

<sup>583</sup> SSTC 180/1985; 19/1988; 209/1988; entre otras.

<sup>584</sup> SSTC 209/1988 y 45/1989.

<sup>585</sup> AIZEGA ZUBILLAGA, J. M., *op. cit.*, p. 172/173. En igual sentido HERRERA MOLINA, P. M., "Desgravaciones tributarias y protección del medio ambiente (análisis a la luz de los principios constitucionales y del derecho europeo), en *Fiscalidad Ambiental*, abril-1998, p. 136 y ss.

<sup>586</sup> HERRERA MOLINA, P. M. y SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, p. 460.

## e) Tipologías

Como hemos ido adelantando, dentro de la categoría de gravámenes ambientales encontramos las tres figuras tributarias clásicas: los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales.

### e.1) Impuestos

Los impuestos ecológicos son aquellas especies tributarias de carácter presupuestario<sup>587</sup> debido a que se encuentran desligadas de cualquier tipo de actividad estatal. En razón de ello, es la figura tributaria en la que el principio de capacidad contributiva se manifiesta con mayor intensidad.

Una primera clasificación, basada en el criterio de eficiencia, engloba los impuestos pigouvianos y los impuestos costo-eficientes. Los primeros reciben el nombre del economista Pigou<sup>588</sup>, quien básicamente propuso fijar un impuesto al contaminador equivalente a los costos marginales externos de la contaminación generada<sup>589</sup>.

Los segundos, basados en una situación denominada *second best*, se proponen conseguir un nivel de calidad ambiental predeterminado, con la mínima pérdida de bienestar posible. La Administración Pública fijaría simultáneamente un nivel de calidad ambiental y el tipo impositivo para alcanzarlo<sup>590</sup>.

---

<sup>587</sup> Citado en ROSEMBUJ, T., “Los tributos y la protección del medio ambiente”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 91.

<sup>588</sup> PIGOU, A. C., “The economics of Welfare”, Ed. Macmillan, Londres, 1920.

<sup>589</sup> Algunos autores sostienen que el origen del principio del contaminador-pagador proviene de la teoría de Pigou (YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, nota de p. 156).

<sup>590</sup> Baumol y Oates citados en MAGADÁN DÍAZ, M. y RIVAS GARCÍA, J., *op. cit.*, p. 12.

Según cuál sea el elemento objetivo del hecho imponible, se pueden encontrar impuestos sobre las emisiones e impuestos sobre los productos.

Los primeros son aquéllos que se pagan en función del volumen de emisiones liberadas al aire, al agua, a la atmósfera o el ruido producido, dependiendo de su cantidad y el nivel de contaminación. Por lo tanto, una adecuada aplicación del impuesto requiere una medida constante de las emisiones y un análisis de las repercusiones que éstas tengan sobre el ambiente.

Los impuestos sobre productos recaen sobre determinados bienes o servicios que, ya sea en su fase de producción o de consumo, son altamente contaminantes. Pueden gravar tanto las materias primas y productos intermedios (sobre los *inputs*) o los productos acabados (sobre el consumo).

## **e.2) Tasas**

La normativa define a las tasas como “los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”<sup>591</sup>.

Se trata de un importe pagado a la Administración cuando ésta realiza actividades concretas destinadas a satisfacer necesidades colectivas mediante la prestación de un servicio determinado. Si bien

---

<sup>591</sup> Artículo 2.a), primer párr., de la LGT y artículo 20.1 del TRLRHL.

es cierto que siempre producirán un beneficio social no ocurre lo mismo para quien afronta el gravamen.

Esta carga tributaria responde a una necesidad del Estado de recuperar parte de los costos aplicados a la prestación del mencionado servicio más que a la voluntad de desincentivar determinados comportamientos.

### **e.3) Contribuciones especiales**

Se trata de aquellos “tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.”<sup>592</sup>

Al igual que la tasa, es un tributo vinculado a una actividad concreta del Estado, pero a diferencia de aquélla siempre acarrear una ventaja para el contribuyente.

Son aquellos gravámenes cuyo hecho generador consiste en la obtención por parte del sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento del valor de sus bienes como consecuencia de la realización de alguna obra pública.

Su carácter ecológico está dado porque hacen recaer sobre los contribuyentes los costos de aquellos servicios u obras que mejoran el medioambiente más próximo a su entorno.

Cuando se trata de una medida que beneficia igualmente a todos los administrados normalmente se recurre a los impuestos ecológicos y no a las contribuciones especiales.

---

<sup>592</sup> Artículo 2.b) de la LGT y artículo 28 del TRLRHL.

### **1.1.2.3. Medidas mixtas**

Se trata de instrumentos en los que se combinan o se alternan medidas de fomento y de desaliento para los agentes contaminadores, razón por la cual no se los puede encasillar dentro de las medidas positivas ni de las negativas.

#### **a) Mercados de permisos negociables**

La primera aplicación que se ha hecho de este novedoso mercado ha sido con relación a las emisiones atmosféricas<sup>593</sup>. En primer lugar, se define la cantidad total de emisiones aceptables de GEI que pueden ser liberadas a la atmósfera, luego se reparten los DDEE entre los emisores hasta agotar el cupo predeterminado. Cuando los sujetos contaminen por debajo de la cantidad de derechos otorgada, disponen de créditos que pueden vender o arrendar a otros productores que hayan contaminado más de lo permitido.

Es ostensible que estamos ante un mecanismo de carácter mixto ya que se combinan medidas positivas con negativas. Por un lado, se fomenta la reducción de emisiones por debajo de los niveles autorizados (ello permitirá conseguir beneficios de los DDEE excedentes) y por el otro, se desmotiva la contaminación por encima del límite mencionado (o bien habrá que adquirir DDEE en el mercado o bien pagar las elevadísimas multas que a tales fines se instituyeron).

#### **b) Intervención de precios**

Consiste en influir sobre los precios de determinados productos con el fin de incentivar o desalentar su circulación. De esta manera

---

<sup>593</sup> Aunque actualmente ya se están realizando en los EE.UU. pruebas para confeccionar un mercado de permisos de vertido de líquidos.



se favorece o desalienta el mercado de ciertos productos que pueden ser beneficiosos o perjudiciales para el medio ambiente.

Los ejemplos más comunes son la intervención del precio de los residuos, generando así un mercado para su reciclaje que no existiría si el precio fuere demasiado bajo, y el aumento del precio de algunos pesticidas, que son los más dañinos para el medioambiente.

Su carácter mixto está más que probado ya que alterna medidas positivas y negativas dependiendo del producto cuyo precio se quiere intervenir.

### **1.1.3. Instrumentos de cumplimiento voluntario**

Se trata de aquellas medidas en donde la autonomía de voluntad de los particulares alcanza su máxima expresión, ya que carecen de todo tipo de obligatoriedad.

Teniendo en cuenta su carácter voluntario cabría preguntarse dónde estaría el incentivo y las ventajas de someterse a tales instrumentos. Para los contaminadores el beneficio está, o bien en la publicidad y el buen nombre que adquiere al adoptar, por iniciativa propia, una serie de medidas protectoras del medio ambiente; o bien, en la promoción de sus productos ya que gozan de un limitado impacto ambiental.

Para la sociedad y el medio ambiente, según Yabar Sterling, las ventajas consistirían fundamentalmente en que las empresas pueden diseñar las estrategias tecnológicas reductoras de la contaminación mucho más adecuadas, económica y financieramente, para conseguir los objetivos ambientales propuestos. Por otra parte, el nivel de bienestar de la sociedad en su conjunto mejora, al menos en teoría, como consecuencia de las mayores cotas de eficiencia logradas y de

las ventajas derivadas de un mejor entendimiento con la Administración<sup>594</sup>.

Estos instrumentos muchas veces no son creados por las Administraciones Públicas sino por organismos nacionales o internacionales, aunque, en todo caso, son éstas las que disponen de capacidad para adjudicar los derechos de emisión, así como para regular cuestiones diversas relativas a su funcionamiento<sup>595</sup>. Entre ellos encontramos los siguientes:

#### **a) Certificaciones de calidad (etiquetado ecológico)**

Este sistema consiste en la entrega de certificados a aquellos productos que cumplen con ciertos requisitos de calidad medioambiental. A través de ellos los evaluadores independientes constatan que dichos productos han generado un impacto ambiental mínimo<sup>596</sup>.

Estas etiquetas ecológicas permiten a los consumidores identificar fácilmente los productos menos nocivos para el medioambiente sabiendo que al adquirirlos. Aunque se está pagando un precio más alto que el de la competencia, se está favoreciendo a las empresas que han adoptado un mayor compromiso ecológico. De esta manera, el beneficio económico del empresario estriba en una publicidad

---

<sup>594</sup> YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 130/131.

<sup>595</sup> DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 85.

<sup>596</sup> En España tenemos AENOR – Medio Ambiente, de 1994. El resto de las ecoetiquetas mundiales más conocidas son las siguientes: Ángel Azul (Alemania), de 1978; Choix Environmental (Canadá), de 1989; Eco Mark (India), de 1991; Ecomarca (Japón), de 1989; El Cisne Blanco (Países nórdicos), de 1989; Milieukeur (Holanda), de 1992; NF – Environnement, de 1992; Sistemas Científicos de Certificación (Estados Unidos), de 1990; y Umweltbunde samt, de 1994.

directa para sus productos y, en teoría, en un aumento de su demanda<sup>597</sup>.

Las características de este sistema son las siguientes:

- a) es un catalizador de la protección del medio ambiente;
- b) es un instrumento voluntario de gestión ambiental;
- c) forma sistemas uniformes y objetivos, ya que cada categoría de productos deber cumplir los mismos criterios ecológicos para recibir el certificado;
- d) es un informador fiable para el consumidor, controlando, de algún modo, la proliferación de reclamos publicitarios engañosos;
- e) es un medio de participación en el proceso de representantes de todos los grupos de interés implicados (Administraciones Públicas, industria, comercio, consumidores y grupos ecologistas)<sup>598</sup>.

Si bien es cierto que las eco-etiquetas presentan numerosas ventajas, no se encuentran exentas de inconvenientes. Entre las primeras se puede decir que:

- estimulan a los fabricantes a comercializar productos más ecológicos e incitan a los consumidores a adquirirlos;
- funcionan como un factor de concienciación;

---

<sup>597</sup> Ha de tenerse en cuenta que la publicidad ecológica engañosa o fraudulenta se ha transformado en un serio problema. Hoy en día, sabiendo que “lo verde vende”, se utiliza cada vez más el reclamo ambiental en los mensajes publicitario, con expresiones tales como “producto ecológico”, “reciclable” o “degradable”, en donde en la mayoría de las ocasiones se utilizan de forma fraudulenta o por lo menos engañosa. Por otra parte, existen numerosos logotipos supuestamente ecológicos, como las flechas que señalan que un producto es reciclado o reciclable o aquél que manifiesta que no resulta perjudicial para la capa de ozono, que en realidad dependen del criterio de cada empresa (LOZANO CUTANDA, B., “Derecho ambiental administrativo”, 5º Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 358/359).

<sup>598</sup> Seoáñez y Angulo citados en DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 86.

- ofrecen una información exacta y verídica del impacto ambiental que genera los productos que la llevan;
- favorecen la competitividad; se tratan de un medio de control externo al que se someten anualmente las industrial que deseen obtenerlas; e
- implican a las Administraciones Públicas en la gestión medioambiental, proporcionando credibilidad y uniformidad a los sistemas de eco-etiquetado.

En cuanto a sus inconvenientes, el sistema de certificaciones de calidad:

- es bastante lento, principalmente porque su introducción en el mercado es gradual y por categorías de productos;
- suele ser muy oneroso;
- su valoración es relativa ya que los productos no son absolutamente ecológicos; y
- la coexistencia de los distintos sistemas, fundamentalmente por las diferencias de exigencias de los criterios ecológicos que cada uno utiliza<sup>599</sup>.

## **b) Auditoría ambiental**

Se trata de un control ecológico al que se someten voluntariamente las empresas para mejorar su imagen frente a sus competidores.

El objetivo de estas auditorías consiste en la apreciación, en un momento dado del tiempo, del impacto que toda o parte de la

---

<sup>599</sup> En relación al etiquetado ecológico consultar también MARTÍN MATEO, R., "Tratado de Derecho Ambiental", Vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 424 y ss.; y MORA RUIZ, M., "La gestión ambiental compartida: Función pública y mercado", Colección de Derecho Público, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p.188 y ss.

producción o una empresa puede, directa o indirectamente, causar sobre el medio ambiente<sup>600</sup>.

Concretamente su finalidad sería señalar las zonas de riesgo, indicar el rendimiento en lo que respecta a la prevención de riesgos y la gestión así como los niveles de seguridad y salud en el lugar de trabajo<sup>601</sup>.

Existen diferentes tipologías de auditorías:

- a) auditoría de proyecto o introductoria, que analiza las cuestiones estratégicas, pero que no incluye medidas concretas;
- b) auditoría de establecimiento, centrada en una oficina o fábrica específica;
- c) auditoría de empresa, que examina las actividades de toda la empresa de manera más extensa que la anterior;
- d) auditoría de cumplimiento, que hace una valoración del grado hasta el que cumple una instalación fabril la legislación vigente y/o las normas de la empresa;
- e) auditoría de adquisición, que verifica los costes ambientales potenciales de la adquisición de una empresa;
- f) auditoría de actividad, que comprueba cada actividad específica que se desarrolle en más de un lugar;
- g) auditoría de asunto, que determina el modo en que la empresa está trabajando un tema particular de interés público;
- h) auditoría de proveedor, que verifica el nivel de los proveedores en el plano ambiental;
- i) evaluación del impacto ambiental de un nuevo producto o de una nueva fábrica, se refiere a las novedades o

---

<sup>600</sup> DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 92.

<sup>601</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L. y otros, *op. cit.*, p. 133.

perfeccionamientos aparecidos en la industria y en el mercado<sup>602</sup>.

Las ventajas de este MEPA consisten fundamentalmente en que proporcionan una base objetiva para la toma de decisiones; identifican ahorros y costes; mejoran y favorecen la imagen pública de la empresa que voluntariamente decide someterse a una eco-auditoría; proporcionan un indicador tanto de rendimiento como de cumplimiento; y pueden prevenir desastres y accidentes<sup>603</sup>.

### **c) Certificaciones ambientales**

Consiste en la entrega de una constancia por medio de la cual un tercero independiente certifica que una empresa cumple con una serie de parámetros ecológicos prefijados.

Es un mecanismo similar al etiquetado ecológico, la diferencia estriba en que mientras éste se otorga a determinados productos la certificación es un reconocimiento que se realiza a una empresa en general. En virtud de ello, también beneficiará a la imagen de la compañía que reciba el certificado.

De entre los posibles mecanismos de certificación ambiental se destaca la norma ISO 14001, ya que se trata de una normativa voluntaria de carácter internacional<sup>604</sup>. A través de ella se procura sistematizar y estandarizar las prácticas de gestión medioambiental de una empresa.

---

<sup>602</sup> ROSEMBUJ citado en DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 92.

<sup>603</sup> *Vid.* WOODSIDE, G. y AURRICHIO, P., "Auditoría de sistemas de gestión ambiental. Introducción a la norma ISO 14001", Traducción y revisión técnica Invarig-ingeniería, Ed. Antonio García Brage, Madrid, 2001.

<sup>604</sup> Durante el año 1996 el grupo de trabajo TC 207 de la *International Standard Organization* (ISO) culminó los trabajos de la primera norma internacional para la certificación de sistemas de gestión medioambiental ISO 14001, que forma parte del conjunto de normas ISO 14000.

Más allá de su voluntariedad, este tipo de normas se caracterizan por establecer una guía para que las empresas adopten políticas y sistemas de gestión medioambiental, evalúen periódicamente dichos sistemas y puedan garantizar al público un comportamiento ambiental adecuado y aceptable.

## **1.2. La elección del instrumento ecológico más adecuado**

A partir de los años '70 se advierte un marcado aumento en el uso de los mecanismos de protección ecológica, lo cual llevó a la doctrina a debatir sobre qué tipos de instrumentos eran más eficientes: los restrictivos o los permisivos<sup>605</sup>.

En las primeras etapas de preocupación sobre el medioambiente los mecanismos restrictivos fueron los instrumentos más utilizados por las administraciones. Hoy en día esa tendencia se está revirtiendo y la mayoría de los estudiosos entiende que los instrumentos regulatorios han alcanzado su límite de eficacia y, por lo tanto, deben ser reemplazados.

Una parte considerable de la doctrina afirma que los MEPAs restrictivos poseen importantes desventajas frente a los permisivos (o indirectos):

- 1) los elevados costos de vigilancia y control que son necesarios para que ésta sea efectiva;
- 2) la limitada capacidad de adaptación al dinamismo de las situaciones cambiantes;

---

<sup>605</sup> Debido a su corta edad y a su escasa incidencia en la preservación ecológica los mecanismos voluntarios por el momento no han entrado en este histórico debate, aunque no tardarán en hacerlo. En última instancia, hoy en día siempre se han considerado complementarios de las otras medidas.

3) el escaso incentivo al desarrollo de nuevas tecnologías menos contaminantes (o la aplicación efectiva de las que ya se tiene al alcance)<sup>606</sup>.

En la otra cara de la moneda, Lozano Cutanda advierte que la gran ventaja que presenta el sistema de permisivo radica en la disminución de los costos de implantación de la norma. La supervisión administrativa ya no es minuciosa y continuada, sino que se orienta únicamente a controlar si el sujeto ha optado por la conducta que da derecho al incentivo. A su vez, se consigue con frecuencia una mayor eficacia en el logro de los objetivos propuestos<sup>607</sup>.

Consecuentemente, los impuestos (o, alternativamente, los sistemas de permisos de emisión negociables) y las subvenciones pigouvianos son los instrumentos idóneos para la interiorización de las externalidades negativas y positivas, respectivamente, ya que proporcionan los incentivos correctos para alcanzar la asignación óptima de los recursos<sup>608</sup>.

Asimismo, no son pocos los fallos en la identificación de todos los infractores de las medidas restrictivas, lo que se convierte en una

---

<sup>606</sup> CUERDO MIR, M. y RAMOS GOROSTIZA, L., “Economía y naturaleza”, Ed. Síntesis, Madrid, 2000. En igual sentido ALONSO OROZA, S. y otros, “Política ambiental y desarrollo sostenible”, Instituto de Ecología y Mercado, Madrid, 1999, p. 109.

<sup>607</sup> LOZANO CUTANDA, B., “Derecho ambiental administrativo”, *op. cit.*, p. 104. Por su parte, Del Brío González también enumera los beneficios de los instrumentos económicos en comparación con las normas reguladoras: 1) ofrecen a las empresas un argumento para ir más allá de lo que les erigiría un determinada norma exclusivamente limitadora; 2) pueden afectar el comportamiento de las empresas de forma inmediata, lo que sería inconcebible en el caso de los instrumentos restrictivos; 3) proporcionan un incentivo positivo para la adquisición de tecnologías menos contaminantes, que desempeñan un papel clave, puesto que eliminan las desventajas de las empresas que inician actividades más respetuosas con el medio ambiente. (DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 83).

<sup>608</sup> BUÑUEL GONZÁLEZ, M., “El Uso de Instrumentos Económicos en la Política del Medio Ambiente”, Ed. C.E.S. Colección de Estudios, Madrid, 1999, p. 91.



razón adicional a favor de los MEPAs permisivos, tanto desde la perspectiva de la eficiencia económica, como de la eficacia recaudatoria<sup>609</sup>.

Más allá de todas estas ventajas, algunos de sus partidarios reconocen ciertas flaquezas del sistema permisivo aunque, de todos modos, no llegan a ponerlo en tela de juicio<sup>610</sup>.

Con una postura menos extremista, Iranzo no descarta que las medidas reguladoras son necesarias en una economía, pero deben ser adoptadas única y exclusivamente después que la experiencia de los mecanismos de mercado haya resultado infructífera<sup>611</sup>. En la misma vertiente, Yabar Sterling considera que “luchar contra la contaminación mediante controles directos, exclusivamente, no es eficaz...”<sup>612</sup>.

Algunos han llegado a sostener que, a pesar de los indiscutibles beneficios de los MEPAs permisivos, existen ciertas ocasiones en que la normativa restrictiva puede llegar a ser más eficaz, especialmente cuando se da un funcionamiento óptimo del mercado<sup>613</sup>.

---

<sup>609</sup> BAUMOL, W. J., “On Taxation and de Control of Externalities”, *American Economic Review*, LXII (3), junio 1972, p. 307 y ss.; y OATES, W. E., “The Economics of Environment”, Cambridge, Library of Congress Cataloguing in Publication Data, 1992, p. 21 y ss.

<sup>610</sup> A respecto, Carabajo Vasco enumera las siguientes: 1) la existencia de irreversibilidad (toda situación generada por una actividad humana que no es posible anular es ilimitadamente negativa y no se puede consentir); 2) su carácter global, mundial y dinámico; 3) el problema de la distribución intergeneracional de recursos (dificultad para valorar los costos y beneficios futuros de una medida ambiental). (Citado en CASTILLO I SOLSONA, M.; ENCISO I RODRÍGUEZ, J. P. y FARRÉ I PERDIGUER, M., *op. cit.*, p. 31. Pichot agrega que los mecanismos económicos suelen ser menos eficaces cuando la contaminación se concentra fuertemente, ya sea en determinados lugares, o en ciertos periodos (PICHOT, F. y RAPADO, J. R., *op. cit.*, p. 28/29).

<sup>611</sup> MASSIÁ, J.V. y CABAÑES, M.L., *op. cit.*, p. 120.

<sup>612</sup> YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 162.

<sup>613</sup> Cairncross, en citado en DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 83.

Aceptada doctrinariamente la supremacía de las medidas permisivas sus partidarios también han debatido, aunque en menor medida, sobre la conveniencia de utilizar los instrumentos económicos que actúan vía precios (tributos, básicamente), o los instrumentos económicos vía cantidades (mercado de emisiones)<sup>614</sup>. En este punto la discusión está un poco más pareja ya que se bifurcan las opiniones.

A favor de los mecanismos que actúan vía precios se dice que la aplicación de los tributos ecológicos constituye un medio simple y directo de atribuir un precio a la utilización de los bienes ambientales, obligando a los usuarios a internalizar los costos que eso representa. A partir de ello se consigue, por un lado, incentivar los cambios en el comportamiento de los agentes económicos implicados, por el otro, obtener ingresos para la protección y restauración medioambiental. Elementos estos que justifican su utilización<sup>615</sup>.

En la acera del frente, se señala que los mercados de emisiones presentan una ligera ventaja sobre los tributos ecológicos porque reducen la incertidumbre y se alcanza con más certeza el nivel de contaminación deseado<sup>616</sup>, ya que para poder predecir con exactitud el impacto de los impuestos hay que conocer los costes marginales privados y el beneficio marginal. Si esa información es deficitaria el mercado de licencias permitirá más libertad a las empresas.

Asimismo, el precio de mercado de los derechos de contaminación se ajusta automáticamente a los índices de precios, en cambio para

---

<sup>614</sup> Vid. BUÑUEL GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 103 y ss.; y YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 138 y ss.

<sup>615</sup> FRANCO SALA, L., "Política Económica del Medio Ambiente", Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.

<sup>616</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, B., "Derecho ambiental administrativo", *op. cit.*, p. 444.

modificar los impuestos se requieren procedimientos administrativos más complejos.

Autores como Del Brío, si bien se sitúan a favor de esta última postura, la suavizan diciendo que “no es recomendable utilizar el sistema de los permisos de emisión negociables en todos los sectores de actividad económica. Los permisos son de la máxima efectividad cuando hay numerosos contaminadores, y cuando se trata de contaminantes que producen el mismo impacto ambiental, dondequiera que se descarguen”<sup>617</sup>.

También encontramos juristas que, asumiendo una postura ecléctica, afirman que tanto el mercado de permisos negociables como los sistemas impositivos adecuados tienen la capacidad de alcanzar un conjunto de estándares ecológicos al mínimo coste. Por lo tanto, entienden que ambos sistemas deberían considerarse como estrictamente alternativos<sup>618</sup>.

Más allá de estas discusiones, a primera vista irresolubles, se puede comprobar que tanto las medidas represivas como las permisivas poseen ventajas y desventajas<sup>619</sup>, con lo cual, lo más sensato es complementar los beneficios de ambas para diluir, en la medida de lo posible, los inconvenientes de cada una.

Resulta imposible establecer *a priori* una superioridad absoluta de un MEPA sobre otro que permita desechar, sin más, a este último<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 85.

<sup>618</sup> YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 138 y ss.; y BUÑUEL GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 122. Cercana a esta postura se encuentran Alonso Oronza, Cardona, Doménech, Embid Irujo, Grau Rahola, Llebot, Rigola y Tornos cuando especifican las ventajas e inconvenientes que presenta el intercambio de permisos (ALONSO OROZA, S. y otros, *op. cit.*, p. 117/118).

<sup>619</sup> *Vid.* PICHOT, F. y RAPADO, J. R., *op. cit.*, p. 26/27.

<sup>620</sup> Al respecto, Ruesga y Durán afirman que “no hay un instrumento económico puro para enfrentar una problemática medioambiental; normalmente se dan

Junto a Iranzo entendemos que, a la hora de optar por el instrumento más adecuado, cada tipo de contaminación debe ser analizada por separado, y lo más probable es que se necesiten entremezclar las distintas políticas para resolver qué medidas se adoptarán<sup>621</sup>.

Consecuentemente, habrá que estudiar cada caso en particular para determinar cuál es la mejor combinación posible de instrumentos capaces de mitigar la contaminación que se pretende combatir<sup>622</sup>.

Para ello se deberán tener en cuenta no sólo las sub-categorías que presentan las medidas restrictivas y permisivas sino también los mecanismos voluntarios que fueron apareciendo justamente para dar respuesta a los inconvenientes que ninguna de las anteriores podía solucionar<sup>623</sup>.

Coincidentes con la postura de Ruesga y Durán concluimos que “es posible y necesario plantearse el uso armónico en la solución de la problemática medioambiental de disposiciones jurídicas y de instrumentos económicos”<sup>624</sup>.

---

mecanismos mixtos, mezclados con normas reguladoras” (CARVAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 111).

<sup>621</sup> MASSIÁ, J.V. y CABAÑES, M.L., *op. cit.*, p. 128.

<sup>622</sup> En apoyo a esta última afirmación STAVINS expresa que “no existe una respuesta sencilla, una panacea política. Inevitablemente, se deberá llevar a cabo un análisis de caso por caso” (STAVINS, R. N., “Transaction costs and the performance of markets for pollution control”, Discussion paper núm. QE93-16, Resources for the Future, 1993, p. 15).

<sup>623</sup> Rosembuj propone que la elección de la combinación de instrumentos debe basarse en los siguientes principios: a) eficiencia; b) flexibilidad; c) confianza en el ambiente regulatorio; d) Introducción gradual; e) igualdad; f) carencia de privilegio (Citado en DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *op. cit.*, p. 81).

<sup>624</sup> CARVAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 109.

## **2. El mercado de derechos de emisión derivado del Protocolo de Kioto y del Sistema Europeo de Comercio de Emisiones**

### **2.1. Antecedentes**

La implantación de estos derechos negociables en los textos internacionales ha catapultado a los llamados “mercados de contaminación”<sup>625</sup> como una de las técnicas más utilizadas para proteger el medio ambiente, principalmente en la lucha contra los efectos del cambio climático.

El marco teórico inicial de este mecanismo se lo debemos a Dales<sup>626</sup>. Su obra, elaborada en la década del 60, se basa en las leyes que regulan el mercado de la oferta y la demanda, pero aplicadas al problema de la contaminación. Concretamente proponía que una vez definidos los derechos de propiedad respecto de los recursos ambientales se establezca una cantidad determinada de permisos para contaminar. Permisos éstos que posteriormente podrían venderse a través de algún sistema de subasta y adjudicarse así al mejor postor<sup>627</sup>.

Sin embargo, su aparición práctica y operativa se produjo en unos años más tarde en los EEUU con el conocido intercambio de DDEE de SO<sub>2</sub>, creado en el año 1974 en el seno de un programa experimental de la Agencia de Protección Ambiental de aquel país.

Si bien es cierto que estos permisos negociables no tuvieron demasiado éxito en aquel momento, el programa constituyó un paso trascendental para la implantación de los futuros mercados de derechos de contaminación.

---

<sup>625</sup> Expresión utilizada por Mora Ruiz en MORA RUIZ, M., *op. cit.*, p. 159.

<sup>626</sup> DALES, J. H., “Pollution property and prices”, Universidad de Toronto Press, Toronto, 1968, p. 77 y ss.

<sup>627</sup> YÁBAR STERLING, A., *op. cit.*, p. 173.

Así encontramos el comercio de derechos de vertidos que contaminaban el agua del Río Fox de Wisconsin (1981); el intercambio de derechos de vertido de fósforo en la reserva Dillon en Colorado (1984); el mercado de derechos para añadir plomo a la gasolina (1985); y el mercado de derechos de SO<sub>2</sub> (1990).

Con el paso de los años esta práctica se fue haciendo cada vez más asidua entre los países desarrollados: EE.UU. (Mercado de Incentivos del Aire Limpio Regional de la ciudad Los Ángeles para reducir las emisiones de fuentes fijas<sup>628</sup>); Canadá (Mercado Piloto para la Reducción de Emisiones de 1996, y el Mercado para la Reducción de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero de 1997<sup>629</sup>); Australia (Programa voluntario de 1997, denominado *Green Power*); la UE (Sistema Europeo de Comercio de Emisiones de 2003); entre muchos otros<sup>630</sup>.

A continuación veremos los programas que mayor protagonismo han tenido en el surgimiento de los mercados de emisiones tal y como los conocemos hoy en día.

#### **a) Programa de reducción de plomo de la gasolina**

Durante los años 70, la Agencia de Protección Ambiental de los EE.UU. elaboró un programa nacional para reducir el contenido de plomo de la gasolina. Para ello se establecieron máximos permitidos

---

<sup>628</sup> DWYER, J. P., "The Use of Market Incentives in Controlling Air Pollution: California's Marketable Permits Program", *Ecology Law Quarterly*, 1993, Vol. 20, N° 1, p. 103/117.

<sup>629</sup> En inglés: Pilot Emission Reduction Trading (PERT), y Greenhouse Gas Emission Reduction Trading (GERT), respectivamente.

<sup>630</sup> *Vid.* FREESTONE, D. Y HEY, E., op. cit., p. 431/533; CAMERON, P. D. y ZILLMAN, D., "Kyoto: from Principles to Practice", Ed. Klumer Law International, 2001, p. 12 y 216 y ss; y GILLESPIE, A., "Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution – Legal Commentaries with Policy and Science Considerations", Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 312.

de contaminación que se encontraban muy por debajo de los niveles de plomo que se venían utilizando.

Hasta ese momento el programa no estaba configurado como mercado de derechos, ya que los límites fijados se aplicaban a cada refinería en particular sin posibilidad de transmitir los derechos que no eran utilizados (menos plomo del permitido).

La posibilidad de intercambiar derechos se concretó en 1982 cuando se modificó la normativa, posibilitando el comercio de derechos de introducción de plomo entre empresas. De esta manera, aquéllas que utilizaban más plomo del permitido podían adquirir un número de títulos equivalentes a los niveles excedidos de las refinerías que hubieran utilizado menos plomo del que les correspondía.

Otra importante reforma se produjo en el año 1985. Se dio un paso más y se permitió a las empresas que utilizaran los excedentes obtenidos en un período para dar cumplimiento a sus obligaciones de los años siguientes (1986 y 1987).

Los expertos coincidieron en que este programa no sólo permitió reducir el plomo de la gasolina, incluso a niveles mayores de los predichos por la Administración norteamericana, sino que también incentivó la adopción de tecnologías más eficientes, todo lo cual influyó positivamente en el medioambiente.

En definitiva, esta novedosa iniciativa fue considerada una alentadora experiencia que permitiría el posterior desarrollo de este tipo de mecanismos<sup>631</sup>.

---

<sup>631</sup> Ver las opiniones esbozadas en ELLRMAN, A. D.; JOSKOW, P. L.; HARRISON, J. R., "Emissions Trading in the U.S. experience, lessons, and considerations for

## **b) Programa de lluvia ácida**

Este programa, regulado por el Acta de Aire Limpio de 1990, debe su existencia al programa experimental sobre intercambio de SO<sub>2</sub>, lanzado unos quince años antes también en los EE.UU.

La normativa estableció un límite de emisión de aproximadamente 8.500.000 de toneladas anuales de SO<sub>2</sub> para las centrales de energía eléctrica de todo el país.

Para facilitar un cumplimiento gradual de sus exigencias, el programa se estructuró en dos etapas: la primera (1995 – 1999), que afectaba a determinadas eléctricas; y la segunda (2000-2010), que se ampliaba a todas las centrales.

El programa facultaba a las empresas a comprar y vender los permisos de emisión de SO<sub>2</sub> que les faltasen o les sobrasen a la hora de justificar sus emisiones anuales.

La asignación de estos permisos fue gratuita, utilizando como criterio el promedio térmico de emisiones de SO<sub>2</sub> durante los años 1985 – 1987. Alrededor de un 2,8% fue retenido para garantizar liquidez en el mercado y para el caso de nuevos entrantes.

El objetivo principal del proyecto era incentivar el ahorro de permisos de emisión y con ello reducir los daños al ecosistema, y en cierta medida se logró.

---

Greenhouse Gases, Pew Center on Global Climate Change”, USA, 2003, p. 12; y KERR, S. y NEWELL, R., “Policy-induced technology adoption: Evidence from the U.S. Lead Phasedown”, *Journal of Industrial Economics*, núm. 3, 2003, p. 317/343, citados en ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F.: “El precio del aire. Aspectos jurídicos del mercado de derechos de emisión”, Ed. El Fisco, Barcelona, 2005.



De igual manera que en la experiencia anterior, los resultados del programa fueron muy satisfactorios. Al tiempo de su implantación, se demostró que las empresas no habían hecho uso de todos los permisos concedidos, lo cual supuso una considerable reducción en los costos para contener las emisiones de azufre y, lo que era más importante, se permitió alcanzar enormes ventajas ambientales<sup>632</sup>.

## **2.2. Normativa**

A continuación enumeraremos la normativa más importante que rige el mercado de DDEE derivado de la implantación del PK. Para mayor profundidad del tema remitimos al lector a los Capítulos I y II del presente trabajo.

### **a) En el ámbito internacional**

- PK, en especial su artículo 17; y
- las decisiones y resoluciones de la CP de la CMNUCC y la CP del PK, adoptadas con el objeto de implementar las provisiones establecidas en la CMNUCC y en el PK<sup>633</sup>.

### **b) En el ámbito de la Unión Europea**

- Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero en la UE<sup>634</sup>;

---

<sup>632</sup> Consultar McLEAN, B., "The US SO2 allowance program", *Global Greenhouse Emissions*, Irader, 1997, April, N° 1, p. 3/6; y 1997, September, N° 2, p. 3/4; CAMERON, P. D. y ZILLMAN, D., "Kyoto: from Principles to Practice", Ed. Klumer Law International, 2001, p. 216; y GILLESPIE, A., *op. cit.*, p. 311 y ss

<sup>633</sup> *Vid.* Artículos 7, 17.5 y 18 de la CMNUCC y artículos 13 y 17 del PK.

<sup>634</sup> Fue tramitada por el procedimiento de co-decisión, a partir de la Propuesta COM (2001) 581, de 23 de octubre, adoptada en segunda lectura el 2 de julio de 2003 y aceptada el 22 de julio por el Consejo. La posición común, adoptada unánimemente

- Directiva 2004/101/CE, de 27 de octubre, que vincula los créditos obtenidos a través de los mecanismos de proyecto del Protocolo de Kioto con el régimen del mercado comunitario de DDEE<sup>635</sup>;

- Reglamento (CE) 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros<sup>636</sup>;

- Decisión 2004/156/CE, de la Comisión, de 29 de enero, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>637</sup>;

- Decisión 2004/280/CE, de 11 de febrero, relativa a un mecanismo de seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y de la aplicación del Protocolo de Kioto<sup>638</sup>;

- Decisión 2005/166/CE, de la Comisión, de 10 de febrero de 2005, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Decisión 2004/280/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un mecanismo para el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y para la aplicación del Protocolo de Kioto<sup>639</sup>;

---

por el Consejo, es de 9 de diciembre de 2002 (DOUE L 275, de 25 de octubre de 2003).

<sup>635</sup> DOUE 338, de 13 de noviembre de 2004.

<sup>636</sup> DOUE L 386, de 29 de diciembre de 2004.

<sup>637</sup> DOUE L N° 59, de 26 de febrero de 2004. Quedó derogada el 1 de enero de 2008, según dispone el artículo 2 de la Decisión 2007/589, de 18 de julio.

<sup>638</sup> DOUE L N° 49, de 19 de febrero. Sustituye la Decisión del Consejo 93/389/CE, de 24 de junio de, relativa al establecimiento de mecanismos de supervisión de las emisiones de CO<sub>2</sub> y de otros gases de efecto invernadero.

<sup>639</sup> DOUE L N° 55, de 1 de marzo de 2005.

- Decisión 2005/381/CE, de 4 de mayo, por la que se crea un cuestionario para informar sobre la ampliación de Directiva 2003/87/CE<sup>640</sup>;

- Decisiones adoptadas por la Comisión el 15 de de septiembre de 2005, con arreglo al artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE<sup>641</sup>;

- Reglamento (CE) 166/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, relativo al establecimiento de un registro europeo de emisiones y transferencias de contaminantes y por el que se modifican las Directivas 91/689/CEE y 96/61/CE del Consejo<sup>642</sup>;

- Decisión de la Comisión 2006/944/CE, de 14 de diciembre de 2006, por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kioto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE del Consejo [notificada con el número C (2006) 6468<sup>643</sup>;

- Decisión 2006/780/CE, de 13 de noviembre, por la que se establece la forma de evitar el doble cómputo de las reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión en relación con actividades de proyectos derivados del Protocolo de Kyoto de conformidad con la Directiva 2003/87/CE<sup>644</sup>;

- Decisión 2007/589, de 18 de julio, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de

---

<sup>640</sup> DOUE L N° 126, de 19 de mayo de 2005.

<sup>641</sup> DOUE L N° 226, de 15 de septiembre de 2005.

<sup>642</sup> DOUE L N° 33, de 4 de febrero de 2006.

<sup>643</sup> DOUE L 358/87, de 16 de diciembre de 2006.

<sup>644</sup> DOUE L N° 316, de 16 de noviembre de 2006.

gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE<sup>645</sup>;

- Reglamento (CE) 916/2007, de 31 de julio, de la Comisión, por el que se modifica el Reglamento (CE) 2216/2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>646</sup>.

### **c) En el ámbito español**

- Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>647</sup>;

- Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007<sup>648</sup>;

- Decreto 60/2005, de 21 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007<sup>649</sup>;

- 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<sup>650</sup>;

---

<sup>645</sup> DOUE L N° 229, de 31 de agosto de 2007. Deroga la Decisión 2004/156/CE, de la Comisión, de 29 de enero, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>646</sup> DOUE L N° 200, de 1 de Agosto de 2007. Modifica el Reglamento (CE) 2216/2004.

<sup>647</sup> BOE N° 208, de 28 de agosto de 2004.

<sup>648</sup> BOE N° 216, de 7 de septiembre de 2004.

<sup>649</sup> BOE N° 19, de 22 de enero de 2005.

<sup>650</sup> BOE N° 59, de 10 de marzo de 2005.

- Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública<sup>651</sup>;

- Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión<sup>652</sup>;

- Resolución de 21 de octubre de 2005, de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y del Cambio Climático, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de noviembre de 2004, por el que se encomienda la llevanza del Registro Nacional de derechos de Emisión a la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A.<sup>653</sup>;

- Real Decreto 777/2006, de 23 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007<sup>654</sup>;

- Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008 – 2012<sup>655</sup>;

- Orden Pre/3420/2007, de 14 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de

---

<sup>651</sup> BOE N° 62, de 14 de marzo de 2005.

<sup>652</sup> BOE N° 253, de 22 de octubre de 2005.

<sup>653</sup> BOE N° 267, de 8 de noviembre de 2005.

<sup>654</sup> BOE N° 150, de 24 de junio de 2006.

<sup>655</sup> BOE N° 282, de 25 de noviembre de 2006.

Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012<sup>656</sup>.

### **2.3. Caracterización del mercado de derechos de emisión**

Tal y como hemos visto, el mercado de DDEE constituye un MEPA permisivo de tendencia mixta, ya que para cumplir con sus objetivos se vale tanto de medidas ambientales positivas (incentivadoras) como negativas (desalentadoras).

En la actualidad existen tres grandes variantes del mercado de DDEE:

- los mercados de reducción de emisiones;
- los mercados de media; y
- los mercados de límite y emisión.

Su denominador común es la transmisibilidad de los títulos, aunque también tienen sus características propias que merecen ser señaladas<sup>657</sup>.

#### **2.3.a) Mercados de reducción de emisiones<sup>658</sup>**

Mediante un proceso administrativo se crean títulos representativos de emisiones reducidas, las cuales se adjudican a las instalaciones que acrediten niveles de polución por debajo del límite legal. El sistema se completa permitiendo que, a cambio de un precio, esos certificados de reducciones sean transmitidos a las empresas que no hayan respetado los límites legales.

---

<sup>656</sup> BOE N° 284, de 27 de noviembre de 2007.

<sup>657</sup> El desarrollo sigue los lineamientos expuestos en FREESTONE, D. Y HEY, E., *op. cit.*, p. 405/406; y ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F.: "El precio del...", *op. cit.*, p. 107/109.

<sup>658</sup> En inglés: *baseline-and-credit*.

A grandes rasgos, el proceso se desarrollaría de la siguiente manera: sobre la base de una línea de referencia de emisiones futuras una entidad lleva a cabo acciones de reducción de emisiones, documentando las cantidades disminuidas. Una vez que la autoridad competente aprueba la línea base y verifica la reducción alcanzada, la instalación recibe, acto administrativo de por medio, títulos equivalentes a éstas.

Mediante esta modalidad, las emisiones totales pueden aumentar en la medida en que se incremente el número de empresas entrantes en el mercado o la producción misma, de manera que no existe un límite absoluto de emisiones. Los niveles de reducción se fijan individualmente por empresa contaminante.

La mayor crítica que se le efectúa a este sistema es de tipo ecológico ya que está marcada justamente por la ausencia de un límite cuantitativo total de emisiones.

### **2.3.b) Mercados de media<sup>659</sup>**

Esta variante se basa en la compensación de emisiones entre las instalaciones cuya contaminación se quiere controlar. El objetivo es que el promedio de emisiones de un período determinado sea de un nivel previamente establecido. Es por ello que su nombre original hace alusión a un promedio de emisiones.

Es un sistema prácticamente idéntico al anterior. La diferencia es más bien de tipo procedimental, ya que mientras en los primeros los títulos se certifican a través de un procedimiento administrativo, en los mercados de media la certificación es automática.

---

<sup>659</sup> En inglés: *averaging*.

### **2.3.c) Mercados de límite y emisión<sup>660</sup>**

Como primera medida se fija el límite total de emisiones tolerables (*cap*) para un período de tiempo determinado, el cual no puede ser superado en ningún caso.

A partir de este límite se determina el número de títulos que representan la cantidad de contaminación permitida. Normalmente cada título, denominado “derecho de emisión”, equivale a la posibilidad de liberar a la atmósfera una unidad del gas cuya emisión se pretende reducir.

El paso siguiente consiste en distribuir estos títulos entre las fuentes existentes, reservándose un pequeño porcentaje para potenciales contaminadores. Las instalaciones deben respetar inexorablemente la cantidad de emisiones asignadas, bajo pena de importantes sanciones.

En caso de que las emisiones estén por debajo del límite fijado la empresa podrá, o bien utilizar ese excedente para el año siguiente (salvo que se esté en el último período de compromiso), o bien sacar a la venta los títulos representativos de esa disminución.

Por el contrario, aquellas que liberen más gases del que tienen permitido deberán, o bien adquirir del mercado de DDEE la cantidad de títulos que represente ese exceso de emisiones, o bien afrontar las sanciones que se establezcan para los incumplidores.

Esta modalidad de mercado es la que se utiliza en el comercio de DDEE de GEIs. De allí que en inglés este mercado se denomine literalmente “tope-y-comercio”.

---

<sup>660</sup> En inglés: *cap-and-trade*



De la misma manera que en los mercados de media, y a diferencia de los mercados de reducción, los títulos no precisan ser certificados para nacer, ya que la asignación inicial es la adquisición originaria. Pero contrariamente a aquéllos, en los mercados *cap-and-trade* se limita el número total de emisiones<sup>661</sup>.

Como hemos adelantado, el mercado de DDEE regulado por el PK (ámbito internacional) y por la Directiva SECE (ámbito europeo) sigue la estructura de mercado de límite y emisión. Su implantación tuvo como objetivo facilitar el cumplimiento de los compromisos ecológicos asumidos por los Estados Partes en la CMNUCC. De ahí que esté encuadrado dentro de los denominados “Mecanismos de flexibilidad”.

Repasemos el razonamiento que sustenta estos mecanismos: habiéndose comprobado científicamente que los efectos del cambio climático se producen globalmente, sin importar el lugar donde se liberen los GEI, desde la óptica ambiental es irrelevante el lugar donde se reducen las emisiones de dichos gases. La atmósfera se verá igualmente favorecida si la contaminación se reduce en Europa, en Oceanía o en cualquier otra zona del planeta. Pero no ocurre lo mismo desde el punto de vista económico, ya que a las industrias les será mucho más rentable reducir las emisiones allí donde sea menos oneroso.

En definitiva, se trata de un esquema que procura alcanzar el mayor grado de protección ambiental con la máxima reducción de costos posibles.

---

<sup>661</sup> Lozano Cutanda pone de relieve que en el Libro Verde de la Comisión se reconoce que “este comercio no perjudica el objetivo medioambiental, ya que la cantidad global de las cuotas es fija. En cambio, si permite alcanzar el objetivo global de forma más económica y fomenta la inversión en tecnologías respetuosas con el medio ambiente” (LOZANO CUTANDA, B., “Derecho ambiental administrativo”, *op. cit.*, p. 444).

## 2.4. El objeto de este mercado

Estamos ante una de las cuestiones doctrinales más debatidas y espinosas que existen sobre los DDEE, es por ello que son pocos los autores que se embarcan en el tratamiento de esta ardua tarea.

El *quid* de la cuestión pasa por la posibilidad de constituir un mercado en torno a la contaminación atmosférica, ya que inicialmente se podría pensar que permitiéndose la agresión de la atmósfera se está disponiendo de ella. Este planteo nos conduce a la intrincada discusión sobre la naturaleza jurídica de la atmósfera y, por consiguiente, de este particular mercado.

Algunos sostienen que el espacio atmosférico es una *res communis omnium*<sup>662</sup>; otros afirman que, al igual que el demanio aéreo, estamos ante un bien demanial de uso público por naturaleza<sup>663</sup>; e incluso hay quienes se alejan de la idea de recursos comunes a todos los hombres para llevarlos al plano privado<sup>664</sup>.

Más acorde con la primera postura, por nuestra parte creemos oportuno señalar dos breves consideraciones.

En primer lugar, no se trata de que los Estados se apropien de la atmósfera para luego conceder permisos de uso sobre ella. Sino que

---

<sup>662</sup> ROUSSEAU, S., "Changement climatique et Droit Commutautaire. Étude sur la régulation juridique des émissions de gaz à effet de serre par des mesures internes", *Faculté de Droit et des Sciences Juridiques, Université de Nantes*, 2001, p. 286; ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F., "La posible calificación de la unidad de carbono: qué son y qué pueden llegar a ser en *Derecho Español*", *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, N° 44-45 (2002), p. 29; SALA ARQUER, J.M., "¿Derecho a contaminar?", *La Razón*, 21 de julio de 2004, p. 50; entre otros.

<sup>663</sup> FUENTES BODELÓN, F., "Derecho Administrativo de los bienes (Dominio Público y Patrimonio)", *Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid*, 1977, p. 53; GARRIDO FALLA, F., "Tratado de Derecho Administrativo", T. III, 11ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 509; entre otros.

<sup>664</sup> CARBAJO VASCO, D., "Algunas notas sobre la tributación del comercio de derechos de emisión", en *Noticias de la Unión Europea*, N° 258, Año XXII, julio 2006, p. 97.

al ser un bien del cual todos tenemos derecho a gozar<sup>665</sup>, se intenta controlar la actividad de aquellos que lo pueden deteriorar para que todos sigamos disfrutando del mismo sin mayores complicaciones ecológicas.

En segundo lugar, a través de este mercado no se transmite la propiedad de la atmósfera<sup>666</sup>, sino tan sólo una serie de derechos que permiten contaminarla de una manera controlada y limitada<sup>667</sup>.

No existe ningún inconveniente jurídico en admitir la transferencia de derechos de uso, sabiendo que se trata de usos no privativos, en el sentido que no limitan los usos comunes o generales de la atmósfera<sup>668</sup>.

No obstante, atento a que el tema de investigación se centra fundamentalmente en la fiscalidad de los DDEE, no tiene mayor sentido detenernos en el análisis de esta compleja y laberíntica cuestión. Ello nos lleva irremediabilmente a una vía sin retorno. De manera que “no tiene solución pensar sobre los problemas de contaminación en términos de la titularidad de la atmósfera ya que nos plantea más cuestiones de la que resuelve”<sup>669</sup>.

Por su parte, Sanz Rubiales, ostentando una practicidad envidiable, entiende que “a la hora de la verdad, importa muy poco

---

<sup>665</sup> LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., "La armonización del registro contable de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero: dificultades para el consenso", en Alta Dirección, N° 259/260, 2008, p.171.

<sup>666</sup> SANZ RUBIALES, I., "El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España", 1ª Ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 310.

<sup>667</sup> De esta manera nos alejamos de la postura de Domingo Carbajo Vasco. Para este autor el aire puro, entre otros elementos ambientales, se ha sometido el régimen de propiedad privada. Su postura se enrola en el pensamiento coasiano, a partir del cual se explica que estos derechos convierten un bien común o libre en un derecho de propiedad, tal como sucede con las cuotas de pesca de la Política Pesquera Comunitaria (CARBAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 97 y 101).

<sup>668</sup> SANZ RUBIALES, I., "El mercado de...", *op. cit.*, p. 312/313.

<sup>669</sup> ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F.: "El precio del...", *op. cit.*, p. 183.

que la atmósfera no haya sido declarada dominio público, porque el título demanial no es atributivo de competencias; lo verdaderamente trascendente es que (...) el poder público está habilitado para imponer limitaciones a las emisiones atmosféricas y para otorgar cuotas de emisión en exclusiva, en uso de las potestades de policía”<sup>670</sup>.

En conclusión, lo que interesa destacar es que estos mercados consisten en la compra y venta de títulos que, tal y como veremos, permiten emitir gases contaminantes a la atmósfera, de manera que la propiedad de ésta en nada se ve afectada. La cuestión pasa más bien por el uso que se hace de la capa de ozono que por su propiedad, el cual justamente se está restringiendo y controlando mediante la emisión de estos DDEE.

## **2.5. Funcionamiento**

El activo subyacente de este mercado son los DDEE de CO<sub>2</sub>, los cuales ya vimos que pueden originarse en el PNA de cualquier estado comunitario, en un tercer país que sea parte del PK y tenga restricciones o a través del MDL o el mecanismo de AC del PK. La transferencia de permisos de emisión generada a partir de estas alternativas constituye lo que sería el mercado primario de los DDEE.

Una vez que los derechos se han originado por cualquiera de estas posibles vías están listos para ser negociados en el mercado secundario<sup>671</sup>. Las transacciones podrán realizarse entre personas físicas y jurídicas, sean o no comunitarias. Pero un requisito

---

<sup>670</sup> BARCELONA LLOP, J., “Consideraciones sobre el dominio público natural”, RArAP, N° 13 (1998), p. 122; y SANZ RUBIALES, I., “Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, CIVITAS – Revista Española de Derecho Administrativo, 2005-I. Para arribar a esta conclusión se basa en ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F., “La posible calificación...”, *op. cit.*, p. 29.

<sup>671</sup> A excepción de aquellos que fueron asignados para casos de fuerza mayor (Disposición Adicional Primera de la Ley Real Decreto 1264/2005).

ineludible para poder participar en este mercado es tener abierta una cuenta de haberes en un registro especial, que en España será el RENADE.

Las transacciones se ejecutarán a instancia exclusiva del titular de la cuenta donde se encuentren anotados los derechos afectados. El consentimiento del titular de la cuenta destinataria es indiferente para estas operaciones, salvo que se detecte alguna irregularidad o discrepancia<sup>672</sup>.

La eficacia del traspaso comienza desde que se efectúa la correspondiente anotación registral, ya que la inscripción en el RENADE tiene efectos constitutivos.

Así como la intervención estatal es muy acentuada en la gestión del DDEE, pasa exactamente lo contrario en el mercado de DDEE, donde la intervención es prácticamente nula. El derecho se comercia con una interferencia pública mínima.

En virtud de estas características cabría preguntarse si pueden aplicarse la normativa bursátil. Pero como la causa de la emisión del título es la protección del valor ambiental, su comercialización queda, en principio, fuera de la regulación aplicada a los mercados de valores<sup>673</sup>, aunque las reglas rectoras se parecen bastante<sup>674</sup>.

Según el nivel de masificación, los mercados secundarios en general pueden ser directos (OTC<sup>675</sup>) u organizados. Los mercados

---

<sup>672</sup> No obstante, en los casos de transmisión de DDEE en los que la cuenta de origen o la de destino estén abiertas en otro registro de derechos, la inscripción de la transmisión deberá contar con el consentimiento del registro receptor de los derechos y la conformidad del administrador del DITC.

<sup>673</sup> Decimos “en principio”, ya que sí se aplicará en las operaciones de derivados.

<sup>674</sup> ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F., "El precio del...", *op. cit.*, p. 213/214.

<sup>675</sup> Son siglas en inglés que significan: *Over The Counter*, que en castellano literalmente quiere decir “sobre el mostrador”.

organizados no son más que una evolución del mercado directo producida por la cantidad y complejidad de transacciones.

Inicialmente la contratación era directa y bilateral, con contratos muy extensos y elaborados. Pero con el paso del tiempo y la proliferación de estos mercados, tienen cada vez más relevancia los agentes intervinientes, generando así una estandarización de los contratos. Esto fue dando paso a los *brokers* que intentan acercar a los oferentes y demandantes, incrementando así la liquidez del activo subyacente.

Esta evolución de los mercados secundarios no es ajena a los DDEE, ya que su intercambio se vale de las más variadas combinaciones. Entre ellas, destacamos las siguientes:

- operaciones *spot* o de contado: la que la comercialización de DDEE se produce, como indica su nombre, al contado, es decir con entrega y pago inmediato. La negociación y la compensación son simultáneas.
- operaciones *forward* o a largo plazo: la entrega y el pago de los derechos se produce en una fecha futura determinada.
- derivados: son instrumentos que se negocian tomando como referencia el valor de un subyacente, en este caso el CO<sub>2</sub>. Estos instrumentos se negocian en los mercados de futuros y opciones, donde la entrega de los derechos se reduce considerablemente, cerrándose la posición con la contraria, según se ya entrado como comprador o como vendedor.
- operaciones de estructurado: consisten en un contrato mercantil de compraventa de DDEE que posibilita varias entregas en distintos plazos, con sus correspondientes condiciones de pago.

Por su parte, en la compra de estos derechos encontramos diferentes formas de negociación:

- la forma directa o mercado OTC: los derechos se compran directamente al vendedor. Si no se trata de una operación *spot* requiere la confección de un contrato.

Esta modalidad posee, a su vez, dos variantes: transacciones sin intermediarios o a través de operaciones OTC mediadas por *brokers*.

- a través de las llamadas “bolsas de derechos de emisión”: Consisten en un mercado donde se cotizan y comercializan estos derechos<sup>676</sup>. La bolsa actúa como contraparte de cada transacción y cada contratante es un miembro adherido a ella que debe cumplir con las condiciones de adhesión prefijadas. Se trata de meros intermediarios.
- mediante la adquisición de participaciones en fondos de inversión de DDEE. Entre los más importantes tenemos el fondo FC2E, con mayor riesgo y a medio plazo; y el fondo de carbono público del Gobierno y el Bando Mundial, con un riesgo moderado y a largo plazo.

---

<sup>676</sup> Entre las bolsas de DDEE más importantes del mundo encontramos las siguientes: Bluenext (Francia); Chicago Climate Exchange (EEUU); Chicago Climate Futures Exchange (EEUU); Climex (Holanda); Energy Exchange Austria (Austria); Envex (Australia); European Climate Exchange (Londres); European Energy Exchange (Alemania); Montreal Climate Exchange (Canadá); Nord Pool (Escandinavia); Powernext (Francia); Sendeco (España) Tianjin Climate Exchange (China).

## **2.6. El principio contaminador-pagador y el mercado de derechos de emisión<sup>677</sup>**

El principio contaminador-pagador es la directriz que orienta a muchos de los instrumentos de protección ecológica, normalmente los de carácter restrictivo. En virtud de su acentuada influencia dentro de los MEPAs habrá que determinar si el mercado de permisos de emisión, como mecanismo permisivo, responde al mencionado principio.

Este interrogante no se puede resolver sin antes precisar cuál es el fundamento y alcance del principio que nos ocupa, ya que si no entendemos hasta donde llega su extensión nunca podremos determinar si una situación debe o no ajustarse a su contenido. Tampoco podemos ignorar que estamos ante un tema sumamente espinoso, al punto tal que aún la doctrina no ha logrado unificar sus criterios<sup>678</sup>.

El principio que sostiene que quien contamina paga tuvo su primer reconocimiento internacional en el año 1972 cuando fue consagrado por la OCDE<sup>679</sup>. Desde que aquel organismo lo ratificó, al poco tiempo<sup>680</sup> se convirtió en uno de los estandartes del Derecho

---

<sup>677</sup> Para un tratamiento más profundo de este principio consultar CAMPIGLIO, L. y Otros, "The Environment alter Río. International Law and Economics", Graham & Trotman/Martines Nijhoff, 1994, p. 131 a 144; HUNTER, D. y Otros, "International Environmental Law and Policy", 2º Ed., New York, New York Foundation Press, 2002, p. 412 y ss.; LARSON, M. L., "The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation", Kluwer Law International, Stockholm, 1999, p. 90/94; y ARBOUR, J. M. y LAVALLÉE, S., "Droit international de l'environnement", Ed. Éditions Yvon Blais, Québec, 2006, p. 80/85.

<sup>678</sup> Vid. LÁZARO CALVO, T., *op. cit.*, p. 412/415.

<sup>679</sup> En la Recomendación del Consejo, de 26 de mayo de 1972 [C (72) 128], se estableció que el contaminador debería asumir los gastos que comportan las medidas de prevención y de lucha contra la contaminación adoptadas por los poderes públicos para que el medio ambiente se mantenga en un estado aceptable.

<sup>680</sup> La Recomendación del Consejo, 14 de noviembre de 1974[C (74) 223], con una línea muy similar a su antecesora, sostiene que el contaminador debería soportar los gastos de llevar a cabo las medidas para asegurar que el medio ambiente está



ambiental, especialmente en la esfera de la responsabilidad<sup>681</sup>. Más allá de esto, su consagración planetaria se plasmó en el Principio 16 de la Declaración de Río, en el cual se expresa lo siguiente:

“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, tendido en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”<sup>682</sup>

En una primera aproximación, este criterio hace referencia a la reparación de los daños ocasionados. Pero va más allá de esto, ya que implica la integración de los costos ambientales y económicos de los procesos productivos, a efectos que sean asumidos los costos de la generación, prevención y control de la contaminación.

De esta manera, el principio se estructura bajo una vertiente económica, por un lado, en la que el agente contaminador asume los costos de dicha contaminación y sus consecuencias<sup>683</sup>; y a través de

---

en un estado aceptable. En el año 1989 se aplicó también a la contaminación accidental [C (89) 88 fin.

<sup>681</sup> Asimismo, podemos mencionar el Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo (1976); el Acuerdo de Kuala Lumpur sobre Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (1985); el Convenio de Salzburgo sobre la Protección de los Alpes (1991); el Convenio de Helsinki sobre la Protección y Aprovechamiento de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1992); la Convención de Helsinki sobre los Efectos de los Accidentes Industriales Transfronterizos (1992); la Convención de París para la Protección del Ambiente Marino del Noreste Atlántico (1992); la Convención de Helsinki para la Protección del Ambiente Marino del Área Báltica (1992). La Comunidad Europea lo adoptó como principio básico en su política ambiental a través de la Recomendación del Consejo 75/436, de 3 de marzo, con lo que se inició la tendencia hacia su juridificación.

<sup>682</sup> Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992).

<sup>683</sup> *Vid.* GINER INCHAUSTI, B., "La contabilidad de los derechos de emisión: una perspectiva internacional", en Revista Española de Financiación y contabilidad, Vol. XXXVI, N° 133, enero - marzo 2007, p. 178; FUSTER, R., "Fiscalidad de os

la racionalidad jurídica, por el otro, como una noción de justicia ambiental, tanto en su faceta retributiva, distributiva como correctiva<sup>684</sup>.

Para esclarecer el fundamento y alcance del principio es imprescindible determinar cuáles son los costos que debe asumir el contaminador. La mencionada Recomendación de la OCDE de 1972 establece que:

“El contaminador debe soportar los costes de llevar a cabo las medidas decididas por los poderes públicos para alcanzar un estado aceptable del medio ambiente. En otras palabras, el coste de dichas medidas debería reflejarse en el coste de los bienes y servicios que causen la polución a través de su producción y/o consumo...”<sup>685</sup>.

El tenor literal de este documento demuestra que la finalidad del mecanismo consiste en solventar las medidas públicas tendientes a mantener un nivel tolerable de contaminación. Para ello, obliga a los transgresores a responder por todos los costos económicos que el Estado debe afrontar para volver al estándar aceptable de contaminación ambiental. De esta manera, hemos logrado delimitar perfectamente el campo de acción del principio.

Rosembuj aclara que el criterio de quien contamina paga no se aplica siempre y a todas las externalidades, sino que está sujeto al costo de las disposiciones necesarias para conservar los niveles de

---

derechos de emisión de CO<sub>2</sub>”, en Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural (Ejemplar dedicado a: Tributación ambiental en España), N° 12, 2007, p. 50.

<sup>684</sup> Alder y Wilkinson, citados en DOMÍNGUEZ SERRANO, J., “La prevención y control integrado de la contaminación”, Ed. Montecorvo, Madrid, 2003, p. 113. Algunos autores no comparten esta función redistributiva que menciona Domínguez Serrano (ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F.: “El precio del...”, *op. cit.*, p. 58; y DÍEZ PICAZO, L., “Responsabilidad civil ambiental”, en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa”, Madrid, 2003, p. 157).

<sup>685</sup> En la Recomendación del Consejo, de 26 de mayo de 1972 [C (72) 128].

contaminación adecuados. Esto implica que existe un grado de contaminación que es socialmente admitido y cuyo costo no recae exclusivamente sobre el contaminador, ya que se encuentra fuera del ámbito de actuación del principio<sup>686</sup>.

De manera que el criterio contaminador-pagador se aplicará sobre aquellas conductas que directa o indirectamente contribuyan a sobrepasar los niveles tolerables de agresión ambiental<sup>687</sup>.

Veámoslo de la siguiente manera. Hoy en día no existe prácticamente ningún grado de desarrollo económico que esté exento de contaminación. De hecho, es muy difícil encontrar una actividad humana que no altere o menoscabe en algún sentido nuestro entorno medioambiental<sup>688</sup>. En mayor o en menor medida, todos generamos contaminación o, por lo menos, nos vemos beneficiados a costa de ella, que sería lo mismo. Con lo cual, es injusto que sólo paguen aquellos que generan elevados niveles de contaminación cuando, directa o indirectamente, todos sacamos algún provecho (racionalidad jurídica).

Es por ello que, en base al principio de desarrollo sostenible, se intenta mantener un nivel de agresión ambiental que permita

---

<sup>686</sup> ROSEMBUJ, T., "Elementos de Derecho...", *op. cit.*, p. 82.

<sup>687</sup> López Gordo y López Gordo hacen notar "...que la restricción de la oferta ejercida mediante el volumen y/o precio de los derechos equivale al óptimo ambiental perseguido." (LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., "El protocolo de Kioto y la contabilidad de los derechos de emisión" en *Técnica Contable*, Año LVI, N° 670, diciembre 2004, p. 6).

<sup>688</sup> Junceda sostiene que las actividades económicas en muchas ocasiones resultan sumamente agresivas para el medio ambiente, y que "esa tensión entre el medio ambiente y el desarrollo... debe sin duda de reconducirse hacia sosegados parámetros de racionalidad..." (JUNCEDA, J., *op. cit.*, p. 19).

satisfacer, en igual medida, las necesidades de las generaciones actuales y futuras<sup>689</sup>.

Esto no significa que nadie deba contribuir a la reparación del ambiente cuando estamos por debajo de los estándares aceptables sino que ante esas situaciones es toda la colectividad, en más o en menos, la que debe contribuir económicamente a preservar el medio natural, siendo los tributos el mecanismo natural por excelencia.

Recordemos que el mercado de DDEE de CO<sub>2</sub> es un mercado *cap-and-trade* en el cual se fija la cantidad máxima de toneladas de CO<sub>2</sub> que las industrias pueden liberar a la atmósfera. Esta cuantía bajo ningún concepto puede ser superada y que podríamos llamar “línea de tolerabilidad ecológica”. Llegado este caso se aplican abultadas sanciones económicas que hoy en día llegan hasta los 100 €/Tn.

De manera que mediante este comercio se autoriza la liberación gases contaminantes pero de manera controlada. Cada año, antes del 30 de abril, se controla que las instalaciones habilitadas hayan emitido la misma cantidad de CO<sub>2</sub> como DDEE posean en su cuenta, ya sean originarios o adquiridos. Toda aquella contaminación que se encuentra por debajo de la línea de tolerabilidad está fuera del ámbito de aplicación del principio. Nos encontramos dentro de la zona de tolerancia y, por lo tanto, los costos de esta contaminación no son afrontados exclusivamente por quienes la generan sino también por aquellos que directa o indirectamente se benefician de ella. Es decir, por toda la sociedad<sup>690</sup>.

---

<sup>689</sup> “Nótese que la restricción de la oferta ejercida mediante el volumen o/y el precio de los derechos equivale al óptimo ambiental perseguido” (LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., “El protocolo de...”, *op. cit.*, p. 6).

<sup>690</sup> El 10% de DDEE que los Estados pueden asignar onerosamente (a partir de 2008) debe considerarse tan sólo como una contribución económica especial que,

Esto en nada obsta a que en un futuro no muy lejano la totalidad de los DDEE se distribuyan mediante subastas. El principio contaminador-pagador entra en juego cuando se liberan más gases de los permitidos para cada período<sup>691</sup>, o sea cuando haya empresas que, al momento de justificar sus emisiones, no tengan los DDEE suficientes. En estos casos se incurre en un ilícito sancionable con elevadas multas. Quien ha contaminado por encima de lo permitido es el único y exclusivo pagador.

Hay autores que opinan que el criterio contaminador-pagador no se aplica al mercado de DDEE ya que dichos derechos se asignan en su mayoría gratuitamente (actualmente el 90%), y esto otorgaría un reconocimiento al derecho a contaminar sin tener que afrontar los costos de dicha contaminación<sup>692</sup>.

La confusión parte de una errónea interpretación del alcance del principio, ya que como dijimos no se aplica necesariamente a todas las externalidades sino a aquéllas necesarias para mantener un nivel tolerable de agresión ambiental<sup>693</sup>.

Una vez dilucidada la extensión y fundamento del principio que sostiene que quien contamina paga, podemos concluir que el comercio de permisos negociables, tal y como está regulado hoy en día, se ajusta perfectamente a su contenido.

---

junto al resto de la sociedad (aunque con otro tipo de medidas), realizan las instalaciones para mitigar los efectos de la “contaminación tolerable”.

<sup>691</sup> Recordemos que cada período (de ahora en más de 5 años) tiene su propia línea de tolerabilidad, ya que se van reajustándolo a las necesidades del momento.

<sup>692</sup> GUTIÉRREZ FRANCO, Y., “El sistema europeo de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Análisis de la propuesta de Directiva europea de 23 de octubre de 2001”, NUE, N° 223 y 224, 2003, p. 71.

<sup>693</sup> En este misma línea SANZ RUBIALES, I., “Una aproximación al...”, *op. cit.*, p. 40.

## 2.7. Los derechos de emisión

### a) Concepto y naturaleza jurídica

Este punto nos lleva nuevamente, aunque de manera indirecta, a la cuestión de la naturaleza jurídica de la atmósfera y del mercado de DDEE.

Por un lado, encontramos una corriente ecologista que se opone a que los DDEE otorguen la facultad (aunque limitada) de contaminar<sup>694</sup>. Para este sector de pensamiento sostener esto sería moral y éticamente incorrecto. Pero mal que le pese, tal y como se encuentran actualmente regulados, eso es lo que son: derechos a contaminar. Así lo avala la doctrina mayoritaria<sup>695</sup> y las diferentes legislaciones (internacional, europea y española).

Para definir su concepto podríamos comenzar por su propia denominación legal: derechos de emisión<sup>696</sup>, la cual, en principio nos dice que existe una facultad de emitir. Se entiende que hablamos de gases contaminantes.

---

<sup>694</sup> Vid. Environmental Regulation (Law, Science and Policy), Ed. Advisory Board, USA, 1992, p. 153; The Corner House 1997: “*Climate and Equity After Kyoto*”, London; BELLIVEAU, M., “*Smoke Mirrors. Will Global Pollution Trading Save the Climate or Promote Injustice and Fraud*”, Transnational Resource & Action Center, San Francisco, 1998; ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F.: “El precio del...”, *op. cit.*, p. 192.

<sup>695</sup> Consultar VAQUERA GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 63; LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., “El protocolo de...”, *op. cit.*, p. 6; CARBAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 97 y 98; MORA RUÍZ, M., *op. cit.*, p. 164/165; entre otros autores locales. Ruter de Witt Wijnen define a los derechos de emisión como el derecho a emitir una cantidad específica de sustancia durante un período temporal determinado. Asimismo, desglosa la definición en cuatro elementos: el derecho a emitir; una sustancia específica; una cantidad; un período de tiempo determinado. FREESTONE, D. y STRECK, C., *op. cit.*, p. 403/404. Desde una perspectiva económica Giner Inchausti entiende que “...estos derechos no deben considerarse como permisos para producir emisiones, sino como medios de pago para cumplir con las obligaciones derivadas de la producción de emisiones.” (GINER INCHAUSTI, B., *op. cit.*, p. 177)

<sup>696</sup> Esta se encuentra en el artículo 17 del PK. En inglés: “*Emission rights*” (derechos de emisión) y en francés: “*droits d’émission*” (derechos de emisión).

Pero aunque la definición por sí misma ya nos otorgue cierta información de su contenido, atenernos a este único argumento es insuficiente. No sería la primera vez que una norma utilice una denominación desacertada o que no se condiga exactamente con su verdadero concepto.

En el apartado de definiciones la Directiva europea define al derecho de emisión como “el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado”<sup>697</sup>.

Con esa misma tónica, la legislación española entiende por derecho de emisión a aquel “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”<sup>698</sup>.

Como podemos observar las definiciones son prácticamente idénticas. Ambas se refieren a la facultad que tiene el poseedor de estos derechos para liberar gases contaminantes a la atmósfera. La única diferencia estriba en que la norma estatal le agrega la caracterización de “subjetivo”.

Sin ánimo de profundizar en una cuestión que se aleja del objeto de investigación<sup>699</sup>, realizaremos algunas aclaraciones mínimas que nos permitan entender mejor la definición española.

---

<sup>697</sup> Artículo 3, a) de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>698</sup> Artículo 2, a) de la Ley 1/2005. En igual sentido, la exposición de motivos (punto VI) y el artículo 20 de la misma ley.

<sup>699</sup> Como dicen Díez Picazo y Gullón, “la formulación del concepto de derecho subjetivo ha sido una de las tareas predilectas de la ciencia jurídica, y en ese campo los resultados no han sido unánimes.” DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., “Sistema de derecho civil”, 11ª Ed., Ed. Tecnos, Vol. I, Madrid, 2003, p. 416. Las teorías más trascendentes que se forjaron a lo largo de los años son: a) teoría de la voluntad (Savigny,Windscheid); b) teoría del interés (Ihering); c) teorías que niegan

Mientras que el derecho objetivo es el conjunto de normas destinadas a regular la conducta de los individuos en la sociedad, el derecho subjetivo se refiere a la facultad, al poder individual de ser titular y hacer valer determinado derecho<sup>700</sup>.

En este mismo sentido Albadalejo agrega que “el contenido del derecho subjetivo es el señorío que el poder concedido confiere al sujeto sobre el objeto”, el cual “se manifiesta en los diversos actos para que el titular resulta facultado: conjunto de facultades”<sup>701</sup>.

En este caso, el objeto del derecho no es ni más ni menos que la emisión a la atmósfera de CO<sub>2</sub>. Con lo cual, quien sea titular de un derecho de emisión está legalmente facultado a liberar una tonelada de CO<sub>2</sub>. En otras palabras, está autorizado a contaminar<sup>702</sup>.

---

el derecho subjetivo (Duguit). Sobre el derecho subjetivo también se puede consultar: BALLADORE-PALLIERE, “Diritto soggetivo e diritto reale”, en Jus, 1952, p. 1 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, “El concepto de derecho subjetivo”, en R.D.P., 1940, p. 121 y ss.; DABIN, “El derecho subjetivo”, Trad. Esp., Madrid, 1955; ALBADALEJO, M., “Derecho Civil”, 16° Ed., Tomo I, Madrid, 2004, p. 439 y ss.

<sup>700</sup> En esta línea se enrollan DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *op. cit.*, p. 413; ALBADALEJO, M., *op. cit.*, p. 440; entre otros. Asimismo, la STS de 22 de septiembre de 1959 (RJ 1959\3359) determina que el derecho subjetivo consiste en “un poder jurídico atribuido a una voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos”. Esta resolución seguía las construcciones doctrinales de la STS de 14 de febrero de 1944 (RJ 1944\293).

<sup>701</sup> ALBADALEJO, M., *op. cit.*, p. 442/443. También se definen como la realización del acto o serie de actos o actividades para los que faculta o autoriza el poder concedido al titular del derecho por el ordenamiento jurídico (DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., “Sistema de derecho...”, *op. cit.*, p. 428. Por su parte, Gete-Alonso, Ysàs Solanes y Solé Resina lo definen como “una legitimación (poder) para actuar autónomamente con relación a una cosa o a la conducta de otra persona para un fin (interés) determinado, limitado por la función social que debe cumplir en cada caso según la clase que sea” (GETE-ALONSO, M.C.; YSÀS SOLANES, M. y SOLÉ RESINA, J., “Nociones de derecho civil vigente en Cataluña”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 79).

<sup>702</sup> Por su parte, Esteve Pardo defiende una peculiar tesitura afirmando que “la configuración de derechos por unidades de peso no parece adecuarse en modo alguno a las categorías jurídicas sobre derechos subjetivos. Más que un derecho se ha buscado una unidad de intercambio en un sistema en el que dominan las consideraciones económicas y que tiene como motor móviles propios del mercado. La caracterización que se realiza de este derecho es (...) puramente convencional”<sup>702</sup>. Llamémosle como queramos, pero en definitiva, nadie puede



Atento a que la norma se refiere a un derecho subjetivo de carácter transmisible, queda claro que los DDEE se encuentran dentro del ámbito del derecho privado. De esta manera, se desvinculan completamente de su origen administrativo público, y cobran vida propia (se comportan como bienes muebles, susceptibles de apropiación y comercio)<sup>703</sup>.

Teniendo en claro que se trata de un derecho subjetivo, ahora toca determinar a qué clase pertenece. Existen muchas clasificaciones de los derechos subjetivos, pero por el contenido del poder se clasifica en derechos reales y derechos personales o de créditos.

El derecho real otorga un poder sobre una cosa. Su característica esencial consiste en que la existencia (tanto física como jurídica) y subsistencia del poder jurídico (derecho subjetivo), depende de la existencia y subsistencia de la cosa sobre la que recae el derecho.

Por su parte, el derecho personal o de crédito, otorga un poder sobre la conducta que debe realizar otra persona, la otra parte de la relación jurídica (deudor). A diferencia de los derechos reales, lo esencial aquí es la puesta en práctica de la conducta con independencia de la existencia y subsistencia de la cosa<sup>704</sup>.

Coincidimos con aquellos autores que consideran que los DDEE se acercan más a la categoría de derechos subjetivos reales, ya que es evidente que no estamos ante un derecho obligacional<sup>705</sup>. La cuota no

---

negar que la posesión de estos permisos conceden a su titular la posibilidad de contaminar el espacio aéreo.

<sup>703</sup> SANZ RUBIALES, I., "El mercado de...", *op. cit.*, p. 316.

<sup>704</sup> GETE-ALONSO, M.C., "La relación jurídica y el derecho subjetivo", en *Manual de Derecho Civil*, Ed. Marcial Pons, 3ª Ed., Madrid, 2001, p. 464.

<sup>705</sup> SHEAHAN, A.M., "Les réductions d'émissions de gaz à effet de serre: des biens ou du vent? », VV.AA., *Développements récents en droit d'environnement*, Ed. Yvon Blais, Québec, 2002, p. 108 y ss.

determina ni un acreedor ni un deudor, ni un crédito ni la correspondiente deuda.

De todas manera, si bien comparte muchas características de los derechos reales (la posibilidad de que el titular ejerza un cierto señorío sobre la parte cuantificada del bien común que es la atmósfera y su oponibilidad *erga omnes*), entendemos que más bien se trata de un derecho *sui generis* que no puede encorsetarse dentro de una de las categorías tradicionales del derecho privado<sup>706</sup>.

A partir de lo expuesto, también podemos afirmar que los DDEE son bienes muebles incorporales<sup>707</sup>. Son bienes porque son cosas susceptibles de apropiación. Son bienes muebles ya que son bienes susceptibles de apropiación, que no encajan en ninguna de las categorías de bienes inmuebles que fija el artículo 334 del CC<sup>708</sup>.

---

<sup>706</sup> SANZ RUBIALES, I., "El mercado de...", *op. cit.*, p. 326.

<sup>707</sup> LE BARS, B., "La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 du avril 2004", *La Semaine Juridique Édition Générale*, N° 28, 2004, p. 1269; SHEAHAN, A.M., "Les réductions d'émissions de gaz à effet de serre: des biens ou du vent?", *VV.AA., Développements récents en droit d'environnement*, Ed. Yvon Blais, Québec, 2002, p. 105; ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, "El precio del...", *ob. cit.*, p. 106 y 186.

<sup>708</sup> Artículo 335 CC. Por su parte, el art. 334 recoge como bienes inmuebles:

1º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2º Los árboles y plantas y los frutos pendientes mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

3º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4º Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5º Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

6º Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7º Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8º Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas.

Finalmente, se trata de bienes muebles incorporales porque, como sostiene Gayo<sup>709</sup>, no pueden ser percibidos por el sentido del tacto (de ahí su otro nombre de “intangibles”)<sup>710</sup>.

Dejando de lado su naturaleza jurídica, es necesario relacionar el contenido de los DDEE con los principios del Derecho internacional en materia medioambiental.

Como se ha comentado en varias oportunidades uno de los principios más trascendentes de los últimos tiempos es el del desarrollo sostenible. Es sabido es que dicho principio no pretende aniquilar la evolución económica de las naciones sino simplemente limitarla para que las generaciones venideras cuenten con las mismas posibilidades evolutivas que las actuales. Es lo que podríamos denominar solidaridad generacional. Por otra parte, seríamos ingenuos si negásemos que prácticamente toda actividad humana, por más inofensiva que parezca, genera directa o indirectamente un daño ambiental.

Partiendo de estos postulados podemos sostener que existen ciertos niveles de contaminación que resultan prácticamente

---

9º Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Por su parte, el art. 335 señala que “se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general, todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos”.

<sup>709</sup> Autor citado en GIL RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, p. 498.

<sup>710</sup> “Es opinión predominante que sigue el Código Civil el criterio romano de considerar cosas incorporales todos los derechos; excepto el de propiedad.” (SANTOS BRIZ, J.; SIERRA GILDE DE LA CUESTA, I.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y PAZ RUBIO, J.M., “Tratado de derecho civil. Teoría y práctica”, T. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, p. 641. En este sentido también se pronuncia GIL RODRÍGUEZ, J., “Los bienes patrimoniales”, en “Manual de Derecho Civil”, Ed. Marcial Pons, 3ª Ed., Madrid, 2001, p. 503.

inevitables. El objetivo es alcanzar una evolución perdurable en el tiempo.

Es justamente esto lo que se pretende con el mercado de DDEE ya que, en base de estudios y estadísticas, se fueron estipulando una serie de niveles de contaminación atmosférica tolerables para el medio ambiente, promoviendo al mismo tiempo una prosperidad económica sostenible.

Está claro que estos cálculos nunca van a ser perfectos, pero también es cierto que con el paso de los años el criterio y los niveles se irán acercando cada vez más a la realidad. No olvidemos que los niveles de emisión tolerable se van reconfigurando con asiduidad.

Al permitirse una contaminación restringida, lo que se hace es prohibir toda aquella que esté fuera de ese marco legal, y es allí donde hace hincapié la norma y adonde queremos llegar. Lo que se pretende es alcanzar un equilibrio entre el principio de protección ambiental y el de desarrollo sostenible. Paradójicamente, al reconocerse una facultad restringida para contaminar la atmósfera, en realidad se la está protegiendo de perjuicios mayores.

Por un lado, está en juego la protección del medioambiente y, por el otro, el desarrollo sostenible. Si defendemos cualquiera de ellos de manera absoluta, anulamos automáticamente el otro. Ya dijimos que es imposible evitar por completo la contaminación y que tampoco sería viable el desarrollo económico sin barreras. Con lo cual, la única opción es compatibilizar estos dos principios, según estudios objetivos, para que ambos adquieran virtualidad y puedan convivir.

## **b) Origen**

Los DDEE pueden originarse en:

- el PNA de España;
- un PNA de otro Estado miembro de la UE;
- un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del PK y la CMNUCC, siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional; y
- una RCEs o una UREs procedente de los mecanismos de desarrollo limpio o de aplicación conjunta que sea expedida de conformidad con la CMNUCC y el PK<sup>711</sup>.

## **c) Características**

Entre sus características más importantes se destacan dos:

### **La limitación temporal**

Esta limitación implica que los DDEE serán válidos únicamente para el período de vigencia de cada PNA<sup>712</sup>, impidiéndose su utilización para un período diferente<sup>713</sup>.

No obstante, se está proponiendo que estos derechos puedan ir más allá del período para el cual fueron expedidos<sup>714</sup>.

---

<sup>711</sup> En este último caso, siempre que las reducciones o unidades no hayan sido generadas por instalaciones nucleares; por actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra o silvicultura; y que, si se trata de proyectos de producción de energía hidroeléctrica con una capacidad superior a los 20MW, que dichos proyectos sean conformes con los criterios y directrices pertinentes aprobados por la Comisión Mundial de Presas.

<sup>712</sup> Según algunos autores esta práctica permitiría que se alcanzaran reducciones de emisiones en cortos períodos de tiempo a costes sustancialmente más bajos que los estimados (LÓPEZ GORDO, J. F., “La armonización de...”, *op. cit.*, p. 490 (nota a pie de página).

<sup>713</sup> La normativa impide que se realice *banking* con los DDEE de un período a otro, sólo se permite realizar esta acción en relación entre los mismos años de un mismo período (CARBAJO VASCO, D., *op. cit.*, p. 99).

## La transmisibilidad

La titularidad originaria de los DDEE corresponde a la Administración General del Estado al que han sido conferidos. Esta titularidad le confiere la tarea de asignarlos, enajenarlos y cancelarlos de acuerdo a la normativa vigente. Pero una vez asignados por el Gobierno, los permisos de emisión podrán ser objeto de transmisión tanto entre personas físicas o jurídicas de la UE, como entre aquéllas y personas físicas o jurídicas extracomunitarias<sup>715</sup>.

De manera que una de las características principales de los DDEE es la posibilidad de ser transmitidos<sup>716</sup>.

Tan esencial es esta característica que el legislador comunitario ha decidido protegerla al máximo mediante la implantación de un sistema de anotación en cuenta en un registro contable.

El registro de emisiones está a cargo de cada Estado. En cumplimiento de ello, en España la expedición, titularidad, transferencia, transmisión, entrega y cancelación de estos derechos deberá ser objeto de inscripción en el RENADE<sup>717</sup>.

La legislación establece que debe crearse y mantenerse una cuenta de haberes por cada instalación (a nombre de su titular) y una por cada agrupación de instalaciones autorizadas (a nombre de su administrador fiduciario)<sup>718</sup>. A su vez, la adquisición de DDEE por una persona que no tenga la condición de titular de instalación

---

<sup>714</sup> LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J. F., “El protocolo de...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>715</sup> Artículo 21.1 de la Ley 1/2005.

<sup>716</sup> Artículo 20.4 de la Ley 1/2005.

<sup>717</sup> Artículo 20.5 de la Ley 1/2005.

<sup>718</sup> Artículo 5.1 del RD 1264-2005.

requerirá la previa apertura de una cuenta de haberes en el RENADE<sup>719</sup>.

Así las cosas, la transmisión de los DDEE siempre está supeditada a que sean expedidos y transferidos a la cuenta de haberes de su titular<sup>720</sup>.

Como podemos ver, se ha diseñado un marco legal para que el adquirente no tenga otra forma de convertirse en propietario de estos derechos que no sea con su inscripción registral.

#### **d) El precio de los derechos de emisión**

Salvo aquellos casos en que la asignación inicial por parte de los Estados haya sido gratuita, variante que planea quitarse en un futuro, la transferencia de estos derechos se realiza mediante un precio.

Existen numerosas variables a tener en cuenta a la hora de fijar los precios de las emisiones. Entre las más significativas encontramos las siguientes<sup>721</sup>:

- la liquidez del mercado;
- la tecnología de reducción de emisiones disponible;
- el comportamiento de agentes importantes;
- La claridad de las leyes y los reglamentos,
- El ahorro o atesoramiento de créditos y derechos “*banking*”;
- la conexión entre los sistemas de comercio de emisiones;
- el carácter fungible;
- el efecto barrera y la estructura financiera.

---

<sup>719</sup> Artículo 5.2 del RD 1264-2005 y artículo 21.2 de la Ley 1-2005.

<sup>720</sup> Artículo 21.3 de la Ley 1/2005.

<sup>721</sup> Price Waterhouse Coopers, “Efectos de la aplicación del Protocolo de Kioto en la economía española”, 2003, referencia electrónica: <http://.pwglobal.com/es/esp>.

La mayoría de los modelos existentes hoy en día son econométricos y utilizan dos supuestos básicos:

- las proyecciones de emisiones *Business as Usual*, que determinan las reducciones necesarias y la demanda de derechos de emisión<sup>722</sup>;
- las estimaciones de las curvas de costes marginales de reducción de emisiones.

Pero también existen otras variables que deben ser igualmente estimadas en el momento de fijar un modelo de precios. Entre ellas: las reglas y comportamientos de los mercados; porcentaje y comercialización del aire caliente (*hot air*); límites de importación; y costes de transacción<sup>723</sup>.

### 3. Consideraciones finales

1. Los mecanismos estatales de protección ambiental son todos los instrumentos jurídicos que pueden adoptar los gobiernos para preservar y proteger el medio ambiente.

Según el grado de autonomía que se concede a los sujetos contaminantes se puede realizar la siguiente clasificación: Medidas restrictivas, permisivas y de cumplimiento voluntario.

2. En principio, no existe ningún orden de preferencia en cuanto a los mecanismos a utilizar. Habrá que analizar cada caso en particular,

---

<sup>722</sup> Las proyecciones BAU se construye n a partir de proyecciones del PIB per cápita, del cambio tecnológico y estructural, y de la elasticidad de sustitución del carbono y la energía.

<sup>723</sup> Sobre esta cuestión ver las conclusiones del estudio Economic Evaluation of Sectoral Emission Reduction Objectives for Climate Change, de mayo de 2001, referencia electrónica:  
[http://europa.eu.int/comm/environment/enveco/climate\\_change/sectoral\\_objectives.htm](http://europa.eu.int/comm/environment/enveco/climate_change/sectoral_objectives.htm).



optando por un uso armónico que se adapte a las necesidades del momento.

3. El mercado de derechos de emisión es un mecanismo estatal de protección ambiental permisivo con tendencia mixta, ya que se vale tanto de medidas ambientales positivas como negativas.

Por otra parte, se trata de un mercado de límite y emisión (*cap-and-trade*). Ello es así ya que se fija un límite total de emisiones tolerables que en ningún caso puede superarse.

4. A través del mercado de derechos de emisión lo que se transmite no es la propiedad de la atmósfera sino tan sólo una serie de derechos que permiten contaminarla de una manera controlada.

El sistema tampoco consciente que los Estados se apropien de la atmósfera para luego conceder permisos de uso sobre la misma. Sino que, al ser un bien del cual todos tenemos derecho a gozar, se intenta controlar la actividad de aquellos que lo pueden deteriorar.

La finalidad estriba en que todos podamos seguir disfrutando del medioambiente originando el menor daño posible sobre el mismo.

5. El activo subyacente de este comercio son los derechos de emisión, los cuales pueden transferirse tanto en el mercado primario como en el mercado secundario.

El primer caso se da con los planes nacionales de asignación de cualquier Estado comunitario; con cualquier país que sea parte del Protocolo de Kioto y tenga restricciones; o a través del mecanismo de desarrollo limpio y el mecanismo de acción conjunta.

El mercado secundario no es otra cosa que la compra-venta de derechos de emisión entre personas físicas y jurídicas.

6. Así como la intervención estatal es muy acentuada en la gestión del derecho de emisión, pasa exactamente lo contrario en el mercado de permisos de emisión, donde la intervención es prácticamente nula. El derecho de emisión se comercia con una interferencia pública mínima.

7. La regulación del mercado de derechos de emisión es totalmente acorde con el principio del que contamina paga. Esto es así ya que quien emita más gases de los permitidos deberá afrontar las sanciones económicas correspondientes. Recordemos que este principio castiga a quienes contaminen más allá de los límites tolerables preestablecidos.

8. El permiso de emisión es un derecho subjetivo a emitir una tonelada de dióxido de carbono durante un período de tiempo determinado. Al prohibirse toda contaminación que supere los límites de contaminación permitidos, se intenta alcanzar un equilibrio entre el principio de protección ambiental y el de desarrollo sostenible.

9. Los derechos de emisión pueden originarse:

- en el Plan Nacional de Asignación de España;
- en el Plan Nacional de Asignación de otro Estado miembro de la Unión Europea;
- en un tercer país con restricción de emisiones parte del Protocolo de Kioto; y
- en una reducción certificada de emisiones o una unidad de reducciones emitidas procedente del mecanismo de desarrollo limpio y el de acción conjunta.

10. Los permisos de contaminación poseen dos características esenciales: son limitados en el tiempo, en el sentido que sólo pueden utilizarse para el período para el cual fueron expedidos; y son

transmisibles, tanto entre personas físicas o jurídicas de la Unión Europea, como entre aquéllas y personas físicas o jurídicas extracomunitarias.

## **TERCERA PARTE**

### **TRIBUTACIÓN DE LA RENTA OBTENIDA POR LOS RESIDENTES EN ESPAÑA**



## **CAPÍTULO IV**

### **EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN Y EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS RESIDENTES EN ESPAÑA**

El objeto de análisis de esta tesis es fundamentalmente determinar la tributación internacional del comercio de DDEE. Pero esta tarea requiere, como paso previo e insalvable, un estudio sobre la fiscalidad interna de estos permisos. Ésta es la función del presente capítulo, el cual divide el tratamiento fiscal interno según estemos ante personas físicas o personas jurídicas.

#### **1. Personas físicas**

El impuesto que grava la renta de las personas físicas residentes en España está regulado básicamente por la Ley Estatal 35/2006<sup>724</sup> y por el Real Decreto 439/2007, que aprueba su reglamentación<sup>725</sup>.

Con el objeto de determinar la base imponible del impuesto la norma establece diversas categorías de rentas a las que se dota de una regulación específica e independiente<sup>726</sup>. En virtud de ello, habrá que determinar a cuál de todos estos ingresos pertenece el resultado económico derivado de la compraventa de DDEE.

---

<sup>724</sup> LIRPF, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE N° 285, de 29 de noviembre de 2006).

<sup>725</sup> Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (BOE N° 78, de 31 de marzo de 2007).

<sup>726</sup> El artículo 6 de la LIRPF dispone cuales son las rentas que constituyen el hecho imponible del gravamen: a) los rendimientos del trabajo; b) los rendimientos del capital; c) los rendimientos de las actividades económicas, d) las ganancias y pérdidas patrimoniales; e) las imputaciones de renta que se establezcan por ley.

Normalmente las personas físicas no son titulares de las instalaciones emisoras de CO<sub>2</sub>, pero ello no impide que compren y vendan DDEE. Sólo que en este caso la adquisición de DDEE no es para hacer frente a los compromisos ambientales, sino para obtener un beneficio derivado de la especulación de su valor.

Pero, como veremos más adelante, también podría darse el caso de un particular que sea titular de una instalación sometida a límites de emisión de CO<sub>2</sub>, con lo cual, necesitará de los permisos de emisión. Se trata de un supuesto poco común ya que normalmente los titulares son personas jurídicas, pero como su posibilidad está permitida por la normativa, no dejaremos de analizarlo.

## **1.1. Determinación de la categoría de renta**

### **1.1.1. Norma general**

Está claro que los rendimientos derivados del mercado de DDEE no pueden catalogarse ni como rendimientos del trabajo ni como rendimientos del capital. En el primer caso, porque no se trata de una contraprestación obtenida por la realización de una actividad realizada en relación de dependencia; en el segundo caso, porque no consiste en una ventaja derivada de la titularidad sobre bienes y derechos sino de su comercialización.

En virtud de ello, la disyuntiva pasa por determinar si se trata de ganancias y pérdidas patrimoniales o de rendimientos empresariales<sup>727</sup>. Esta discusión no es baladí ya que dependiendo de

---

<sup>727</sup> Los autores consideran que la delimitación de los rendimientos de actividades económicas frente a otras categorías de rentas en algunos supuestos puede generar dudas (GARCÍA BERRO, F., "Curso de derecho tributario, Parte Especial", Pérez Royo, F. -Director-, 2ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 175).

la opción que elijamos el tratamiento fiscal puede variar considerablemente<sup>728</sup>. Ya lo iremos viendo más adelante.

La categoría de ganancia y pérdida patrimonial tiene carácter omnicomprendido, ya que en ella puede subsumir cualquier clase de enriquecimiento o empobrecimiento, siempre que se evidencie como consecuencia de cambios en la composición del patrimonio.

En virtud de ello, cualquier ingreso de bienes por parte del contribuyente puede ser reconducido en la categoría de ganancia o pérdida patrimonial, siempre que exista una variación de valor (incremento o disminución) y una alteración patrimonial (incorporación y/o salida de éste de bienes)<sup>729</sup>.

La norma confiere a estas rentas un carácter subsidiario, ya que entran dentro de esta categoría todas aquellas que no sean consideradas como rendimientos<sup>730</sup>. Así las cosas, habiendo descartado los rendimientos laborales y del capital, resta por determinar si las pérdidas e ingresos derivados de los DDEE constituyen o no rendimientos empresariales.

Según la LIRPF “constituyen rendimientos derivados del ejercicio de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”<sup>731</sup>.

---

<sup>728</sup> Vid. Capítulos IV y V del Título III de la LIRPF.

<sup>729</sup> GARCÍA BERRO, F., *op. cit.*, p. 197.

<sup>730</sup> Esto mismo está consagrado en el artículo 33.1 de la LIRPF.

<sup>731</sup> Artículo 27 de la LIRPF.



De la definición legal de rendimientos empresariales se desprende que éstos, a diferencia de las rentas provenientes de ganancias patrimoniales, indican un resultado económico que tiene vocación de continuidad.

*A priori* parecería que estamos ante un concepto demasiado vago como para delimitar ante qué tipo de renta nos encontramos, pero si tenemos en cuenta que cada vez que encontremos una ordenación de medios de producción para intervenir en la distribución de DDEE existirá la nota de la habitualidad, la tarea delimitadora se facilita notablemente.

Podemos decir que cuando se produce una ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos, la actividad del sujeto evidencia una cierta continuidad. Pero cuando esas operaciones se realizan sin una estructura organizada para tales efectos, ya no estamos ante rendimientos empresariales sino ante rendimientos esporádicos que constituyen una ganancia (o pérdida) patrimonial aislada.

La expresión “por cuenta propia” del artículo 33.1 de la LIRPF nos da a entender justamente que una persona organiza la producción o distribución por su propia cuenta o, lo que es lo mismo, “es titular de su propia organización productiva asumiendo los riesgos de su actividad”<sup>732</sup>. De esta manera, la organización productiva y la asunción de los riesgos que de ella se derivan son las notas características de las actividades económicas<sup>733</sup>.

---

<sup>732</sup> FERREIRO LAPATZA, J. J.; MARTÍN FERNÁNDEZ, J.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. y TOVILLAS MORÁN, J. M., “Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario. Los Tributos en Particular”, 4ª Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 417.

<sup>733</sup> STS, de 3 de marzo de 2010, F. 2º (JUR\2010\100553).

La primera de las dos características recién mencionadas (la ordenación de los factores de producción para intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios) va unida a un cierto grado de permanencia de las actividades realizadas. De manera que, tal y como hemos mencionado anteriormente, la habitualidad constituye otra característica intrínseca en las actividades económicas. En efecto, los rendimientos empresariales derivan de “actividades” económicas, es decir, un conjunto de operaciones, de acciones, de actos no aislados<sup>734</sup>.

Junto a esta afirmación habría que matizar que basta sólo con que exista la vocación de habitualidad, ya que puede tratarse de un negocio que haya realizado la ordenación de medios de producción pero que, al estar en los inicios de su actividad, haya realizado sólo una operación mercantil.

El hecho que no se haya efectuado más de un acto comercial no excluye a este negocio de la categoría de actividad económica ya que, dadas las circunstancias, se evidencia una cierta vocación de habitualidad.

Los precedentes jurisprudenciales avalan este matiz ya que ligan la habitualidad de la actividad con la mencionada ordenación de medios de producción y recursos humanos, y no tanto con el número de negocios efectivamente realizados. La habitualidad no queda excluida por el hecho de que se realice una sola operación comercial, siempre y cuando exista esa ordenación de factores productivos<sup>735</sup>.

En virtud de lo analizado, las ganancias del comercio de DDEE pueden incorporarse en cualquiera de las dos categorías en cuestión,

---

<sup>734</sup> FERREIRO LAPATZA, J. J.; MARTÍN FERNÁNDEZ, J.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. y TOVILLAS MORÁN, J. M., *op. cit.*, p. 417.

<sup>735</sup> STS, de 31 de marzo de 2010, F. 2º (RJ 2010\2764).

dependiendo de la habitualidad de las operaciones realizadas, es decir, de la existencia o no de una ordenación, por cuenta propia, de los medios de producción y la asunción de riesgos. De manera que a partir del encuadramiento elegido se configurará su tratamiento tributario.

A pesar de los elementos conceptuales mencionados, la delimitación continúa siendo complicada, quedando relegada al análisis de cada caso en particular. En definitiva, nos unimos a los argumentos del Tribunal Supremo cuando dice que serán los elementos probatorios que concurren en cada caso los que determinarán o no la calificación de la actividad como empresarial<sup>736</sup>.

### **1.1.2. Supuesto especial: personas físicas titulares de instalaciones emisoras**

Anteriormente adelantamos la posibilidad de que una persona física sea titular de una instalación emisora de CO2. Su mención vale la pena ya que el tratamiento fiscal de los DDEE utilizados para hacer frente a los compromisos de Kioto es diferente. Se acerca más al de las personas jurídicas emisoras de CO2.

La Ley 1/2005 define al titular de la instalación como “cualquier persona física o jurídica que opere o controle la instalación bien en condición de propietario, bien al amparo de cualquier otro título jurídico...”<sup>737</sup>.

La instalación a la que se hace mención en la norma puede ser cualquier tipo de unidad técnica fija en la que desarrolle alguna de las actividades que menciona el Anexo I de la citada norma.

---

<sup>736</sup> STS, de 31 marzo de 2010, F. 2º (RJ 2010\2764).

<sup>737</sup> Artículo 2.j) de la Ley 1/2005.

A partir de ello, nada impide que una persona física sea propietaria de una de estas unidades técnicas dedicadas, por ejemplo, a la refinación del petróleo<sup>738</sup>. Con lo cual, la instalación estaría limitada por el PK y el SECE<sup>739</sup>.

Así las cosas, los DDEE pueden ser considerados como elementos patrimoniales afectos a la actividad siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- que sean necesarios para el ejercicio de la actividad y la obtención de los respectivos rendimientos<sup>740</sup>.

Este punto se cumplimenta desde que la adjudicación de los permisos de emisión es imprescindible para que la instalación desarrolle su actividad y, por lo tanto, produzca rendimientos;

- que estén debidamente inscritos en los libros y registros de obligatorios para los empresarios<sup>741</sup>;
- que se utilicen de manera exclusiva en el desarrollo de la actividad<sup>742</sup>.

Junto con los recursos humanos, estos derechos afectos a la actividad contribuyen a la obtención de rendimientos económicos. De esta manera, es lógico que su coste productivo también se incorpore al proceso de producción de la empresa.

---

<sup>738</sup>Agrupación 13 División 1, del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas

<sup>739</sup> En igual sentido se manifiesta Juan Benito Gallego López (GALLEGO LÓPEZ, J. B., "*La tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito de la imposición directa*", en Nueva Fiscalidad, N° 4, 2008, p. 88).

<sup>740</sup> Artículo 29.1.c) de la LIRPF.

<sup>741</sup> Florián García Berro dice que en realidad se trata de un requisito más bien probatorio que podría ser sustituido por cualquier otro medio de prueba eficaz (GARCÍA BERRO, F., *op. cit.*, p. 177).

<sup>742</sup> Esto no significa que el contribuyente no pueda especular con alguno de sus DDEE, sino que serán tratados como elementos patrimoniales afectos a la actividad sólo aquellos que sirvan al objeto de la actividad económica (Art. 29.2 LIRPF).

Por su parte, las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de su transferencia se cuantificarán como ganancias o pérdidas patrimoniales, pero no como rendimiento empresarial<sup>743</sup>.

La LIRPF regula los cambios de afectación que pueden sufrir los elementos patrimoniales. En primer lugar, la afectación o desafectación de estos elementos no constituirá alteración patrimonial, siempre que continúen formando parte de su patrimonio.

En segundo lugar, no se consideran afectados a la actividad económica aquellos elementos que sean enajenados antes de los tres años desde que se produjo su afectación<sup>744</sup>.

## **1.2. Determinación del rendimiento neto**

### **a) Rendimientos empresariales**

Como ya hemos visto, si la actividad habitual del contribuyente es la compra y venta de estos derechos, la renta será entendida como rendimiento empresarial.

El rendimiento neto de las actividades económicas se determina según las normas contables y fiscales que afectan a las personas jurídicas. Más concretamente la LIS y los preceptos del artículo 30 de la LIRPF, a tenor de lo cual los DDEE serán considerados contablemente como existencias<sup>745</sup>.

En general, la composición de la renta incluirá el conjunto de actividades económicas ejercidas por el contribuyente y se excluirán

---

<sup>743</sup> Artículo 28.2 de la LIRPF.

<sup>744</sup> Artículo 28.3 de la LIRPF.

<sup>745</sup> Sobre este punto me remito a las consideraciones efectuadas al tratar posteriormente la tributación de las personas jurídicas.

las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos a dicha actividad. Estas últimas se cuantificarán como una ganancia o pérdida patrimonial, siguiendo las reglas establecidas para este tipo de rentas<sup>746</sup>.

A efectos de calcular el rendimiento neto de las actividades económicas, la norma declara aplicable, con carácter general, el método de estimación directa<sup>747</sup>. Dicho método supone la consideración de los ingresos y de los gastos reales correspondientes al ejercicio de la actividad.

Sabemos que la aplicación de este método se puede llevar a cabo a través de dos modalidades diferentes: la estimación directa normal y la estimación directa simplificada.

Por regla general, estos métodos son incompatibles entre sí, de manera que si un sujeto realiza varias actividades económicas deberá determinar su rendimiento neto a partir de un mismo sistema<sup>748</sup>.

En la estimación directa normal el rendimiento se determina a partir de la normativa del IS, siguiendo las particularidades que expone el artículo 30.2 de la LIRPF.

El cálculo realizado mediante el sistema simplificado es idéntico al anterior, aunque con particularidades en cuanto a ciertos gastos. Para que sea posible hacer uso de este método es necesario que concurren los siguientes requisitos:

---

<sup>746</sup> Artículo 28 de la LIRPF.

<sup>747</sup> Artículo 16.2.a) de la LIRPF.

<sup>748</sup> La excepción que confirma esta regla se produce cuando durante el año se inicie una actividad por la que se renuncie a la modalidad simplificada. En ese caso el rendimiento de ésta se determinará desde el principio por la modalidad normal, mientras que las actividades que ya se desarrollaban seguirán el método de la modalidad simplificada hasta terminar el año en curso (artículo 28.3 *in fine* del RIRPF).

- requisito de exclusión: que no se aplique ningún otro método (estimación directa normal o estimación objetiva)<sup>749</sup>;
- requisito objetivo: que el importe neto de la cifra de negocios no supere los 600.000€ anuales<sup>750</sup>.

A efectos del cálculo de la cifra de negocios se tendrán en cuenta las disposiciones establecidas en el artículo 191 de la LSA. Este límite incluye el conjunto de actividades económicas desarrolladas por el particular, y se calculará a partir del año inmediato anterior al que se aplique esta modalidad, salvo que en dicho período no haya existido actividad alguna.

Cuando en el año inmediato anterior la actividad haya sido parcial se computarán los ingresos que se habrían obtenido por su ejercicio si la misma hubiese estado operativa desde el primer día del año<sup>751</sup>;

- requisito subjetivo: que el contribuyente no haya renunciado a la aplicación de este método<sup>752</sup>.

La renuncia podrá efectuarse dentro del mes de diciembre anterior al inicio del año natural en que deba surtir efecto y su consecuencia automática es la aplicación de la modalidad normal del método de estimación directa a todas las actividades desarrolladas por el contribuyente<sup>753</sup>.

Esta renuncia tendrá efectos por un mínimo de tres años, transcurridos los cuales la renuncia se prorrogará por períodos adicionales de un año, salvo que el contribuyente decida

---

<sup>749</sup> Artículo 28.1.a) del RIRPF.

<sup>750</sup> Artículo 30.1 de la LIRPF y 28.1.b) del RIRPF.

<sup>751</sup> Artículo 28.2 del RIRPF.

<sup>752</sup> Artículo 28.1.c) del RIRPF.

<sup>753</sup> Artículo 28.3 y 29 del RIRPF.

revocarla expresamente, si aún cumple con el resto de los requisitos para esta modalidad<sup>754</sup>.

Existen dos importantes particularidades fiscales que se desprenden de la elección del método simplificado. Por un lado, las relacionadas con las amortizaciones del inmovilizado material, que no afectarán a los DDEE ya que forman parte del inmovilizado intangible y no se amortizan. Y por el otro, respecto a las provisiones deducibles y los gastos de difícil justificación, que se calcularán aplicando el 5% sobre el rendimiento neto, excluido este concepto<sup>755</sup>.

Dentro de este punto también incluimos a las personas físicas que sean titulares de una instalación contaminante. No caben dudas que las rentas producidas por el ejercicio de su actividad habitual serán consideradas como beneficios empresariales. Pero, como hemos visto anteriormente, los DDEE necesarios para llevar adelante dicha actividad serán elementos patrimoniales afectos a ésta.

La normativa determina que la cuantificación de las transmisiones de elementos patrimoniales afectos a la actividad se hará conforme a las disposiciones establecidas para las ganancias y pérdidas patrimoniales<sup>756</sup>.

De todas maneras, es conveniente aclarar que la valoración no seguirá la regla general utilizada para la mayoría de los casos sino que, como ocurre con las personas jurídicas, el valor de adquisición será el valor contable<sup>757</sup>.

---

<sup>754</sup> Artículo 29.1 del RIRPF.

<sup>755</sup> Artículo 30 del RIRPF.

<sup>756</sup> Artículo 28.2 de la LIRPF.

<sup>757</sup> Artículo 40.2 del RIRPF.



## **b) Ganancia o pérdida patrimonial**

Si en virtud de la falta de habitualidad entendemos que la renta del contribuyente es una ganancia o pérdida patrimonial, el rendimiento neto se determinará de manera diferente al supuesto anterior.

Cuando estemos ante una transmisión onerosa, el importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales es aquel que surge de la diferencia entre el valor de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales<sup>758</sup>.

El valor de adquisición consiste en el importe real satisfecho en la compra del DDEE, considerado al momento en que se hubiera producido la adquisición del derecho por parte del contribuyente. A este valor habrá que restarle todos aquellos gastos (comisiones de intermediario, gastos del RENADE, etc.) y tributos (IVA) satisfechos como consecuencia de la compra.

El valor de transmisión será el importe real por el que se efectuó la enajenación. El importe real será el efectivamente satisfecho por el comprador a menos que resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste<sup>759</sup>. Asimismo, en este caso también habrá que deducir los emolumentos (comisiones, intermediarios, etc.) y gravámenes (IVA) soportados en razón de la venta<sup>760</sup>.

---

<sup>758</sup> Artículo 34.1.a) de la LIRPF.

<sup>759</sup> “En la práctica esta regla constituye un instrumento en manos de la Administración para apreciar como valor de transmisión un importe superior al declarado por las partes, siempre que considere que éste no se corresponde con el valor de mercado. En nuestra opinión, sin embargo, para determinar el valor de mercado no siempre puede atenderse sin más a la estimación del promedio correspondiente a operaciones similares, sino que habrán de considerarse las circunstancias particulares de cada caso, pues éstas también influyen en el valor específico de mercado de una operación.” (PÉREZ ROYO, F. (Director), *op. cit.*, p. 212)

<sup>760</sup> Artículo 35 de la LIRPF.

Pero si no se trata de una transmisión onerosa, el importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será el valor de mercado de los elementos patrimoniales o partes proporcionales<sup>761</sup>. En este caso se aplicarán las mismas reglas que para las transmisiones onerosas, tomando como importe real de los valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. El único límite será el valor de mercado<sup>762</sup>.

Al tratarse de contratos de derivados relacionados con variables climáticas<sup>763</sup>, podrían aplicarse algunas normas específicas de valoración que contempla la Sección de Ganancias y Pérdidas Patrimoniales<sup>764</sup>.

### 1.3. Cuota íntegra

Como hemos señalado al comienzo, la distinción de rentas es fundamental ya que el impuesto a pagar dependerá de la categoría en la que ubiquemos a los resultados económicos del comercio de DDEE será. Esto es así ya que los beneficios empresariales forman parte de la renta general y las ganancias y pérdidas patrimoniales de elementos patrimoniales integran la renta de ahorro<sup>765</sup>. Veámoslo con más detenimiento.

La cuota íntegra se calcula a partir de la base liquidable general y la base liquidable de ahorro. Sobre la base liquidable general que exceda del importe mínimo personal y familiar se le aplicarán los índices de la escala que establece la ley, tanto en la parte estatal<sup>766</sup> como autonómica<sup>767</sup>. Seguidamente, la cuantía resultante se

---

<sup>761</sup> Artículo 34.1.b) de la LIRPF.

<sup>762</sup> Artículo 37 de la LIRPF.

<sup>763</sup> Anexo I, Sección C, Punto 10 de la Directiva 2004/39/CE.

<sup>764</sup> Art. 37.1.a) de la LIRPF.

<sup>765</sup> Artículo 44, 45 y 46 de la LIRPF.

<sup>766</sup> Artículo 63 de la LIRPF.

<sup>767</sup> Artículo 74 de la LIRPF.

minorará en el importe derivado de aplicar a la parte de la base liquidable general dicha escala.

Asimismo, sobre la base liquidable del ahorro, en la parte que no corresponda, en su caso, con el mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 56 de esta Ley, se gravará al tipo del 11,1%, en el caso Estatal, y al 6,9%, en el caso Autonómico<sup>768</sup>.

En definitiva, respecto a las personas físicas podemos decir que las rentas obtenidas de la compra y venta de DDEE pueden considerarse tanto beneficios empresariales o como ganancia y pérdida patrimonial, según se trate de una actividad habitual del contribuyente o de inversiones aisladas.

A partir de cuál sea esta elección las ganancias se incluirán en la renta general o en la renta de ahorro, aplicándose los regímenes fiscales específicos para cada caso.

## **2. Personas jurídicas**

Sabido es que en la determinación del IS<sup>769</sup> intervienen dos planos parcialmente coincidentes, el plano contable y el plano fiscal. El primero de ellos está regulado por normas de Derecho mercantil y por las normas de contabilidad<sup>770</sup>, permitiendo calcular la renta obtenida por la sociedad desde un punto de vista contable. Este importe coincidirá con el saldo que arroje la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad.

---

<sup>768</sup> Artículo 66 y 76 de la LIRPF.

<sup>769</sup> Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE N° 61, de 11 de marzo de 2004).

<sup>770</sup> Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, Plan General de Contabilidad, Resoluciones del ICAC.

Por su parte, el plano fiscal se rige por normas de Derecho tributario<sup>771</sup>, a través de las cuales se obtendrá el importe de la renta obtenida por la sociedad a lo largo de su ejercicio económico, es decir, lo que llamamos la base imponible del IS<sup>772</sup>.

El orden de exposición de estos dos planos no es aleatorio puesto que también coincide con el momento en el que se van sucediendo en el proceso de liquidación del impuesto. De manera que primero habrá que determinar contablemente el saldo de pérdidas y ganancias, y a continuación (para liquidar finalmente el impuesto), se realizarán los ajustes y correcciones extracontables que dispone la legislación fiscal.

Antes de avanzar con el tema es preciso señalar que podemos encontrar tres grupos diferentes de entidades poseedoras de DDEE, cuya regulación contable y fiscal no siempre coincidirá:

- a) instalaciones con restricción de emisiones que utilizan los DDEE con la única finalidad de obtener permisos para contaminar la atmósfera (empresas tipo A);
- b) instalaciones con restricción de emisiones que no sólo utilizan los DDEE para emitir CO<sub>2</sub> sino que también especulan con su valor (empresas tipo B);
- c) empresas no emisoras de GEI que cuya actividad habitual es la compra y venta de permisos de emisión (empresas tipo C).

La clasificación de empresas tipo A, B y C responde a una estructura metodológica personal, cuyo objeto es únicamente facilitar

---

<sup>771</sup> TRLIS, RIS.

<sup>772</sup> PÉREZ ROYO, F., "Curso de Derecho Tributario. Parte Especial" (Coordinador: Fernando Pérez Royo), 3º Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 340.

la identificación de cada tipología de empresa a lo largo de la exposición.

## **2.1. Plano contable**

### **a) Instalaciones con restricción de emisiones que utilizan los DDEE con la única finalidad de obtener permisos para contaminar la atmósfera (Empresas tipo A)**

Tras la aparición de la normativa del SECE afloraron múltiples inquietudes en torno a la contabilización de los DDEE. Con ello, no tardaron en aparecer algunos intentos por regular la cuestión<sup>773</sup>.

#### **a.1) Ámbito internacional**

En el ámbito internacional el IASB<sup>774</sup> fue quien dio el primer paso, encomendando al IFRIC<sup>775</sup> la elaboración de una propuesta para

---

<sup>773</sup> Para un análisis más profundo de esta cuestión consultar LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., "El protocolo de...", *op. cit.*, p. 10 y ss.; BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., "El impuesto sobre sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero" en CEF, Contabilidad y Tributación, N° 285, diciembre 2006, p. 83/128; BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., "Régimen tributario de los derechos de emisión de CO2", en CISS - Tribuna Fiscal, N° 194, diciembre 2006, p. 16/31; DOMÍNGUEZ RUÍZ DE HUIDOBRO, A., "Contabilidad de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero" en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año N° 25, N° 102, 2006, p. 288/289; FERNÁNDEZ CUESTA, C., MONEVA, J.M. y LARRINAGA, C., "Derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Registro, valoración e información", en Partida Doble, Año XVI, N° 182, noviembre 2006, p. 88/97; LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., "Normativa sobre el registro contable de los derechos de emisión", en Ecosistemas, N° 1, 2007, p. 90/96; MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., "El nuevo PGC '07 y los derechos de emisión de CO2", en CISS - Tribuna Fiscal, N° 214-215, agosto-septiembre 2008, p. 8/13; LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J. F., "La armonización del...", *op. cit.*, p.171/176 y 181.

<sup>774</sup> Este organismo, *International Accounting Standards Board*, fue fundado el 1 de abril de 2001, y vino a suceder al *International Accounting Standards Committee* (IASC), fundado en junio de 1973. Mientras estaba el IASC sus disposiciones eran las NICs (normas internacionales de contabilidad), y cuando fue reemplazado por el IASB, aquéllas pasaron a denominarse NIIFs (normas internacionales de información financiera).

Su principal tarea consiste en proponer y desarrollar los lineamientos financieros internacionales a través de las *International Financial Reporting Standards* (IFRs). En español: NICs), promoviendo su uso y aplicación. Se trata de una entidad independiente, de carácter privado, con sede en Londres. Está compuesta por 14

interpretar estas cuestiones de carácter contable. En mayo de 2003 fue publicado el tan ansiado borrador interpretativo (D1 *Emission Rights*).

Tal como se suele hacer en estos casos, la propuesta se publicó durante dos meses a efectos que los organismos contables realizaran las sugerencias que creyeran pertinentes<sup>776</sup>, para luego ser

---

miembros, con un voto cada uno, que son elegidos por su competencia profesional y experiencia práctica. El IASB cuenta a su vez con el *Standards Advisory Council* (SAC) y con el *International Financial Reporting Interpretations Committee* (IFRIC). El SAC es un consejo de asesoramiento, y el IFRIC revisa y emite interpretaciones de los IFRs y del marco conceptual general del IASB, mediante resoluciones que llevan su mismo nombre y una numeración específica.

Actualmente existe un gran número de normas y principios contables internacionales que son observados por el ordenamiento jurídico de los Estados. La transposición de estas normas y principios al derecho interno de los países no está exenta de problemática y críticas. Un claro ejemplo de ello es la Ley italiana N° 38, de 28 de febrero de 2005. Esta norma remite a los principios contables internacionales para determinar la renta total del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas, modificando así los artículos 83 a 109 del Texto Único del Impuesto sobre la Renta. Los problemas surgen a partir de la manera en que debe ser redactado el balance según las disposiciones de los principios contables internacionales (IAS/IFRS) es muy diversa de la manera en que se redacta el balance sobre la base de los principios contables internacionales. Los principios contables internacionales privilegian una información destinada a tutelar el interés de los inversores según el “*framework for the preparation and presentation of financial statement*”. Por su parte, el balance realizado según la modalidad doméstica debe reflejar la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa. Se trata de representar con prudencia la consciencia de la empresa y tutelar la integridad de su patrimonio. Para profundizar sobre esta cuestión consultar FIORENTINO, S., “Valutazione al fair value delle immobilizzazioni materiali: trattamento fiscale e risvolti applicativi dell’eventuale “plusvalore” imputato direttamente a patrimonio (con particolare riferimento agli enti barcari e creditizi), in *Innovazione e Diritto* (Revista online), N° 6-2006, p. 58/66 y VACCA, I. “Gli IAS/IFRS e il principio della prevalenza della sostanza sulla forma: effetti sul bilancio e sul principio di derivazione nella determinazione del reddito d’impresa”, in *Rivista di diritto tributario*, N° 10/2006, p. 757/784.

<sup>775</sup> Vid. nota anterior.

<sup>776</sup> Durante este período el borrador recibió comentarios de más de 40 organizaciones de distintas partes del planeta. A modo de ejemplo podemos mencionar las siguientes: *Dresden University of Technology* (Alemania); Federación Argentina de Consejos de Ciencias Económicas (Argentina); *Australian Accounting Standards Board* (Australia); *Fédération des Experts Comptables Européens* (Bélgica); Canadian Institute of Chartered Accountants (Canadá); *Foreningen af Statsautoriserede Revisorer* (Dinamarca); *Conseil National de la Comptabilité* (Francia); *Accounting Standards Board of Japan* (Japón); *Controller and Auditor-General* (Nueva Zelanda); *British Petroleum Plc* (Reino Unido); *South African Institute of Chartered Accountants* (Sudáfrica); *Föreningen Auktoriserade Revisorer FAR* (Suecia); *Holcim Group Support* (Suiza); KPMG (Internacional).

confirmada por el IFRIC y enviada al IASB para su revisión y aprobación final. De esta manera, el 2 de diciembre de 2004 se aprobó y publicó la IFRIC 3 *Emission Rights*<sup>777</sup>, aplicable a partir del 1 de marzo de 2005. Sin embargo, su vigencia fue bastante escueta ya que la interpretación fue retirada en junio de 2005 por el IASB, a instancias del EFRAG<sup>778</sup>.

Tal como adelantamos, la IFRIC 3 *Emission Rights* vino a interpretar y establecer ciertas pautas a la hora de registrar contablemente los DDEE. Entre sus principales postulados nos interesa destacar los siguientes:

- el reconocimiento de los derechos se considera en el activo, con independencia de la obligación de su devolución que aparece reflejada en el pasivo;
- los DDEE son considerados contablemente como inmovilizados inmateriales, por lo tanto, su valoración inicial debe realizarse por su costo histórico o valor razonable<sup>779</sup>;
- en el caso de tratarse de DDEE emitidos por debajo de su valor razonable, debe registrarse como contrapartida una subvención gubernamental<sup>780</sup>;
- el importe de la subvención se va imputando a resultados de forma sistemática durante el período temporal en que los derechos fueron asignados;

---

<sup>777</sup> No presentó ninguna modificación con relación al borrador D1 *Emission Rights*.

<sup>778</sup> El *European Financial Reporting Advisory Group* es una asociación privada europea fundada en el año 2001 con el objeto de velar por los intereses contables del continente ante el IASB. Sus principales funciones consisten en apoyar a las instituciones europeas, concretamente a la Comisión Europea, y promover el conocimiento, la adopción y el uso de normas financieras de carácter internacional. Estructuralmente, el EFRAG está formado por dos grupos: el Accounting Supervisory Board (ASB) y por el Technical Expert Group (TEG). El ASB es un órgano supervisor que está integrado por 23 miembros de distintos países. El TEG está formado por 10 expertos de distinta nacionalidad y orientación profesional.

<sup>779</sup> *Vid.* NIC 38/2004 (Esta NIC es originaria de 1998, de aquí que sea NIC y no NIIF, y luego fue revisada en 2004).

<sup>780</sup> *Vid.* NIC 20/1994.

- con posterioridad al reconocimiento inicial de los DDEE se puede elegir entre dos modelos de valoración: el modelo del costo, en el que el activo se contabiliza por su costo menos la amortización acumulada y el importe acumulado de las pérdidas por deterioro de valor; o el modelo de revalorización, mediante el cual el activo se contabiliza por su valor revalorizado. El valor revalorizado es su valor razonable, en el momento de la revalorización, menos la amortización acumulada, y el importe acumulado de las pérdidas por deterioro del valor que haya sufrido<sup>781</sup>;
- a medida que las instalaciones van produciendo emisiones contaminantes deben ir reconociendo un pasivo (provisión), derivado de la obligación de devolver los derechos equivalentes a las emisiones realizadas. En virtud de ello, la provisión se salda entregando los permisos o incurriendo en una multa<sup>782</sup>;
- la provisión derivada de la obligación de devolver los DDEE se valorará por la mejor estimación del gasto requerido para saldar la obligación presente a fecha de balance<sup>783</sup>;
- también se deberán reconocer provisiones por el deterioro de valor que afecten a los DDEE<sup>784</sup>;
- los DDEE no pueden ser amortizados, ya que su valor residual coincide con su coste o, en su caso, con su importe revaluado.

Esta interpretación generó críticas entre los más variados organismos, tanto de carácter público como privado. No obstante, centraremos nuestra atención únicamente en las observaciones realizadas por el EFRAG, no sólo por la importancia que ocupa en la

---

<sup>781</sup> Vid. NIC 38/2004.

<sup>782</sup> Vid. NIC 37/1998.

<sup>783</sup> Vid. NIC 37/1998.

<sup>784</sup> Vid. NIC 36/1998.



aceptación de normas financieras y contables dentro de la UE<sup>785</sup>, sino porque sus reparos motivaron la retirada definitiva de la IFRIC 3 *Emission Rights*.

No obstante, es dable señalar que no todos los postulados de la interpretación fueron rechazados por el informe del EFRAG<sup>786</sup>. De hecho algunos puntos que fueron expresamente aceptados, a saber:

- los DDEE deber ser considerados como activos inmateriales;
- debe reconocerse una subvención cuando el precio pagado por los derechos sea inferior a su valor razonable;
- debe registrarse un pasivo (provisión) por la obligación de devolver los derechos equivalentes las emisiones realizadas.

Las críticas por las cuales el EFRAG rechazaba la IFRIC 3 apuntaban esencialmente a que su tratamiento contable, lejos de reflejar fielmente la realidad económica de la empresa, contribuía a generar una imagen distorsionada de ésta. Esta distorsión estaba dada por la interrelación de la NIC 20, 37 y 38, cuya aplicación conjunta daba lugar a valoraciones heterogéneas.

De esta manera, agrega el informe, “no se respetan los requisitos de comprensibilidad, relevancia, fiabilidad y comparabilidad necesarios para la correcta toma de decisiones económicas y

---

<sup>785</sup> El Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad, establece un proceso de aceptación de normas estructurado en dos fases: una, mediante el consejo dado por el EFRAG a la Comisión, y la otra, a través de la consulta que la Comisión realiza al Comité de Reglamentación Contable.

<sup>786</sup> El informe recibió el nombre de *Draft on negative endorsement on IFRIC 3 Emission Rights* (Informe sobre la valoración negativa de la IFRIC 3 Derechos de Emisión). Fue publicado el 6 de mayo de 2005.

evaluación de la gestión realizada”. Requisitos estos cuya exigencia se establece en el Reglamento 1606/2002<sup>787</sup>.

Concretamente, las observaciones se basaban en los siguientes argumentos:

- la propuesta ofrece un modelo de valoración mixto, en el cual unas partidas se valoran considerando el criterio del coste histórico y otras por su valor de mercado;
- los principios de valoración aplicados al activo difieren de los aplicados al pasivo, lo que conlleva un tratamiento desigual de los ingresos y gastos. En el momento inicial el activo se valora por su valor razonable. En los períodos siguientes los cambios de valor en el activo, o bien no se ajusta, o se ajustan contra fondos propios o resultados del ejercicio. Finalmente, la obligación se mide por el valor razonable a fecha de balance reconociendo los cambios de valor como resultados del ejercicio;
- se consagra un tratamiento heterogéneo en cuanto a los resultados dado que, en algunas ocasiones, los ingresos y gastos derivados de estas operaciones se llevan a resultados (NIC 20 y 37) mientras que en otras se llevan a reservas (NIC 38). Esta heterogeneidad carece de sentido al existir una vinculación económica entre los activos y los pasivos que surgen del mercado de DDEE;
- la IFRIC 3 no tuvo en cuenta la posibilidad de que en la revisión de la NIC 20 se elimine el tratamiento de las subvenciones del gobierno como ingreso diferido pasando a considerarse ingreso

---

<sup>787</sup> El artículo 3.2 del Reglamento determina que “las normas internacionales de contabilidad sólo podrán aprobarse en caso de que: no sean contrarias al principio establecido en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 78/660/CEE y en apartado 3 del artículo 16 de la Directiva 83/349/CEE y favorezcan el interés público europeo, y de que cumplan los requisitos de comprensibilidad, pertinencia, fiabilidad y comparabilidad de la información financiera necesarios para tomar decisiones en materia económica y evaluar la gestión de la dirección”.

del período en que se conceden, lo cual generaría aún más distorsiones sobre la imagen de la empresa.

Finalmente, el informe del EFRAG no sólo llevó a la Comisión Europea a rechazar la IFRIC 3, sino que también provocó, el 23 de junio de 2005, su retirada definitiva por parte del IASB<sup>788</sup>. La falta de un consenso internacional llevó a que los diferentes países, principalmente los europeos<sup>789</sup>, apelaran a su propia normativa a efectos de regular el registro contable de los DDEE.

### **a.2) Ámbito nacional**

En el ámbito nacional, esta cuestión se intentó zanjar mediante la RICAC de 8/2/2006<sup>790</sup>, por la que se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Esta norma no sólo respeta las disposiciones generales de la Directiva SECE, sino que además, en materia contable, es acorde con las sugerencias del EFRAG.

La misma resolución remarca que para su adecuada aplicación deberá ser complementada con el Plan General Contable vigente. La RICAC hace expresa referencia al PGC-1990<sup>791</sup>, pero bien sabemos que desde el 1 de enero de 2008 el plan contable en vigor es el PGC-2007<sup>792</sup>, que suplantó a aquél. Todo ello, sumado a que la RICAC no fue modificada con la aparición del nuevo plan, nos obliga a

---

<sup>788</sup> Tan relevante fue el papel del EFRAG en aquella oportunidad que es la primera vez que el IASB retira una norma o interpretación vigente sin que se emita otra que la reemplace.

<sup>789</sup> Debido a la creciente actividad con los DDEE por la regulación del SECE.

<sup>790</sup> Resolución de 8 de febrero de 2006 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero (BOICAC N° 64, 2006).

<sup>791</sup> Aprobado por el Real Decreto 1643/1990 (BOE, de 27 de diciembre de 1990).

<sup>792</sup> Aprobado el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE, de 20 de noviembre de 2007). Este nuevo plan contable vino a reemplazar el PGC-1990.

identificar las incompatibilidades que van surgiendo en su texto con el objeto de adecuar su contenido a la nueva normativa contable.

Consciente del contexto normativo internacional, la RICAC reconoce en su exposición de motivos que “El régimen jurídico de comercio de los derechos de emisión (...) ha suscitado desde un punto de vista contable diversas dudas sobre el tratamiento que procede otorgar a alguna de las operaciones que lo caracterizan. En particular, el mecanismo de asignación gratuita (totalmente en el primer Plan Nacional de Asignación, y puede que parcial en posteriores), y la exigencia de entrega de los derechos de emisión equivalentes a las emisiones de gases realizadas...”. A continuación iremos desglosando cada una de sus normas.

La RICAC dedica su primera disposición a concretar su ámbito de aplicación. Desde el punto de vista objetivo, la norma es de aplicación para el registro, valoración e información de las cuentas anuales de los DDEE, para que éstas expresen una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del sujeto contable. En cuanto al aspecto subjetivo, la normativa se aplica únicamente a aquellas empresas a las que se hayan adjudicado DDEE a través de un PNA<sup>793</sup>.

El ámbito de aplicación subjetiva es muy específico y acotado, ya que sólo se incluyen a las empresas titulares de instalaciones de tipo A y B. Con lo cual, se excluye de su regulación a los permisos de emisión que tienen una finalidad especulativa<sup>794</sup>.

---

<sup>793</sup> Norma Primera de la RICAC, de 8/2/2006.

<sup>794</sup> En igual sentido, BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., “El impuesto sobre...”, *op. cit.*, p. 115; DOMÍNGUEZ RUÍZ DE HUIDOBRO, A., *op. cit.*, p. 288; FERNÁNDEZ CUESTA, C., MONEVA, J.M. y LARRINAGA, C., *op. cit.*, p. 90.

Según la RICAC los DDEE han de figurar como inmovilizados inmateriales en el activo del balance, creándose una partida específica con la denominación “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”<sup>795</sup>. Vale señalar que a partir del PGC-2007 el inmovilizado inmaterial pasa a denominarse inmovilizado intangible.

La calificación de estos derechos como inmovilizado intangible se justifica por el hecho que las instalaciones con restricciones de emisión suelen contabilizar los DDEE por un período superior al año<sup>796</sup>. Recordemos que estos permisos se transmiten a las instalaciones antes del 28 de febrero y se entregan antes del 30 de abril del año siguiente<sup>797</sup>.

Los DDEE se registrarán en el balance cuando nazcan para la empresa los derechos que los originan, y se darán de baja con ocasión de su transmisión a terceros, entrega o caducidad<sup>798</sup>. En el caso que se trate de derechos transferidos a la cuenta de haberes de la empresa (en el registro nacional respectivo<sup>799</sup>) se entenderá que éstos nacen al comienzo del año natural al cual correspondan. Es decir que si los DDEE para el año 2010 se ingresan en la cuenta el día 25 de enero de 2010, se considera que nacieron el día 1 de enero de dicho año.

Los derechos asignados estatalmente se considerarán subvenciones públicas. Por lo tanto, deberán contabilizarse como “Ingresos a distribuir en varios ejercicios” e imputarse como ingresos extraordinarios, conforme se imputen a resultados los gastos

---

<sup>795</sup> Norma Tercera de la RICAC, de 8/2/2006.

<sup>796</sup> En el lenguaje contable internacional sería un activo “no corriente”.

<sup>797</sup> En este sentido “Memento práctico - Contable 2008”, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2008, p. 1482.

<sup>798</sup> Norma Tercera de la RICAC, de 8/2/2006.

<sup>799</sup> En España es el RENADE.

derivados de las emisiones de gases relacionadas con los DDEE subvencionados.

Con respecto a la valoración de estos derechos, la resolución hace una distinción entre la valoración inicial y la valoración posterior. En el caso de derechos transmitidos a título gratuito o por un precio sustancialmente inferior a su valor venal<sup>800</sup>, se considerará como precio de adquisición el valor venal de los mismos en el momento de la adquisición. Esta disposición hace referencia esencialmente a la transmisión subvencionada que reciben las instalaciones emisoras por parte de los Estados<sup>801</sup>. La valoración contable de los DDEE originados en una URE o una CER ha de seguir las pautas de la Norma Quinta de la RICAC de 9/5/2000<sup>802</sup>. Todas estas valoraciones son las que la resolución engloba bajo el título de “Valoración inicial”<sup>803</sup>.

Por otra parte, la normativa señala que cuando se trate de DDEE adquiridos o generados por la empresa, éstos se valorarán por el precio de adquisición o costo de producción, según las normas del PGC-1990<sup>804</sup>. Esto es lo que se conoce como “Valoración posterior”<sup>805</sup>.

Coherentemente con la retirada IFRIC 3, la resolución establece que los DDEE no serán amortizables, aunque deberán tenerse en

---

<sup>800</sup> El valor venal es el precio que se presume que estaría dispuesto a pagar un adquirente eventual teniendo en cuenta el estado y lugar en que éste se encuentre (Norma Segunda de la RICAC, de 2/8/2006).

<sup>801</sup> Recordemos que en virtud del artículo 10 de la Directiva SECE en el cual se establece que en el período 2005-2007 los Estados miembros debían asignar gratuitamente al menos el 95 % de los DDEE, porcentaje éste que se reduce un 5 % para el período 2008-2012 (90 %).

<sup>802</sup> Resolución del ICAC, de 9 de mayo de 2000, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción (BOICAC N° 42, 2000).

<sup>803</sup> Norma Cuarta.1 de la RICAC, de 8/2/2006.

<sup>804</sup> Este plan fue reemplazado por el PGC-2007, por lo que habría que remitirse a este último.

<sup>805</sup> Norma Cuarta.2 de la RICAC, de 8/2/2006.

cuenta las correcciones valorativas que pudieran afectarle<sup>806</sup>. La RICAC, a diferencia de aquella, justifica su decisión argumentando que los DDEE son un activo que no está sujeto a depreciaciones sistemáticas.

Giner Inchausti sostiene que esta diferencia estriba en la disímil noción que se tiene de los DDEE. Por un lado, para la normativa española los permisos de emisión son derechos subjetivos a emitir una tonelada equivalente de CO<sub>2</sub>; de esta manera, al emitir los gases contaminantes se consumen los derechos, lo que generaría la necesidad de amortizar el activo, pero como el proceso de consumo no es sistemático, si bien se deprecian, no deben amortizarse. Por su parte, el IASB los considera como un medio de pago, con lo cual, no es el hecho de producir emisiones el que justifica la pérdida de valor sino su utilización o venta<sup>807</sup>.

De todas maneras, al reconocerse igualmente las correcciones valorativas que pudieran afectar a estos permisos, no dedicaremos tiempo para detenernos sobre esta cuestión.

En cuanto a las provisiones la resolución también realiza una distinción. En primer lugar, tenemos las provisiones para reflejar la pérdida de valor de los derechos, ya que, como cualquier inmovilizado intangible, también están sometidos a posibles depreciaciones. Esta dotación será posible siempre y cuando el valor contable no sea

---

<sup>806</sup> Con relación a este tema hubo una cierta polémica, ya que al estar expuestos los DDEE a pérdidas de valor, tanto reversibles como irreversibles, podrían ser objeto de amortización. Finalmente, la Resolución 8/2/2006 se inclinó a favor de las provisiones rechazando así la posibilidad de amortización debido a la falta de un proceso de depreciación sistemática de dicho inmovilizado. Esta postura se alineaba con las NIIFs (inaplicables por el momento en España) y se enfrentaba a su propia normativa, específicamente la RICAC, de 21 de enero de 1992, sobre bienes de inmovilizado inmaterial (BOICAC N° 8 y 9, 1992).

<sup>807</sup> GINER INCHAUSTI, B., *op. cit.*, p. 188.

recuperable mediante la generación de ingresos suficientes para cubrir todos los costos y gastos<sup>808</sup>.

Por otro lado, también encontramos las provisiones para riesgos y gastos. Entendemos que esta provisión es admisible ya que se trata de un gasto concreto en cuanto a su existencia solo que, a la fecha de cierre del ejercicio, es indeterminado en cuanto a su cuantía exacta<sup>809</sup>. Los gastos se devengarán a medida que se vayan emitiendo los gases. Esta provisión se mantendrá hasta el momento en que la empresa tenga que cancelar dicha obligación mediante la entrega de DDEE<sup>810</sup>.

El importe de los gastos mencionados y la correlativa provisión se determinará considerando que la obligación será cancelada de la siguiente manera<sup>811</sup>:

- a) a través de los DDEE transferidos a la cuenta de haberes de la empresa en el RENADE, a través de un PNA, y que se mantengan en la empresa. Los gastos se calcularán en función del valor contable de los derechos transferidos;
- b) a continuación mediante los restantes DDEE que figuren en el balance de la empresa, cuantificando los gastos de acuerdo con el método del precio medio o costo medio ponderado de los derechos;
- c) en caso de que la liberación de gases exija adquirir o generar más DDEE habrá que considerar adicionalmente el gasto correspondiente al déficit de derechos, calculado según la mejor estimación posible del importe necesario para cubrir el déficit de

---

<sup>808</sup> Norma Quinta de la RICAC, de 8/2/2006.

<sup>809</sup> Norma 15ª del PGC-2007. La nueva regulación contable se amolda a las previsiones de la NIC 37/1998.

<sup>810</sup> Norma Sexta.1 de la RICAC, de 8/2/2006.

<sup>811</sup> Norma Sexta.2 de la RICAC, de 8/2/2006.



derechos. De manera que esta estimación se realizará por el número de permisos de emisión que la empresa carece para hacer frente a la obligación de entrega.

Vemos que la RICAC consagra diferentes modalidades para cuantificar la provisión por DDEE en el balance. Estas modalidades dependerán de los derechos que mantenga la empresa contabilizados a la hora de confeccionar el balance.

Veamos los supuestos concretos que podemos encontrar en la práctica:

1. en un primer caso consideremos que al momento del cierre del ejercicio la entidad tiene suficientes derechos en función de los inicialmente asignados. En este supuesto, el gasto correspondiente a la obligación de entrega se calcula en función del valor venal al comienzo del año.

2. ahora bien, puede suceder, y de hecho es lo más normal, que al final del ejercicio la instalación no cuente con suficientes derechos. Ante esta situación la empresa cuenta con las siguientes opciones:

2.a) generar los DDEE que estima necesarios para el final del ejercicio, registrándolos según su valor de producción;

2.b) ir adquiriendo los permisos en el mercado. Estos DDEE no asignados originariamente serán valorados según su precio medio ponderado;

2.c) finalmente, la entidad también puede comprar en el ejercicio siguiente los derechos que le faltan, pero siempre y cuando sea antes de la fecha límite de entrega de derechos (30 de abril de cada año). A diferencia de lo que ocurría en los supuestos anteriores, en el momento de confeccionar el balance la entidad no cuenta con todos los derechos correspondientes a sus emisiones. De manera

que el balance reflejará una estimación lo más aproximada posible de lo que supondrá adquirir en el ejercicio siguiente los DDEE restantes<sup>812</sup>.

También puede ocurrir que la empresa prevea la posibilidad de ser sancionada por la comisión de alguna de las infracciones previstas en el SECE. Es por ello que la resolución estipula que se calificarán como “gastos extraordinarios” aquellos que deban dotarse para hacer frente a las posibles sanciones que pueda sufrir la empresa según la Ley 1/2005<sup>813</sup>.

La resolución dedica unas cuantas líneas a especificar la información que se debe suministrar en la memoria. Sin ánimo de ser exhaustivos mencionaremos las más importantes.

En el apartado 4 sobre “Normas de valorización”, se indicarán los criterios de valoración de los DDEE y la imputación a resultados de los gastos derivados de las emisiones de GEI.

---

<sup>812</sup> Este método de cuantificación de provisiones constituye el único caso de valoración incierta, por lo que deja un amplio margen de maniobra a las empresas a la hora de realizar su planificación fiscal. Bilbao Estrada y Mateos Ansótegui comentan que en aquellos casos en que la entidad opte por desprenderse de todos sus DDEE y al final del ejercicio no tenga ninguno con los que hacer frente a la obligación de entrega, aumentan sensiblemente las posibilidades de planificación fiscal. Al carecer de derechos, la mejor estimación posible del importe necesario será respecto al déficit que presenta. Esta estimación razonable presenta una serie de posibilidades: 1) dotar la provisión por el máximo de la cotización alcanzada en el ejercicio precedente; 2) provisionar por el menor precio de cotización alcanzado en el año, previendo aprovechar las ventajas del mercado en condiciones óptimas; 3) dotar por el importe de generación que podrá ser bastante elevado; 4) una última opción podría ser la de optar por un valor dentro del rango de valores de cotización, como por ejemplo la media de cotización de bolsa de referencia. La única dificultad que se podrá encontrar son los posibles rechazos por la Administración tributaria de la estimación realizada, razón por la cual deberá estar muy bien fundamentada su elección (BILBAO ESTRADA, I.; MATEOS ANSÓTEGUI, A.I.; “La planificación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades a través de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>”, CISS-Tribuna Fiscal N° 194, Diciembre 2006, p. 16 a 31). *Vid.* las matizaciones realizadas por la entrada en vigor del PGC-2007 (MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., op. cit., p. 11).

<sup>813</sup> Norma Octava de la RICAC, de 8/2/2006.

Asimismo, se creará un nuevo apartado 23, denominado “Información sobre derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, en el que se registrará todo tipo de información que pueda ser útil a la hora de revelar la contabilidad de los permisos de emisión de CO2:

- a) la cantidad de derechos asignada durante el período de vigencia del PNA y su distribución anual;
- b) el análisis del movimiento durante el ejercicio de la partida del balance “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero” y de las correspondientes provisiones que pudieran corregir su valor, indicando el saldo inicial, entradas o adquisiciones, enajenaciones y otras bajas y saldo final;
- c) los gastos del ejercicio derivados de emisiones de gases de efecto invernadero, especificando su cálculo;
- d) el importe de la “Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, especificando dentro de la misma, en su caso, la cuantía que proceda por déficits de DDEE;
- e) la información sobre contratos de futuro relativos a DDEE;
- f) las subvenciones recibidas por DDEE e importe de las imputadas a resultados como ingresos del ejercicio;
- g) las contingencias relacionadas con sanciones o medidas de carácter provisional;
- h) en su caso, el hecho de formar parte de una agrupación de instalaciones<sup>814</sup>.

Finalmente, recalcando el carácter voluntario de su utilización<sup>815</sup>, la resolución propone el empleo de una serie de cuentas que a

---

<sup>814</sup> Norma Novena de la RICAC, de 8/2/2006.

<sup>815</sup> Artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1643/1990 (PGC anterior), y del Real Decreto Legislativo 1514/2007 (PGC vigente).

continuación se detallan<sup>816</sup>. Previamente debemos advertir al lector que éste es uno de los puntos que más modificaciones ha sufrido con la entrada en vigor del PGC-2007.

El registro de los DDEE se realizará dentro el subgrupo 21 (Inmovilizado inmaterial), utilizando la Cuenta “216. Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”. No obstante, al haber desaparecido del PGC-1990, la cuenta de Gastos de Establecimiento del activo (por no cumplir las características que exige para ello el nuevo plan), el inmovilizado intangible pasa al grupo 20. Como consecuencia de este cambio el PGC-2007 destinó la Cuenta 216 al mobiliario, dentro del subgrupo de Inmovilizado material. En virtud de ello, a pesar del tenor literal de la RICAC, es evidente la necesidad de recurrir al grupo 20 (Inmovilizaciones intangibles), y adoptar, por ejemplo, la Cuenta 207 que actualmente carece de una denominación específica.

Los DDEE se cargarán de la siguiente manera:

- a) por el valor venal de los derechos recibidos gratuitamente, en particular a través de un PNA, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 13 (Ingresos a distribuir). Particularmente entendemos que habría que utilizar la Cuenta 138 (Ingresos a distribuir por DDEE);
- b) por el precio de adquisición o el coste de producción, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 57 (Tesorería) o a la Cuenta 731 (Trabajos realizados para el inmovilizado inmaterial). Esta última cuenta correspondería a la Cuenta 730 (Trabajos realizados para el inmovilizado intangible) en el nuevo PGC-2007. Según la RICAC esta cuenta se abonarán por la entrega a

---

<sup>816</sup> Vid. PUERTA, J.F., “¿Son socialmente responsables las empresas?”, en Partida doble, N° 182, noviembre 2006, Año XVI, p. 93 y ss.

la Administración, con cargo a la Cuenta 149 (Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero). En realidad, según el plan vigente, debería cargarse en la Cuenta 5294 (Provisión a corto plazo por emisión de gases);

- c) por las enajenaciones y en general por la baja de balance, con cargo, generalmente, a Cuentas del subgrupo 57 (Tesorería), y en caso de pérdidas a la Cuenta 670 (Pérdidas provenientes del inmovilizado intangible).

El movimiento de la cuenta 149 merece un párrafo aparte. En primer lugar, es importante señalar que en el PGC-2007 se habla, sin más, de provisiones, que vienen a ser las antiguas provisiones para riesgos y gastos. Las que anteriormente conocíamos como provisiones por depreciación del inmovilizado ahora se llaman “pérdidas por deterioro”.

En virtud de las nuevas denominaciones incorporadas por el PGC-2007 en el subgrupo 14 (Provisiones), consideramos conveniente utilizar la actual Cuenta 145 (Provisión para actuaciones medioambientales) en lugar de la 149. Esta cuenta se abonará por la estimación del devengo anual dentro del subgrupo 65 (Otros gastos de gestión), con cargo a la Cuenta 658 (Gastos por emisión de gases de efecto invernadero). Se cargará de la siguiente manera:

- a) cuando se aplique la provisión, con abono a la Cuenta 207;
- b) por el exceso de provisión, con abono a la Cuenta 790 (Exceso de provisiones para riesgos y gastos). Hoy en día correspondería más bien a la Cuenta 7955 (Exceso de provisión para actuaciones medioambientales).

Por otra parte, la cuenta 658 se recomienda cargarse con abono a la cuenta 5294.

Finalmente, aunque su movimiento no conste expresamente en la RICAC, es necesario hacer una breve referencia respecto a las provisiones por depreciación del inmovilizado inmaterial. Con el nuevo plan contable estas provisiones pasan a considerarse pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible. De esta manera, la que antes hubiera sido la Cuenta 291 (Provisiones por depreciación del inmovilizado inmaterial), hoy debemos registrar el deterioro de este valor en la Cuenta 2907 (Deterioro del valor de los derechos de emisión), dentro del subgrupo 29 (Deterioro de valor de activos no corrientes). Respecto a su movimiento, se abonarán por el importe del deterioro estimado, con cargo a la Cuenta 690 (Pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible). Se cargarán:

- a) cuando desaparezcan las causas que determinaron el reconocimiento de la corrección valorativa por deterioro, con abono a la Cuenta 790 (Reversión del deterioro del inmovilizado intangible);
- b) cuando se enajene el inmovilizado o se dé de baja del activo por cualquier otro motivo, con abono a la Cuenta 207.

**b) Instalaciones con restricción de emisiones que no sólo utilizan los DDEE para emitir CO<sub>2</sub> sino que también especulan con su valor (Empresas tipo B)**

Para estas situaciones se ha propuesto la coexistencia de DDEE contabilizados en el inmovilizado inmaterial y con los registrados en el inmovilizado financiero<sup>817</sup>, estos últimos obtenidos mediante la recalificación de los derechos inicialmente asignados. Este tratamiento contable fue observado por algunos autores debido a que, en su opinión, no se trataba de un mero cambio de naturaleza.

---

<sup>817</sup> López Gordo y López Gordo, citados en BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., “El impuesto sobre...”, *op. cit.*, p. 115. En esta misma postura se enrola GALLEGU LÓPEZ, J.B., *op. cit.*, p. 84)

Sostenían que de esta forma estarían conviviendo diferentes criterios de valoración, por lo que dicha reclasificación podría alterar la valoración del activo de la empresa<sup>818</sup>.

Con la vigencia del nuevo PGC entendemos que sería posible la convivencia entre DDEE registrados de manera diferenciada: por un lado, se mantienen los derechos registrados como inmovilizados intangibles (derechos para contaminar); y por el otro, en vez de registrarlos como inmovilizados financieros, clasificamos los derechos como activos no corrientes mantenidos para la venta (especulación). Como veremos más adelante, en este caso no existen los problemas de valoración que surgían en la propuesta anterior.

A partir de la definición de “instrumentos financieros” del nuevo PGC-2007, más allá de los problemas de valoración que podría ocasionar, resultaría inviable registrar de esta manera los derechos utilizados con fines especulativos. El plan determina que “un instrumento financiero es un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero a un instrumento financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa”. Es por ello que consideramos más apropiado clasificar los permisos de emisión como activos no corrientes mantenidos para la venta<sup>819</sup>.

En cuanto a la contabilidad propiamente dicha de estas empresas, está claro que los DDEE utilizados para emitir gases serán registrados de acuerdo a lo establecido en la RICAC, de 8/2/2006. Atento que la misma ya fue analizada no volveremos sobre esta cuestión.

---

<sup>818</sup> BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., “El impuesto sobre...”, *op. cit.*, p. 115.

<sup>819</sup> En esta misma línea GALLEGU LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 80.

De manera que donde debemos centrarnos ahora es en aquellos permisos de emisión que, en virtud de su finalidad especulativa, se registran como activos no corrientes mantenidos para la venta. Su regulación contable se encuentra desarrollada en la Norma 7<sup>a</sup> de la Segunda Parte del PGC-2007.

Los DDEE con finalidad especulativa son perfectamente subsumibles en la categoría de activos no corrientes mantenidos para la venta ya que se trata de un de activo no corriente cuyo valor contable se recupera por medio de su venta y no por su uso continuado. Pero además de esta particularidad deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) el activo debe estar disponible en sus condiciones actuales para su venta inmediata, sujeto a los términos usuales y habituales para su venta;
- b) la venta tiene que ser altamente probable<sup>820</sup>.

La valoración de los derechos se realizará por el menor de los dos importes siguientes: su valor contable y su valor razonable menos los costes de venta. Para la determinación contable del valor en el momento de la reclasificación, se determinará el deterioro del valor en ese momento y se registrará, si procede, una corrección valorativa por deterioro de ese activo. Al igual que lo que sucedía con la RICAC de

---

<sup>820</sup> Esta elevada probabilidad se producirá cuando concurren las siguientes circunstancias: a) la empresa debe encontrarse comprometida por un plan para vender el activo y haber iniciado un programa para encontrar comprador y completar el plan; b) la venta del activo debe negociarse activamente a un precio adecuado en relación con su valor razonable; c) se espera completar la venta dentro del año siguiente a la fecha de clasificación del activo como mantenido para la venta, salvo que, por hechos o circunstancias fuera del control de la empresa, el plazo de venta se tenga que alargar y exista evidencia suficiente de que la empresa siga comprometida con el plan de disposición del activo; d) las acciones para completar el plan indiquen que es improbable que haya cambios significativos en el mismo o que vaya a ser retirado.



8/2/2006, el plan contable establece que estos activos no deben amortizarse.

Al tomarse su valor contable o su valor razonable menos los costos de venta, el sistema de valoración previsto para estos activos no colisiona con el de la RICAC recién mencionada. En razón de ello, la coexistencia de las dos clasificaciones contables de DDEE es admisible.

Cuando uno de estos activos deje de cumplir los requisitos para ser clasificado como “mantenido para la venta” deberá ser reclasificado como inmovilizado intangible. Su valoración se realizará por el menor importe, en la fecha en que proceda la reclasificación, entre su valor contable anterior a su calificación como activo no corriente en venta.

El registro de los DDEE se efectuará dentro del subgrupo 58 (Activos no corrientes mantenidos para la venta), utilizando la Cuenta 580 (Inmovilizado). Los DDEE se cargarán de acuerdo a la valoración antedicha, con abono a las respectivas cuentas del activo corriente y no corriente. Se abonarán en el momento en que se produzca la enajenación o disposición por otra vía del activo no corriente con cargo, generalmente, a cuentas del subgrupo 57, y en caso de pérdidas a la Cuenta 670 (Pérdidas procedentes del inmovilizado intangible).

A efectos de contabilizar la corrección valorativa de estos activo se utilizará la Cuenta 5990 (Deterioro de valor del inmovilizado no corriente mantenido para la venta), perteneciente al subgrupo 59 (Deterioro del valor de inversiones financieras a corto plazo y de activos no corrientes mantenidos para la venta). Esta cuenta se abonará por el importe del deterioro estimado con cargo a la Cuenta

690 (Pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible). Asimismo, se cargará:

- a) cuando desaparezcan las causas que determinaron el reconocimiento de la corrección valorativa por deterioro, con abono a la Cuenta 790 (Reversión del deterioro del inmovilizado intangible);
- b) cuando se enajene el activo o se dé de baja del activo por cualquier otro motivo, con abono a la Cuenta 580.

**c) Empresas no emisoras de GEI que cuya actividad habitual es la especulación basada en la compra y venta de permisos de emisión (Empresas tipo C)**

Algunos autores sostienen que tratándose de una empresa cuya actividad es la compra y venta de DDEE, éstos deben registrarse como inmovilizados financieros con vencimiento a corto o a largo plazo<sup>821</sup>. Pero al ser la compraventa de permisos de emisión su actividad habitual entendemos que deben contabilizarse como existencias.

Esta apreciación surge en la definición de existencias que contiene el PGC-2007. Concretamente, se definen como aquellos “activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación (...)”. Dentro del subgrupo 30 (comerciales)<sup>822</sup>.

De esta manera la valoración inicial de los DDEE estará dada por su costo de adquisición. Los tributos que los gravan se incluirán en el precio de adquisición, siempre no sean recuperables directamente de

---

<sup>821</sup> BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., “El impuesto sobre...”, *op. cit.*, p. 115.

<sup>822</sup> En igual sentido se orienta Csikós, citado en GALLEGO LÓPEZ, J.B., *op. cit.*, p. 80.

Hacienda Pública. Asimismo, el precio de adquisición incluirá el importe facturado por el vendedor después de deducir cualquier descuento, rebaja en el precio u otras partidas similares.

Cuando el valor neto realizable sea inferior al precio de adquisición se realizarán las oportunas correcciones valorativas, reconociéndolas como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias. No obstante ello, si las circunstancias que causaron la corrección del valor de las existencias hubiesen dejado de existir, el importe de la corrección se revertirá, reconociéndose como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias.

El registro contable de los DDEE se efectuará en el subgrupo 30 (comerciales), utilizando la Cuenta 300 o 301 (mercaderías) las cuales figurarán en el activo del balance y solamente funcionarán con motivo del cierre del ejercicio.

Esta cuenta se abonará, al cierre del ejercicio, por el importe del inventario de existencias iniciales, con cargo a la Cuenta 610 (Variación de existencia de mercaderías). Se cargarán por el importe del inventario de existencias al final del ejercicio que se cierra, con abono también a la Cuenta 610.

Por otra parte, la depreciación del valor de los DDEE se contabilizará en la Cuenta 390 (Deterioro de valor de las mercaderías), perteneciente al subgrupo 39 (Deterioro de valor de las existencias).

Se trata de pérdidas reversibles que se ponen de manifiesto con motivo del inventario de existencias de cierre de ejercicio. Esta cuenta figurará en el activo corriente del balance minorando la Cuenta 300 o 301.

Se abonarán por la estimación del deterioro que se realice en el ejercicio que se cierra, con cargo a la Cuenta 6931 (Pérdidas por deterioro de mercaderías). Se cargarán por la estimación del deterioro efectuado al cierre del ejercicio precedente, con abono a la Cuenta 7931 (Reversión del deterioro de mercaderías).

## **2.2. Plano fiscal**

Ahora toca realizar el tránsito desde el beneficio contable hasta el beneficio fiscal, es decir, desde el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias hasta la base imponible del impuesto. A efectos de cuantificar la base imponible del IS habrá que determinar si el resultado obtenido debe ser sometido a ajustes extracontables.

A diferencia del punto anterior, esta vez entendemos que resulta metodológicamente más adecuado realizar un análisis según las situaciones ajustables y no por tipología de empresas.

En ninguna de las tres tipologías de empresas descritas anteriormente se pueden amortizar los DDEE, razón por la cual éste no será un tema relevante a la hora de realizar los ajustes. Pero el registro contable de estos derechos nos lleva a detenernos en tres cuestiones relevantes para evaluar si corresponde realizar algún ajuste fiscal:

- a) las dotaciones efectuadas en concepto de pérdidas por deterioro.
- b) las provisiones por emisión de DDEE.
- c) las dotaciones para hacer frente a las sanciones previstas en el régimen del SECE.

El punto b) y c) se refiere sólo a las empresas emisoras de CO<sub>2</sub> (Empresa tipo A y B), por lo cual, las dotaciones de pérdidas por

deterioro son la única cuestión compartido por los tres supuestos de empresas analizados.

### **a) Pérdidas por deterioro**

La pérdida de valor de los DDEE obliga realizar el registro contable de dicha depreciación. La cuestión es si esa depreciación puede contabilizarse fiscalmente.

El artículo 12 del TRLIS desarrolla el tema de las correcciones por deterioro de valor de los elementos patrimoniales. La depreciación de los DDEE no entra dentro de ninguno de los supuestos especiales de esta norma, siendo el único caso dudoso el punto 7.

El artículo 12.7 habla del inmovilizado intangible de duración indefinida. Atento que los DDEE sólo serán válidos para el período de vigencia de cada PNA<sup>823</sup>, estamos fuera de este supuesto.

Con lo cual, al no aplicarse ninguno de los supuestos de pérdidas por deterioro de los elementos patrimoniales, habrá que ajustar el resultado contable. Se trata de un ajuste positivo a favor de Hacienda ya que no se podrán deducir fiscalmente las pérdidas por deterioro de DDEE que fueron registradas contablemente.

No está de más decir que la corrección se reflejará en la liquidación impositiva del ejercicio en que se contabilizó.

### **b) Provisiones**

Por otra parte, hemos visto que también se contabilizan como provisiones aquellos gastos previstos para adquirir o generar los

---

<sup>823</sup> Artículo 20.3 de la Ley 1/2005.

DDEE que se necesitan para cumplir con el PK. El artículo 13.2 del TRLIS establece lo siguiente:

“Los gastos correspondientes a actuaciones medioambientales serán deducibles cuando se correspondan a un plan formulado por el sujeto pasivo y aceptado por la Administración tributaria. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para la resolución de los planes que se formulen.”<sup>824</sup>

La antigua redacción del citado artículo<sup>825</sup> había generado diversas interpretaciones sobre la posibilidad de deducir las provisiones por gastos de los DDEE, aunque, a decir verdad, la mayoría de la doctrina ha ido volcando hacia la postura afirmativa<sup>826</sup>.

No obstante ello, entendemos que la nueva normativa es muy clara a la hora de permitir la deducción de los gastos medioambientales, incluyendo los que generen los DDEE, siempre que se correspondan con un plan aceptado por la autoridad fiscal. Este plan está regulado en el reglamento del IS (art. 10 al 14 RD 1777/2004), y es perfectamente aplicable al caso en cuestión.

La reglamentación sobre los planes de gastos medioambientales establece que la solicitud deberá especificar lo siguiente<sup>827</sup>:

---

<sup>824</sup> La redacción de este artículo fue modificada para los períodos impositivos iniciados a partir de 1/1/2008, por la Disposición Adicional 8.1.3 de la Ley 16/2007, de 4 de julio RCL\2007\1311

<sup>825</sup> “No serán deducibles las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables” (Art. 13.1 de la LIS). Tengamos en cuenta que esta redacción se mantiene vigente para todos los ejercicios que hayan comenzado en 2007 y todos los años anteriores.

<sup>826</sup> Donde mejor encontramos explicado esto es en BILBAO ESTRADA, I.; MATEOS ANSÓTEGUI, A.I.; *op. cit.*, p. 16 a 31.

<sup>827</sup> Artículo 10 del RD 1777/2004.

- descripción de las obligaciones del sujeto pasivo o compromisos adquiridos por el mismo para prevenir o reparar daños sobre el medio ambiente;
- descripción técnica y justificación de la necesidad de la actuación a realizar;
- Importe estimado de los gastos correspondientes a la actuación medioambiental y su justificación;
- criterio de imputación temporal del importe estimado de los gastos correspondientes a la actuación medioambiental y su justificación;
- fecha de inicio de la actuación medioambiental.

Mediante resolución motivada, la Administración podrá aprobar el plan sin modificaciones, aprobarlo con alteraciones o desestimarlos por completo<sup>828</sup>.

En definitiva, no será necesario realizar ninguna corrección del resultado contable por la dotación de las provisiones efectuadas conforme a la RICAC 8/2/2006.

### **c) Dotaciones para hacer frente a las sanciones previstas en el régimen del SECE**

Según la legislación vigente, los gastos que la empresa efectúe como sanción por la comisión de alguna de las infracciones establecidas en el régimen del SECE<sup>829</sup>, no pueden deducirse fiscalmente a pesar de haberse registrado contablemente.

Basta con acudir al artículo 14 del TRLIS, cuyo apartado 1.c) menciona que “no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles... las multas y sanciones penales y administrativas...”.

---

<sup>828</sup> Artículo 12 del RD 1777/2004.

<sup>829</sup> *Vid.* Capítulo VIII de la Ley 1/2005.

Atento que las sanciones estipuladas en la Ley 1/2005<sup>830</sup> tienen carácter administrativo, será necesario realizar un ajuste fiscal positivo por la cuantía que las mismas representen.

### **2.3. Cuota diferencial**

Una vez aclarado el tema de las correcciones fiscales, el siguiente paso será calcular la cuota diferencial, para lo cual, la primera tarea consiste en aplicar el tipo de gravamen sobre la base imponible obtenida<sup>831</sup>.

A la gran mayoría de las empresas, sean o no emisoras de CO<sub>2</sub>, se le aplicará una alícuota del 30%<sup>832</sup>. Pero a las entidades dedicadas a la exploración, investigación y explotación de yacimientos y almacenamientos subterráneos de hidrocarburos en los términos establecidos en la Ley 34/1998<sup>833</sup>, se le aplicará un tipo de gravamen del 35%<sup>834</sup>.

Eventualmente, sobre la cuota íntegra se podrán aplicar dos tipos de deducciones: la deducción para evitar la doble imposición internacional y la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

Decimos “eventualmente” ya que estas deducciones sólo serán viables en la medida en que ocurran determinadas circunstancias que pasaremos a analizar.

---

<sup>830</sup> Artículo 30 de la Ley 1/2005.

<sup>831</sup> Artículo 29 del TRLIS.

<sup>832</sup> Artículo 28.1 del TRLIS, reformado por el apartado N° 1 de la Disposición Adicional Octava.

<sup>833</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (BOE N° 241, de 8 de octubre de 1998).

<sup>834</sup> Artículo 28.7 del TRLIS, reformado por el apartado N° 2 de la Disposición Adicional Octava.



La deducción para evitar la doble imposición internacional se aplica siempre y cuando la entidad hubiese vendido los DDEE del extranjero y no sea de aplicación ningún CDI<sup>835</sup>. Este punto será desarrollado en los capítulos siguientes de la tesis.

En cuanto a la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios de la cuota íntegra, es posible deducir el 12% de las rentas positivas obtenidas de la transmisión de los DDEE (inmovilizado intangible), si se realiza una reinversión con la renta obtenida de la venta de DDEE. Esta reinversión debe haberse aplicado en relación con alguno de los siguientes elementos patrimoniales<sup>836</sup>:

- a) los pertenecientes al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas cuya entrada en funcionamiento se realice dentro del plazo de reinversión;
- b) los valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5% sobre el capital social de aquéllos<sup>837</sup>.

Se entenderá realizada la reinversión en los siguientes supuestos:

---

<sup>835</sup> Artículo 31 del TRLIS.

<sup>836</sup> Artículo 42 del TRLIS.

<sup>837</sup> No se entenderán comprendidos en ese apartado los siguientes valores: a) que no otorguen una participación en el capital social o fondos propios; b) sean representativos de la participación en el capital social o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español cuyas rentas no puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 21 de esta Ley; c) sean representativos de instituciones de inversión colectiva de carácter financiero; d) sean representativos de entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

- a) cuando la adquisición se realice mediante operaciones realizadas entre entidades de un mismo grupo, en el sentido del artículo 16 del TRLIS, acogidas al régimen especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS;
- b) cuando la adquisición se realice a otra entidad del mismo grupo, en el sentido del artículo 16 del TRLIS, excepto que se trate de elementos nuevos del inmovilizado material o de las inversiones inmobiliarias.

La reinversión debe practicarse dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la puesta a disposición del elemento patrimonial transmitido y los tres años posteriores, o, excepcionalmente, de acuerdo con un plan especial de reinversión aprobado por la Administración tributaria a propuesta del sujeto pasivo.

Esta deducción se efectuará sobre la cuota íntegra del período impositivo en que se efectuó la reinversión. Cuando la reinversión se haya realizado antes de la transmisión, la deducción se practicará en la cuota íntegra del período impositivo en el que se realizó dicha transmisión. Además, no se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del artículo 44.1 del TRLIS.

La base de la deducción se constituye por el importe de la renta obtenida en la transmisión de los DDEE. A efectos del cálculo de la base de deducción el valor de transmisión no podrá superar el valor de mercado.

Por un lado, no formarán parte de la renta obtenida en la transmisión el importe de las pérdidas por deterioro relativas a los permisos de emisión. Y por otro lado, no se incluirá en la base de

deducción la parte de la renta obtenida en la transmisión que haya generado del derecho a practicar la deducción por doble imposición.

En caso que la reinversión sea una cantidad inferior al importe obtenido en la transmisión, la base de deducción será la parte de la renta que proporcionalmente corresponda a la cantidad reinvertida.

Finalmente, es importante tener en cuenta que los elementos patrimoniales objeto de reinversión deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de cinco años. Este plazo será de tres años si se trata de bienes muebles, excepto si su vida útil conforme al método de amortización que se aplique fuere inferior.

La transmisión de los elementos patrimoniales antes de la finalización del mencionado plazo acarreará la pérdida de la deducción, excepto si el importe obtenido o el valor neto contable (si éste fuera menor) es objeto de reinversión en los términos establecidos en el artículo 42 del TRLIS. En estos casos, la pérdida del derecho de esta deducción se regularizará en la forma establecida en el artículo 137.3 del TRLIS.

Ya para finalizar el proceso de liquidación impositivo, serán deducibles de la cuota íntegra ajustada (y positiva) los siguientes conceptos:

- a) retenciones a cuenta;
- b) ingresos a cuenta;
- c) pagos fraccionados.

Cuando dichos conceptos superen la cantidad resultante de practicar en la cuota íntegra las deducciones pertinentes, la Administración tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso<sup>838</sup>.

### **3. Breve referencia a las consecuencias derivadas del diferente tratamiento contable y fiscal de los derechos de emisión**

#### **3.1. Introducción**

En las páginas precedentes vimos que los resultados contables y los ajustes fiscales a los que aquellos se someten ocupan un papel vital en la fiscalidad de los DDEE, ya que todo ello confluirá en la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta.

A pesar de esta señalada trascendencia, actualmente no existe un desarrollo homogéneo (ni internacional<sup>839</sup> ni europeo) sobre el tratamiento contable y tributario derivado del mercado de DDEE.

Esta ausencia se advierte no sólo en los impuestos directos sino también en los indirectos. De todas maneras, atendiendo al objeto de estudio de la presente tesis, nos centraremos en el ámbito de la tributación directa.

En este punto pretendemos resaltar brevemente las consecuencias que la disparidad de normas contables y fiscales sobre los DDEE puede generar en la planificación tributaria de las empresas<sup>840</sup>. Está claro que no es el tema central de la tesis, sí tal vez para un futuro

---

<sup>838</sup> Artículo 46 del TRLIS.

<sup>839</sup> Recordemos que la IFRIC 3 *Emissions rights* fue derogada en 2005 a raíz de las observaciones efectuadas por el EFRAG.

<sup>840</sup> Para un análisis más profundo de esta cuestión consular: BILBAO ESTRADA, I.; FARGAS MAS, L. M. y MATEOS ANSÓTEGUI, A. I., “Los derechos de emisión y el IS en la UE”, en “La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro” (Coord.: Iñaki Bilbao Estrada; Francisco A. García Prats y Alberto Cornejo Pérez), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009.

trabajo, pero no queremos dejar de hacer una breve mención sobre estas cuestiones.

A continuación enunciaremos los diferentes aspectos contables y fiscales que pueden influir en la planificación tributaria de las empresas en relación a los DDEE.

### **a) Naturaleza contable**

Siguiendo lo dispuesto por la IFRIC 3 del IASB<sup>841</sup>, la mayoría de los Estados consideran a los DDEE como activos intangibles<sup>842</sup>. Pero algunos Estados se han apartado de esta regla y los tratan como existencias (Holanda, Polonia y Suecia); activos financieros a corto plazo (Eslovaquia); *stock*, cuando su posesión obedece a fines meramente especulativos (Hungria y Estonia) o activos financieros, cuando su posesión obedece a fines meramente especulativos (Francia).

La elección de calificación contable no es intrascendente, ya que la manera en que se consideren los DDEE trae consigo importantes consecuencias. Catalogarlos como activos no corrientes (intangible) o activos corrientes (existencias), puede alterar significativamente las *ratio* habituales de los estados financieros.

A su vez, la naturaleza que finalmente adopten estos derechos condicionará cuestiones como la posibilidad de amortización o depreciación, la valoración y registro de eventuales deterioros de valor, las provisiones con las subsiguientes consecuencias que ello puede acarrear en el plano fiscal.

---

<sup>841</sup> Confirmada luego por el EFRAG (*Draft on negative endorsement on IFRIC 3 Emission Rights*, publicado el 6 de mayo de 2005).

<sup>842</sup> Entre los cuales se encuentra España e Italia.

## **b) Amortización o depreciación**

Desde un comienzo esta cuestión es objeto de debate, ya que como los DDEE están expuestos a pérdidas de valor (reversibles e irreversibles) es lógico pensar que puedan ser amortizables.

No obstante, en última instancia, la mayoría de los Estados siguió las recomendaciones del IASB y se inclinaron en favor de las provisiones. De esta manera, se ha rechazado la posibilidad de amortización justificada en la falta de un proceso de depreciación sistemática de estos inmovilizados.

Sin embargo, existen algunos supuestos en los que se ha permitido la amortización: Italia<sup>843</sup>, Hungría, Dinamarca, Lituania y Finlandia. En el caso de estos dos últimos países, la amortización sólo es posible para los derechos adquiridos a título oneroso, es decir que no se aplica en las asignaciones gratuitas.

Las implicancias derivadas de amortizar o provisionar los derechos no son residuales, ya que las cuotas de amortización se consideran como gasto, y por lo tanto fiscalmente deducibles. Cosa que no ocurre en el caso de las provisiones.

## **c) Deterioro de valor**

Ya hemos visto que los permisos de contaminación están sometidos a posibles pérdidas de valor en el mercado. Ello es así ya que su valor contable a la fecha de cierre puede ser inferior al del momento de adquisición o asignación.

---

<sup>843</sup> Sólo en los casos en que los DDEE se clasifiquen como activos intangibles.

Cuando el valor contable sea inferior al de mercado, y además no fuera recuperable por la generación de ingresos suficientes para cubrir los costes y gastos, se debe reconocer dicho deterioro.

A tales fines la mayoría de los países siguen las disposiciones de la NIC 36, que se aplica a todos los activos, distintos de las existencias o los activos financieros. Para estos últimos casos, que como hemos señalados algunos países adoptan respecto a los DDEE, se considerará la NIC 2 y la NIC 39, respectivamente.

De tal manera que, de una u otra forma, prácticamente todos los Estados miembros prevén la contabilización del deterioro de valor de mercado de estos derechos. Pero, una vez más, esta práctica no es unánime, ya que países como Chipre, Irlanda, Lituania y Portugal no la admiten.

Por otra parte, no todos los ordenamientos tributarios internos permiten la deducción fiscal de este deterioro reconocido en el plano contable. Entre los Estados que sí contemplan esta posibilidad encontramos a Francia, España y Reino Unido.

#### **d) Gravamen de la asignación inicial de los derechos de emisión**

Como es sabido, en un principio las empresas reciben los derechos a través de una asignación inicial. Esta asignación no se encuentra fiscalmente alcanzada por la mayoría de los países, pero existen algunas excepciones: Bélgica, Francia, Hungría, Reino Unidos, entre otros.

Los países que hayan optado por no gravar la asignación inicial de DDEE presentan una clara ventaja respecto a aquellos en los que existe una carga fiscal. Este tratamiento fiscal será, sin lugar a

dudas, tenido en cuenta por las empresas que realicen actividades restringidas por el PK.

### **e) Gravamen por la transmisión de derechos de emisión**

El acuerdo es unánime respecto a la imposición de la transmisión de los DDEE. La tributación se basa en el incremento patrimonial obtenido por la transferencia que se obtiene sobre la base del resultado contable. Habrá que buscar la diferencia entre el valor contable y el precio de venta. Con lo cual, el valor finalmente gravado dependerá en gran medida del método de valoración utilizado por la empresa: el del coste o el de revalorización<sup>844</sup>.

Según el modelo del coste, el activo (DDEE) se contabiliza por su coste menos las correcciones valorativas que puedan afectarle<sup>845</sup>. Según el método de revalorización los derechos se contabilizan por su valor razonable, determinado en relación a un mercado activo<sup>846</sup> en el momento de la valoración<sup>847</sup>.

En el primer caso, el cálculo se hará sobre la base de los datos históricos; pero en el segundo se tomará el valor de mercado más reciente a la fecha de la enajenación.

Las divergencias entre ambos métodos se evidencian claramente en momentos de tendencias alcistas de precios, en donde la diferencia de precios será mayor con el mecanismo de la revalorización. En cambio, cuando se producen caídas en los precios de los DDEE, el método del coste podrá reflejar el deterioro del valor, con lo cual, el

---

<sup>844</sup> Alternativas propuestas por la NIC 38.

<sup>845</sup> Solo se considerarían las pérdidas de valor reversibles con arreglo a lo dispuesto en la NIC 36.

<sup>846</sup> NIC 39 y 39.

<sup>847</sup> Como norma general las disminuciones de valor de los permisos de contaminación se reflejarán como pérdidas del período respectivo y los incrementos se ajustarán contra reservas.



incremento patrimonial alcanzado en ambos casos no presentará demasiadas diferencias.

#### **f) Precios de transferencia y valor normal de mercado**

No resulta nada extraño que se produzcan transmisiones de DDEE entre empresas vinculadas, siendo necesario, a partir de ello, plantear cuestiones sobre precios de transferencia respecto a dichas operaciones.

El problema en este punto es determinar cuándo estamos ante empresas vinculadas y qué tratamiento se les aplicará a las transacciones realizadas intra-grupo respecto a los DDEE. Las respuestas a este interrogante dependerán lógicamente de la normativa interna de cada Estado<sup>848</sup>.

El tratamiento generalmente aplicable a los precios de transferencia es el reajuste de la transacción a los precios normales de mercado. Pero la determinación del precio normal de mercado no es una empresa fácil cuando se trata de DDEE.

El problema radica en que no existe un mercado oficial de DDEE, y por ende, tampoco un precio único de referencia. La tarifa de estos derechos sólo puede hallarse en los mercados privados disgregados por el mundo bajo la denominación de “bolsas de derechos de emisión”<sup>849</sup>. Asimismo, no todas las operaciones se realizan a través

---

<sup>848</sup> Artículos 15.2 del TRLIRNR y 16.2 del TRLIS.

<sup>849</sup> Entre las bolsas de DDEE más importantes del mundo encontramos las siguientes: Bluenext (Francia); Chicago Climate Exchange (EEUU); Chicago Climate Futures Exchange (EEUU); Climex (Holanda); Energy Exchange Austria (Austria); Envex (Australia); European Climate Exchange (Londres); European Energy Exchange (Alemania); Montreal Climate Exchange (Canadá); Nord Pool (Escandinavia); Powernext (Francia); Sendeco (España) Tianjin Climate Exchange (China).

de estos mercados organizados; también se realizan mediante operaciones bilaterales y o recurriendo a *brokers*.

De todas maneras, lo que queremos destacar es la trascendencia que comporta para el mercado de DDEE el diferente tratamiento que se le otorgue a los precios de emisión en la normativa interna de los diferentes países.

### **g) Tipos de gravamen**

Los diversos tipos de gravamen existentes en el impuesto sobre la renta de personas jurídicas (que van del 10 al 35%) también pueden condicionar el lugar donde finalmente se lleven a cabo las operaciones de transmisión y enajenación de los DDEE, e incluso la localización de empresas emisoras.

### **h) El carácter deducible de la sanción derivada del incumplimiento de la obligación de entrega de los derechos de emisión**

Al regular el impuesto sobre la renta, algunos países pueden establecer la posibilidad de deducir la sanción impuesta como consecuencia del incumplimiento de entrega de DDEE que establece el PK. Este no es el caso de España<sup>850</sup>.

De manera que dentro de las fronteras comunitarias conviven regímenes tributarios en los que es posible deducir las sanciones impuestas y regímenes en los que no.

Esta disparidad de criterios puede distorsionar el mecanismo de DDEE en el sentido que las empresas, a la hora de confeccionar su planificación tributaria, podrían intentar “incumplir” sus obligaciones

---

<sup>850</sup> Artículo 14.1.c) del TRLIS.

de entrega en el país donde se permita la deducción de la sanción que dicha conducta trae aparejada.

### 3.2. Reflexión

El punto anterior es una muestra de cómo el desigual tratamiento contable y fiscal puede desencadenar diferentes consecuencias tributarias para las empresas que intervienen en el comercio de DDEE. Personalmente creemos que esta dispersión normativa, tanto a nivel internacional como a nivel europeo, acabará encontrando la solución a través del *soft law*.

Teniendo en cuenta el grado de la obligatoriedad de sus normas, la normativa pueden clasificarse *hard law* (derecho duro) y *soft law* (derecho suave), este último más propio de los países anglosajones<sup>851</sup>. A diferencia del *hard law*, el *soft law* consiste en una serie de normas no vinculantes que, por tanto, no entrañan una obligación jurídica para los sujetos a quienes se aplican.

Desde hace ya unos años el derecho suave se erige uno de los principales instrumentos para la coordinación de normas jurídicas a nivel mundial, y esta función se acentúa más en el Derecho tributario internacional.

La difusión del *soft law* se lleva a cabo mediante una modalidad que resulta atípica en el derecho interno. Por un lado, su carácter no vinculante hace que los Estados no vean limitada su soberanía nacional, salvo que voluntariamente decidan incorporar el derecho suave a su ordenamiento jurídico (*hard law*). Por otro lado, la necesidad de remover barreras fiscales internacionales exige que no se determinen conflictos negativos o positivos de imposición y que se

---

<sup>851</sup> Los orígenes y desarrollo del derecho suave pueden verse en ROBILANT, A., "Genealogies of soft law", in American Journal of Comparative Law, Vol. 54, 2006, p. 499 y ss.

establezcan formas coordinadas de reglamentación fiscal internacional<sup>852</sup>.

Atento a que el mercado de derechos de contaminación tiene vocación universal, entendemos que esta solución puede ser utilizada tanto a nivel mundial como europeo. De hecho, a nivel europeo, desde hace más de diez años el derecho suave viene siendo la estrategia utilizada para alcanzar la integración fiscal<sup>853</sup>. Es por ello que no nos sorprendería que finalmente ésta sea la solución para resolver la falta de coordinación fiscal y contable del comercio de permisos de emisión.

Este cambio de estrategia de la UE se inició particularmente con el dictado de tres comunicaciones: COM (2001) 214 final, de 19 de abril de 2001: “La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo”; la COM (2001) 260 final, de 23 de mayo de 2001: “Política fiscal en la Unión Europea – prioridades para los años futuros” y la COM (2001) 582 final, de 23 de octubre de 2001: “Hacia un mercado interno sin obstáculos fiscales”. A partir de ese momento la Comisión Europea ha ido elaborando otras siete comunicaciones<sup>854</sup> fiscales más en el

---

<sup>852</sup> PISTONE, P., “Tratados fiscales internacionales y *soft law*”, en *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 1198.

<sup>853</sup> PISTONE, P., “Tratados fiscales internacionales...”, *op. cit.*, p. 1206 y PISTONE, P., “Soft tax law: steering legal pluralism towards international tax coordination, in Weber, D. (ed.), *Traditional and alternative routes to European tax integration*, IBFD Publications, Amsterdam, p. 111 y ss. Apoyan esta metodología DAVID, M.; COTTRELL, P. and NANCE, M. T., “Soft law, hard law and european integration: toward a theory of hybrid”, November 2005, University of Wisconsin legal studies research paper N° 1002, p. 29 y ss. (citados en PISTONE, P., “Tratados fiscales internacionales...”, *op. cit.*, p. 1206).

<sup>854</sup> COM (2003) 810, de 19 de diciembre de 2003: “Imposición de dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior”; COM (2003) 726, de 24 de noviembre de 2003: “Un mercado interior sin obstáculos vinculados al impuesto de sociedades: logros, iniciativas actuales y retos pendientes”; COM (2005) 702 de 23 de diciembre de 2005 “Superación de los obstáculos con que se enfrentan las pequeñas y medianas empresas en el mercado interior en materia de impuesto de sociedades – Esbozo de una posible aplicación de un régimen piloto de imposición

ámbito de los impuestos internos, demostrando una clara continuidad de esta línea de trabajo.

La mayoría de los aspectos de disgregación normativa que hemos visto en el punto anterior tienen una inmediata relación con la imposición directa, materia tradicionalmente no alcanzada por la normativa comunitaria.

En un primer momento la UE, se centró en la armonización de los impuestos indirectos, particularmente el IVA. No obstante, y pese a la reticencia inicial de algunos Estados miembros, la progresiva eliminación de muchas barreras fiscales en el marco internacional ha generado el abordaje de la imposición directa dentro de la UE. Circunstancia ésta que se evidencia, entre otras cosas, con las comunicaciones que mencionamos anteriormente.

De manera que la innegable utilización del *soft law* para coordinar (no armonizar) la normativa fiscal comunitaria sumada a la creciente focalización de la UE en los impuestos directos, presenta al derecho suave como la herramienta más natural para la integración de las cuestiones contables y fiscales de los DDEE dentro de la UE.

Pero esto no quiere decir, ni mucho menos, que esta tarea no pueda llevarse a cabo a nivel mundial. Sólo que, el escenario europeo actual y de la estrecha conexión de los países comunitarios, nos lleva a pensar que la presencia del *soft law* en el mercado de DDEE se

---

según las normas del Estado de origen”; COM (2006) 823, de 19 de diciembre de 2006: “La coordinación de los sistemas de imposición directa en los Estados miembros en el mercado interior”; COM (2006) 824, de 19 de diciembre de 2006: “Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo”; COM (2006) 825, de 19 de diciembre de 2006: “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros” y COM (2007) 785, de 10 de diciembre de 2007: “Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa – dentro de la UE y en relación con terceros países”.

producirá primero en el seno de la UE para luego desembocar en el ámbito mundial.

#### **4. Consideraciones finales**

1. Los beneficios provenientes de la compra y venta de derechos de emisión están sometidos al impuesto sobre la renta. Su regulación varía según se trate de una persona física o jurídica. A su vez, dentro de cada una de estas variantes existen distintos subgrupos cuya tributación tiene un tratamiento fiscal particularizado.

2. Respecto a las personas físicas, cuando se produce una ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos, la actividad del sujeto evidencia una cierta continuidad. Se trata de beneficios empresariales.

Pero cuando esas operaciones se realizan esporádicamente, y sin una estructura organizada para tales efectos, ya no estamos ante rendimientos de empresa sino ante una mera ganancia o pérdida patrimonial aislada.

En virtud de ello, las ganancias del comercio de derechos de emisión pueden incorporarse en cualquiera de las dos categorías dependiendo de la habitualidad de las operaciones realizadas.

3. No es lo normal, pero es posible encontrar una persona física que sea propietaria de una instalación contaminante y que, en virtud de ello, se encuentre sometida a las restricciones del Protocolo de Kioto y del Sistema Europeo de Comercio de Emisiones.

Al ser estos derechos necesarios para el ejercicio de la actividad y para la obtención de rendimientos, podrán ser considerados como elementos patrimoniales afectos a la actividad. El resultado que

produzca la transmisión de estos elementos se cuantificará como ganancias o pérdidas patrimoniales.

4. El rendimiento de las actividades económicas se determina según las normas contables y fiscales que afectan a las personas jurídicas y los preceptos de la Ley del Impuesto sobre las Personas Físicas. Los permisos de emisión serán considerados contablemente como existencias. El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales es aquél que surge de la diferencia entre el valor de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales.

5. La distinción de rentas es fundamental ya que el impuesto a pagar dependerá en gran medida donde ubiquemos los resultados económicos del comercio de derechos de contaminación. Esto es así ya que los beneficios empresariales forman parte de la renta general y las ganancias y pérdidas patrimoniales de elementos patrimoniales integran la renta de ahorro.

6. El registro, valoración e información de los derechos de emisión está regulado en España por la RICAC de 8/2/2006. No sólo respeta las disposiciones generales de la Directiva SECE, sino que además coincide con las sugerencias del EFRAG.

Sus disposiciones se aplican únicamente a las empresas que tengan derechos de emisión a través de un Plan Nacional de Asignación, es decir que tengan restricciones contaminantes. Según esta resolución, el permiso de emisión es un inmovilizado inmaterial o intangible. Si bien no se amortizan, si sufren depreciaciones de valor.

7. La regulación cambia para las instalaciones con restricción de emisiones que no sólo utilizan los permisos de contaminación para emitir dióxido de carbono sino que también especulan con su valor.

Con el nuevo Plan General Contable es posible la convivencia entre permisos de emisión registrados de manera diferenciada: por un lado, manteniendo los derechos registrados como inmovilizados intangibles (derechos para contaminar); y por el otro, en vez de derechos de emisión como inmovilizados financieros los clasificaríamos como activos no corrientes mantenidos para la venta (especulación).

8. Otra es la cuestión en el caso de las empresas meramente especuladoras. Al ser la compra y venta de permisos de emisión su actividad habitual entendemos que, a partir de las definiciones del Plan General Contable de 2007, deben contabilizarse como existencias.

9. En el plano fiscal habrá que realizar ajustes positivos a favor de Hacienda en el caso de las depreciaciones de derechos y en las dotaciones por sanciones. Pero, a diferencia de los casos anteriores, en el caso de las provisiones para riesgos y gastos no será necesario realizar ajustes al resultado contable.

10. Hoy en día no existe un tratamiento fiscal y contable homogéneo, ni a nivel mundial ni a nivel europeo. Esto genera que los países presenten muchas diferencias a la hora de regular los derechos de contaminación.

Esta situación puede acarrear numerosas consecuencias de cara a la planificación tributaria de las empresas, circunstancia ésta que lógicamente influirá en el mercado de estos derechos e incluso en la localización de la contaminación. Por ello creemos que tarde o temprano se terminará alcanzando una coordinación normativa mediante el *soft law*.





## **CUARTA PARTE**

### **TRIBUTACIÓN DE LA RENTA OBTENIDA POR LAS PERSONAS NO RESIDENTES EN ESPAÑA**



## **CAPÍTULO V**

### **EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES EN ESPAÑA**

En el capítulo anterior estudiamos la tributación sobre la renta obtenida por las personas residentes en territorio español. Ahora nos centraremos en la tributación que afecta a la compra y venta de los DDEE a nivel internacional, es decir, la imposición que grava los rendimientos obtenidos por los no residentes en España.

El primer paso es averiguar si el país de residencia del contribuyente ha suscrito un CDI con España. En caso afirmativo, habrá que estarse a las estipulaciones acordadas en cada convenio; pero en caso negativo tendremos que recurrir a la legislación interna aplicable a los no residentes.

Hoy en día, el impuesto sobre la renta de los no residentes está regulado fundamentalmente por el Real Decreto Legislativo 5/2004<sup>855</sup>, que aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre no residentes, y el Real Decreto 1776/2004<sup>856</sup>, que aprobó su reglamento. De esta manera, la normativa interna se aplicará siempre que no exista CDI o cuando éste remita a la legislación de alguno de los estados firmantes.

En este capítulo nos centraremos en aquellos supuestos en que los no se haya suscrito un CDI, es decir, en el TRLIRNR. En el siguiente capítulo analizaremos los preceptos del MCOCDE y del MCONU, como las dos grandes guías internacionales para la confección de

---

<sup>855</sup> RDL 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE N° 62, de 12 de marzo de 2004).

<sup>856</sup> RD 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (BOE N° 188, de 5 de agosto de 2004).

CDIs<sup>857</sup>. Finalmente, el último capítulo lo dedicaremos al estudio de dos ejemplos concretos de CDIs suscritos por España (Argentina e Italia).

## 1. Introducción

Hasta no hace mucho tiempo la regulación del impuesto sobre la renta distinguía entre un régimen personal aplicable a los sujetos pasivos residentes en territorio español y un régimen de obligación real para los contribuyentes no residentes en España. De esta manera, tanto la LIRPF como la LIS contemplaban un impuesto sobre la renta desdoblado, con una naturaleza y estructuras bien diferenciadas.

Esta situación cambió con la ley 41/1998, actualmente refundida por el RDL 5/2004, a partir del cual el impuesto sobre la renta de no residentes está regulado de forma independiente. Así las cosas, el IRNR se separa de los dos grandes bloques reguladores de la imposición directa sobre la renta<sup>858</sup>.

---

<sup>857</sup> Existen dos grandes modelos de convenios para evitar la doble imposición internacional: el Modelo de Convenio de la Organización de Naciones Unidas (MCONU) y el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (MCOCDE). Como veremos más adelante, el MCOCDE es un documento ideado por los Estados más desarrollados en la segunda mitad del siglo XX. Ante el creciente número de transacciones internacionales susceptibles de tributación, su objetivo era alcanzar una coordinación a nivel mundial que permitiese asegurar las mismas condiciones fiscales de competencia internacional. Por su parte, el MCONU nace en 1980 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Su creación tuvo como finalidad equilibrar las relaciones entre los países desarrollados y los que están en desarrollo, ya que aquéllos les imponen sus condiciones teniendo en cuenta su calidad de países exportadores de capital y tecnología. Es por ello que, a diferencia del MCONU, el MCOCDE siempre intentará que las rentas sean sometidas a tributación en el país de la residencia y no en el de la fuente. En definitiva, la idea era contrarrestar, en la medida de lo posible, las cláusulas favorables a los países con mayor poderío económico.

<sup>858</sup> Carmona Fernández señala que entre las razones de esta emancipación se destacan principalmente dos: por un lado, la elevada dosis de especificidad de este campo tributario hace necesaria la regulación de un tratamiento independiente y coherente, al margen de la naturaleza física o jurídica del perceptor de las rentas; por el otro, la necesidad de evitar una crónica y lamentable tendencia a la

El hecho imponible de este impuesto consiste en la obtención de rentas en territorio español por las personas físicas y entidades no residentes en éste<sup>859</sup>. Si bien se asemeja a los hechos imponibles del IRPF y del IS, en cuanto que hablan de la obtención de rentas, existe una importante diferencia entre éstos y aquél.

Tal y como está regulado el IRNR, parece que su regulación no descansa tanto en el principio de capacidad económica, cuya aplicación resulta mucho menos patente que en el Estado de residencia, sino más bien en el principio de tributación en la fuente. Este último opera en defecto de convenio para evitar la doble imposición o cuando éste lo autorice<sup>860</sup>.

Al considerar el principio de la fuente, el impuesto adquiere una naturaleza real, aún cuando se trate de un tributo directo sobre la renta. Es evidente que la persona ya no es el vínculo de sujeción al tributo sino el lugar en que el contribuyente obtiene su renta.

De lo expuesto se deduce entonces que la territorialidad, junto a la condición de no residente del contribuyente, resulta fundamental en la configuración del hecho imponible, y es, en última instancia, la razón de ser del IRNR.

Antes de entrar de lleno en la tributación de los DDEE, nos detendremos brevemente en tres elementos fundamentales del IRNR:

- que el sujeto pasivo no sea residente (elemento subjetivo).

---

dispersión regulatoria de este sector impositivo (CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Guía del impuesto sobre la renta de no residentes", 1º Ed., Ed. CISS, Bilbao, 2003, p. 29).

<sup>859</sup> Artículo 1 del TRLIRNR.

<sup>860</sup> SOLER ROCH, M. T. y NÚÑEZ GRAÑÓN, M., "El impuesto sobre la renta de no residentes: Hecho imponible y criterios de sujeción", en "Fiscalidad Internacional" (Coordinador: Fernando Serrano Antón), 3º Ed., Ed. CEF, Madrid, 2007, p. 18.

- el ámbito espacial que comprende el territorio español (elemento espacial).
- los supuestos de renta obtenida dentro del territorio español (elemento objetivo).

#### **a) Delimitación del elemento subjetivo**

El TRLIRNR no define a las personas o entidades no residentes sino que, en un acto de integración jurídica, remite directamente a la LIRPF y a la LIS, en cuyo contenido se determina cuándo una persona es residente en territorio español<sup>861</sup>. En virtud de ello, el régimen se desdobra según se trate de persona física o jurídica.

En líneas generales se considera que una persona física tiene su residencia en territorio español cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias<sup>862</sup>:

- que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español (incluyendo las ausencias esporádicas); o
- que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta.

Asimismo, existe una presunción *iuris tantum* de que el contribuyente tiene su residencia habitual en el país cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, residan habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél.

En cuanto a las personas jurídicas y demás entidades, son consideradas residentes en territorio español cuando concorra alguno de los siguientes requisitos:

---

<sup>861</sup> Artículo 6 del TRLIRNR.

<sup>862</sup> Artículo 9.1 de la LIRPF.

- que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas;
- que tengan su domicilio social en territorio español; o
- que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

Se entiende que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en España cuando allí radique la dirección y control del conjunto de sus actividades<sup>863</sup>.

## **b) Delimitación del elemento espacial**

El ámbito de aplicación del TRLIRNR está constituido por el territorio del Estado español, incluyendo el espacio aéreo, las aguas interiores, el mar territorial y las áreas exteriores a él<sup>864</sup>. Todo ello sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra.

La normativa que aprueba el convenio económico con Navarra<sup>865</sup> y el concierto económico con el País Vasco<sup>866</sup>, ha modificado el ámbito de las competencias exclusivas del Estado. De acuerdo con estas leyes, dentro del ámbito de su territorio se aplicará el IRNR regulado para cada uno de ellos.

En ambos casos el IRNR se define como un gravamen concertado que se rige por las mismas normas sustantivas y formales que las establecidas por el Estado<sup>867</sup>. Más allá de esta regla general, se

---

<sup>863</sup> Artículo 8 del TRLIS.

<sup>864</sup> Artículo 2.2 del TRLIRNR.

<sup>865</sup> Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el convenio económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra (BOE N° 310, de 27 de diciembre de 1990. Modificada por la Ley 19/1998, de 15 de junio y por la ley 25/2003, de 15 de julio).

<sup>866</sup> Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE N° 124, de 24 de mayo de 2002).

<sup>867</sup> Artículo 28.1 del convenio económico de Navarra y artículo 21 del concierto económico del País Vasco.



exceptúan los casos de establecimientos permanentes de personas o entidades residentes en el extranjero domiciliadas en el País Vasco o en Navarra, en los cuales se aplica la normativa foral del IS. Para ello, es necesario que, teniendo su domicilio fiscal en el País Vasco o en Navarra, el volumen de operaciones en el ejercicio anterior no haya excedido de 6.000.000 euros<sup>868</sup>.

La segunda excepción territorial del IRNR versa sobre los territorios de Canarias, Ceuta y Melilla. A estos efectos, se tendrán en cuenta las especialidades que resulten aplicables en virtud de su normativa específica y de lo dispuesto en dicha Ley.

El principal objetivo de la ley es dejar en claro que todas las particularidades fiscales que les son aplicables a estos territorios tienen vigencia y gozan de aplicación en el marco del TRLIRNR.

### **c) Delimitación del elemento material**

Ya hemos visto que el IRNR alcanza las rentas obtenidas en territorio español por una persona o entidad no residente en el mismo. Para que se configure el hecho imponible es necesario que la renta sea obtenida por un no residente y que, además, dicha renta se considere obtenida en territorio español.

La delimitación de las rentas gravadas se lleva a cabo mediante un esquema de *numerus clausus* en cuya configuración intervienen diferentes criterios de sujeción, los cuales indican si una renta fue obtenida en España o no.

Los criterios de sujeción son aquellos factores o circunstancias que, concurriendo en la obtención de una renta por parte de una

---

<sup>868</sup> Artículo 18 del convenio económico de Navarra y artículo 14 del concierto económico con País Vasco.

persona física o entidad no residente en España, determinan su sometimiento a este impuesto<sup>869</sup>. Otros autores hablan de “puntos de conexión”, y los definen como los criterios en virtud de los cuales el presupuesto de hecho de la obligación real se localiza en territorio nacional<sup>870</sup>. El TRLIRNR es una de las únicas normas tributarias que presenta puntos de conexión comunes tanto para las personas físicas como jurídicas<sup>871</sup>.

La norma establece dos formas de sujeción claramente diferenciadas en función de la manera en que se obtengan las rentas. Si se obtienen mediante establecimiento permanente, debe tributar la totalidad de la renta imputable al mismo, cualquiera que sea el lugar de su obtención.

Pero si las rentas se generan sin aquella mediación, el contribuyente no residente será gravado aisladamente por cada una de las rentas obtenidas<sup>872</sup>.

Además de estas dos modalidades, cabe añadir el régimen aplicable a las entidades en régimen de atribución de rentas, aunque no nos detendremos a explicarlas<sup>873</sup>.

Para los casos en que no existe un establecimiento permanente, la norma establece los siguientes factores de atribución:

---

<sup>869</sup> CASTILLO SOLSONA, M., *op. cit.*, p. 181.

<sup>870</sup> BAENA AGUILAR, A., “Artículo 12”, en “Comentarios a la ley del impuesto sobre la renta de no residentes”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 149.

<sup>871</sup> De esta manera se zanján dos cuestiones que siempre han estado latentes: la posibles extralimitación reglamentaria a la hora de regular los puntos de conexión y la necesidad de una lista cerrada que los contenga (PÉREZ GIL, A.; TERRASA MONASTERIO, M. y SÁNCHEZ LÓPEZ, A. (Directores), “Comentarios al impuesto sobre la renta de las personas físicas y al impuesto sobre la renta de no residentes”, Cuatrecasas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 1983).

<sup>872</sup> Artículo 14 del TRLIRNR.

<sup>873</sup> Artículo 34 y ss. del TRLIRNR.

- la realización, total o parcial, de la actividad económica o de la prestación de trabajo en territorio español.
- la utilización total o parcial de los servicios prestados en España.
- la residencia en España de la entidad emisora de valores o distribuidora de los beneficios.
- la situación en España de los bienes generadores de la ganancia de capital.
- el ejercicio o cumplimiento en territorio español de los derechos generadores de la ganancia patrimonial.
- el pago o la satisfacción de los rendimientos por personas o entidades residentes en España.

De esta manera, el TRLIRNR utiliza los dos criterios tradicionales para conectar una renta con el territorio: por un lado, el criterio de la fuente y, por el otro, el criterio del pago efectuado por un residente o un establecimiento permanente situado en territorio español<sup>874</sup>.

En su artículo 13.2 el TRLIRNR define aquellas rentas que se consideran percibidas fuera del territorio del Estado español<sup>875</sup>:

- los rendimientos obtenidos por razón de compraventas internacionales de mercancías, incluidas las comisiones de mediación, gastos accesorios y conexos; y
- los satisfechos a personas o entidades no residentes por establecimientos permanentes situados en el extranjero, con cargo a éstos, cuando las prestaciones estén vinculadas con la actividad del establecimientos permanente en el extranjero.

---

<sup>874</sup> La nueva regulación del IRNR no sólo acaba con la injustificada asimetría entre personas físicas y sociedades sino que también soluciona las deficiencias formales existentes en la antigua normativa del IRPF, en la que el llamado criterio del pago era el único criterio de conexión que gozaba de rango legal (BAENA AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 148).

<sup>875</sup> Artículo 13.2 del TRLIRNR.

## **2. Rendimientos provenientes de una actividad económica**

En las páginas anteriores veíamos que el elemento subjetivo del IRNR no distingue entre personas físicas y jurídicas, con lo cual, nosotros tampoco haremos esta discriminación. Entendemos que resulta más comprensible realizar un estudio según la renta provenga de una actividad económica o no.

Esta estructura de análisis es el mismo hilo conductor utilizado en el capítulo anterior (y que seguiremos utilizando en todo el trabajo), en donde las rentas derivadas de los DDEE se reducían prácticamente a beneficios empresariales y ganancias patrimoniales. En principio, cuando estemos ante rendimientos derivados de una actividad económica serán beneficios empresariales pero, como veremos más adelante, puede que ello no siempre sea así.

Ante la enorme variedad de casos y posibilidades que se pueden presentar alrededor de este complejo mercado, hemos decidido limitar los supuestos a los siguientes:

- personas físicas:
  - que se dedican habitualmente a la compra y venta de DDEE y que no son titulares de instalaciones emisoras de CO<sub>2</sub>;
  - titulares de instalaciones emisoras, y que además se dedican a la compra y venta especulativa de DDEE.
- personas jurídicas:
  - no emisoras que habitualmente se dedican a la compra y venta de DDEE;
  - emisoras que también se dedican a la compra y venta habitual de una parte de sus DDEE.

No hay dudas que la nota común de estos supuestos es la preexistencia de una actividad económica de la cual derivan. Esta

actividad presupone la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Esto es lo que marca a su vez la habitualidad del negocio, ya sea actual o en potencia<sup>876</sup>.

De todas formas, no olvidemos que serán los elementos probatorios que concurren en cada caso los que determinarán o no la calificación de la actividad como empresarial<sup>877</sup>. De manera que, tal como adelantamos, todas estas rentas son, en principio, beneficios empresariales.

Ya sea persona física o jurídica, los beneficios empresariales pueden ser obtenidos con o sin la mediación de un establecimiento permanente. Recordemos que el TRLIRNR se estructura a partir de esta clasificación central, con lo cual, la tributación depende en gran medida de la situación ante la que se encuentre el sujeto pasivo.

Esta división estriba en el distinto grado de conexión territorial que guarda el no residente con el Estado donde obtiene las rentas. Si éstas son percibidas sin la intervención de un establecimiento permanente, el gravamen se guiará por criterios de sujeción bastante laxos. Ello se debe a que la imposición se aplica sobre cada operación, recayendo directamente sobre los ingresos brutos obtenidos. Pero si existe la concurrencia de un establecimiento permanente, la imposición se acerca mucho más a la regulación del IS.

---

<sup>876</sup> La cuestión de la habitualidad y permanencia de las actividades económicas fue debidamente aclarada en el Capítulo IV.

<sup>877</sup> STS, de 31 de marzo de 2010, F. 2º (RJ 2010\2764).

## **2.1. Rentas obtenidas con mediación de establecimiento permanente**

### **2.1.1. Establecimientos permanentes. Relación con los derechos de emisión**

Los establecimientos permanentes se encuentran expresamente regulados en el TRLIRNR. Concretamente, la legislación española considera que las rentas se obtienen con mediación de un establecimiento permanente cuando el no residente (ya sea persona física o jurídica):

- realice su actividad en territorio español a través de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole; o
- actúe en él por medio de un agente autorizado para contratar, a cuenta y nombre del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes<sup>878</sup>.

Seguidamente, la norma entiende que también constituyen establecimientos permanentes:

- las sedes de dirección;
- las sucursales;
- las oficinas;
- las fábricas;
- los talleres;
- los almacenes, tiendas u otros establecimientos;
- las minas;
- los pozos de petróleo o de gas;
- las canteras;

---

<sup>878</sup> Artículo 13.1.a) del TRLIRNR.

- las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de exploración o de extracción de recursos naturales;
- las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración no exceda de seis meses.

Como se puede apreciar, el texto refundido no contiene ninguna definición precisa sobre el concepto de establecimientos permanentes, sólo se limita a desplegar una noción general seguida de una serie de casos particulares a los que también se atribuye tal consideración. Esta enumeración no pretende fijar una lista taxativa y cerrada de los establecimientos permanentes<sup>879</sup> sino clarificar algunos de los supuestos más comunes<sup>880</sup>.

Así las cosas, fue la doctrina quien se encargó de definir qué se entiende concretamente por establecimiento permanente. A continuación exponemos algunas definiciones:

- los establecimientos permanentes constituyen una unidad económica que supone, en principio, una instalación fija de negocios que ha de reunir determinadas características para que se la considere una unidad económica susceptible de imposición<sup>881</sup>.

---

<sup>879</sup> Esta enumeración no es exhaustiva ya que el legislador la considera una particularización del concepto general previamente formulado (CALLEJA CRESPO, A, “La fiscalidad de los no residentes en España (III): Rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes”, en “Manual de fiscalidad internacional” (Dir: Teodoro Cordón Ezquerro), Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 312).

<sup>880</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., “Comentarios al artículo 5”, en “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004, p. 293. Si bien el autor está hablando del MCOCDE, este comentario se puede aplicar perfectamente a la normativa interna española.

<sup>881</sup> GONZÁLEZ POVEDA, V.: “Tributación de no residentes”, Ed. La Ley, 2ª Ed., Las Rozas, 1993, p. 115.

- el establecimiento permanente requiere la concurrencia de los siguientes elementos: la existencia de un lugar de negocios, la exigencia de que sea empresarial y que esa actividad se lleve a cabo a través del lugar de negocios<sup>882</sup>.
- una unidad económica o de explotación que no goza de independencia jurídica, sino que forma parte de la persona física o jurídica que opera a través suyo. No se puede entender de forma aislada, sino que hay que referirlo a una sede central titular de la actividad que en él se realiza<sup>883</sup>.

De manera que para que exista un establecimiento permanente deben confluír una serie de requisitos. Muchos son los autores que han sistematizado sus características definitorias<sup>884</sup> pero en cualquier caso se advierte una idea predominante común: la existencia de un emplazamiento o ubicación física de trabajo (instalación, lugar o centro), que a su vez sea fija, permanente y a través del cual se realicen las actividades de la empresa<sup>885</sup>.

---

<sup>882</sup> PRATS GARCÍA, F. A., “El establecimiento permanente”, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>883</sup> HERRERO DE LA ESCOSURA, P. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., “Impuesto sobre la renta de los no residentes”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 96.

<sup>884</sup> Vogel recoge las siguientes características: instalación de negocios fija, poder de disposición, realización de una actividad de modo duradero, y tipo de actividad (VOGEL, K., “Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar”, 3ª Ed., Munich, Ed. C.H. Beck, 1966, p. 409/422).

En el ámbito nacional, Baena Aguilar hace hincapié en la existencia de un lugar de negocios, fijeza, permanencia o grado de durabilidad o temporalidad, realización de la actividad de la empresa a través de dicho lugar fijo (BAENA AGUILER, A., “La obligación real de contribuir en el impuesto sobre la renta de las personas físicas”, Ed. Aranzadi, 1994, p. 129/130).

Por su parte, Calderón Carrero habla de un lugar de negocios, que dicho lugar sea fijo y que en el mismo se realicen las actividades de la empresa (En igual sentido Calderón Carrero CALDERÓN CARRERO, J. M., “Comentarios al artículo 5”, en “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004, p. 280 y ss.).

<sup>885</sup> CHECA GONZÁLEZ, C., “Impuesto sobre la renta de no residentes”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 172/177.



El concepto de establecimiento permanente suele ser lo suficientemente amplio como para englobar ciertos lugares de trabajo no fijos en el sentido más estricto de la palabra (elementos de transporte, estructuras flotantes, instalaciones móviles).

Por ello insistimos en que la condición de fijación está dada más bien por la vinculación de instalaciones de negocios con un área geográfica determinada, sin necesidad que esté materialmente fijado al suelo, y por un cierto grado de permanencia<sup>886</sup>.

La amplia noción de establecimiento permanente de la legislación interna contrasta con la definición que aparece en los CDI suscritos por España, los cuales siguen la misma línea que el MCOCDE<sup>887</sup>. Con esto no queremos decir que las nociones sean totalmente opuestas sino que, partiendo de la misma base, la definición doméstica es más laxa que la convencional.

En el mencionado Modelo se define al establecimiento permanente como un lugar fijo de negocios en el que una empresa efectúa toda o parte de su actividad<sup>888</sup>. A continuación, también recoge una serie de supuestos concretos de este tipo de establecimientos, a saber<sup>889</sup>:

- las sedes de dirección;
- las sucursales;
- las oficinas;
- las fábricas;
- los talleres;

---

<sup>886</sup> CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, p. 158.

<sup>887</sup> *Vid.* CALLEJA CRESPO, A, “La fiscalidad de los no residentes en España (III): Rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes”, en “Manual de fiscalidad internacional” (Dir: Teodoro Cordón Ezquerro), Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 316 y ss.

<sup>888</sup> Artículo 5.1 del MCOCDE.

<sup>889</sup> Artículo 5.2 del MCOCDE.

- las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

La nota común de ambas regulaciones está en la obtención de rentas a través de una instalación fija o lugar de trabajo que goza de un cierto grado de permanencia y en la delimitación de supuestos dudosos<sup>890</sup>. La diferencia está en la extensión y amplitud de las definiciones.

Tal como veremos a continuación, la noción del TRLIRNR es mucho más ambiciosa, en el sentido de que es más abarcadora:

1. a diferencia del Modelo, en la normativa interna un establecimiento permanente no tiene porque ser, en sí mismo considerado, una instalación productiva. Se incluyen las actividades auxiliares o preparatorias que el MCOCDE expresamente excluye<sup>891</sup>.
2. la legislación española no distingue entre agentes dependientes e independientes<sup>892</sup>. Por el contrario, el Modelo se centra en la dependencia del agente para considerarlo como un supuesto de establecimiento permanente, unido al resto de los requisitos que sí que coinciden<sup>893</sup>.
3. la norma convencional especifica que las obras de construcción, instalación y montaje han de tener una duración superior a 12

---

<sup>890</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M. y CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Convenios Fiscales Internacionales”, Ed. CISS, Valencia, 2005, p. 104.

<sup>891</sup> Artículo 5.4 del MCOCDE.

<sup>892</sup> En este sentido se ha dicho que “la determinación de si el agente dispone o no de tales poderes se hará atendiendo a la situación de hecho. En ese sentido, con independencia del otorgamiento escrito de los poderes, del lugar donde se firmen los contratos o de la persona que lo haga, se entenderá que el agente está facultado para concluir contratos en nombre de la empresa cuando actúe negociando todos los elementos y detalles de los mismos.” (DGT – Contestación a la consulta de 10 de diciembre de 1992).

<sup>893</sup> Artículo 5.5 y 6 del MCOCDE.

meses para considerarse un establecimiento permanente<sup>894</sup>.

España hizo una reserva a este artículo, y en su legislación interna habla de obras de superiores a 6 meses<sup>895</sup>.

4. a diferencia del MCOCDE, el TRLIRNR declara expresamente como establecimientos permanentes a las explotaciones agrícolas, forestales o pecuniarias<sup>896</sup>.

Amén de lo dicho, es conveniente realizar dos aclaraciones conceptuales importantes en cuanto a la diferenciación del establecimiento permanente con las filiales.

En primer lugar, el establecimiento permanente no se puede asimilar con las sociedades mercantiles o entidades filiales, ya que aquél no tiene una personalidad jurídica distinta de la de su casa central. La casa central es, en definitiva, el propio contribuyente no residente. Igualmente, no podemos negar que el establecimiento permanente dispone de una cierta personificación fiscal, en la medida en que recibe un tratamiento tributario separado como si fuera una empresa distinta de su casa central<sup>897</sup>.

En segundo lugar, el concepto de establecimiento permanente, técnicamente hablando, tampoco coincide con el de sucursal. Aquél se trata de una situación que se concibe con independencia de que se haya registrado como sucursal. Por su parte, la sucursal es un “establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad”<sup>898</sup>. Con lo cual,

---

<sup>894</sup> Artículo 5.3 del MCOCDE.

<sup>895</sup> Artículo 13.1.a) del TRLIRNR.

<sup>896</sup> Artículo 13.1.a) del TRLIRNR.

<sup>897</sup> CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, p. 156.

<sup>898</sup> Artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil.

pueden darse casos de establecimientos permanentes que no presenten las notas de gestión autónoma y representación propia<sup>899</sup>.

Aproximándonos al tema que nos ocupa, podemos adelantar que la mera inscripción de los DDEE en el RENADE no comporta, por sí sola, la existencia de un establecimiento permanente. No concurre ninguno de los parámetros que establece la normativa: ni un lugar fijo de negocios ni un agente autorizado para contratar en nombre y por cuenta de los citados sujetos<sup>900</sup>.

Por más amplitud que pretendamos darle al concepto de lugar o centro de trabajo, el registro de derechos en el territorio español no comporta una unidad económica o de explotación que permita equipararlo a un lugar fijo de trabajo generador de beneficios.

El registro no constituye, en primer término, un lugar de trabajo, ni mucho menos un lugar de trabajo fijo y permanente en el cual se realicen las actividades empresariales. En todo caso, el único emplazamiento físico está dado por el lugar donde se encuentra el registro de los permisos de emisión, pero esta localización nada tiene que ver con el lugar de trabajo de la empresa.

Recordemos que no cualquier conjunto de medios materiales puede constituir un lugar de trabajo a efectos del establecimiento permanente<sup>901</sup>. Concretamente, para que un lugar de trabajo se constituya en establecimiento permanente de una empresa, ésta debe

---

<sup>899</sup> CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op.cit.*, p. 156; PÉREZ GIL, A.; TERRASA MONASTERIO, M. y SÁNCHEZ LÓPEZ, A., *op. cit.*, p. 1984.

<sup>900</sup> GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 93.

<sup>901</sup> ELVIRA BENITO, D., “*El establecimiento permanente. Análisis de sus definiciones y supuestos constitutivos en Derecho español*”, Ed. Tirant monografías, Valencia, 2007, p. 293.

realizar todas o parte de sus actividades empresariales a través del mismo<sup>902</sup>.

El registro de DDEE es un requisito indispensable para la obtención de su titularidad, pero este hecho, por sí solo, no puede entenderse como un negocio, ni siquiera como actos preparativos del mismo. Máxime cuando los derechos pueden utilizarse en un lugar diferente del país donde está radicado su registro. Tal es así que un titular de instalaciones contaminantes radicadas fuera de España, sin ser nacional ni residente de dicho país, podría ser titular de DDEE registrados en el RENADE pero utilizarlos para las instalaciones establecidas en aquel otro Estado. O incluso, este mismo sujeto podría comercializar estos derechos fuera de España, no existiendo de esta forma ninguna relación geográfica (fijación) entre el registro y la actividad económica.

En definitiva, queda descartada toda equiparación del registro de DDEE con un establecimiento permanente. En virtud de ello, el régimen fiscal previsto para los casos en que existe mediación de establecimiento permanente será aplicable siempre que, más allá del posible registro en España<sup>903</sup>, exista alguna instalación o lugar de trabajo de cualquier índole (sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, almacenes, etc.).

### **2.1.2. Liquidación del impuesto**

Una vez comprobada la mediación de un establecimiento permanente, resta por analizar la liquidación del impuesto. En honor

---

<sup>902</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., “Comentarios al artículo 5”, en “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004, p. 285.

<sup>903</sup> Nada impide que los DDEE estén registrado en otro país.

a la brevedad, para el desarrollo de este punto únicamente se tendrán en cuenta aquellas particularidades que puedan afectar la renta de los DDEE.

En cuanto al aspecto temporal del hecho imponible, el período impositivo coincide con el ejercicio económico declarado por el establecimiento permanente, sin que pueda superar los 12 meses. Se presupone que el período impositivo es el año natural, salvo que se hubiese declarado otro distinto. El devengo del impuesto se produce el último día del período impositivo<sup>904</sup>.

#### **a) Renta imputable**

La manera de componer la renta imputable varía según la finalidad que tenga la tenencia de los derechos. Aunque a efectos prácticos, como veremos más adelante, no existen muchas diferencias.

Por un lado, están las personas (físicas o jurídicas) que no son titulares de instalaciones contaminantes y que se dedican habitualmente a la compra y venta de DDEE con una finalidad especulativa. Por otro lado, encontramos a las personas (físicas o jurídicas) que son titulares de instalaciones emisoras de CO<sub>2</sub>.

En el primer caso, la renta imputable está integrada por los rendimientos de las actividades económicas desarrolladas por el establecimiento permanente<sup>905</sup>.

En el segundo supuesto, los rendimientos que componen la renta ya no son el resultado de una actividad económica, sino que se trata de ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a la actividad. Ello es así ya que los DDEE

---

<sup>904</sup> Artículo 20 del TRLIRNR.

<sup>905</sup> Artículo 16.1.a) del TRLIRNR.

están vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad del establecimiento<sup>906</sup>.

También puede ocurrir que haya empresas contaminantes que dediquen algunos de sus derechos para especular y otros para emitir el CO2 que requiera su actividad. De todas maneras, en la práctica no habrá diferencias ya que el rendimiento obtenido por la transmisión de cualquiera de sus DDEE formará parte de la renta imputable, ya sean derechos para especular como elementos patrimoniales afectos a la actividad<sup>907</sup>.

El TRLIRNR aclara que en el caso que un contribuyente disponga de diversos centros de actividad en España, tributarán de manera conjunta siempre que realicen actividades similares y que la gestión se lleve a cabo de manera separada. En caso contrario, cada uno de ellos se considerará como un establecimiento permanente diferente y tributarán separadamente<sup>908</sup>.

## **b) Base imponible**

La base imponible se determina según el régimen general del IS, aunque con algunos matices que a continuación veremos. Entre los que más nos interesa destacar se encuentra la imposibilidad deducir los pagos que el establecimiento permanente efectúe a la casa central o a alguno de sus establecimientos permanentes por la cesión de derechos<sup>909</sup>.

---

<sup>906</sup> Artículo 16.1.c) del TRLIRNR.

<sup>907</sup> Artículo 16.1 del TRLIRNR.

<sup>908</sup> Artículo 17 del TRLIRNR y 2 del RIRNR.

<sup>909</sup> Artículo 18.1.a) del TRLIRNR.

Por otra parte, en el caso que existan bases imponibles negativas, el establecimiento permanente podrá compensarlas de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del TRLIS<sup>910</sup>.

También puede ocurrir que las operaciones realizadas en España por el establecimiento permanente no cierren un ciclo completo determinante de ingresos en España. La normativa establece un régimen especial<sup>911</sup>, pero siempre que el mencionado ciclo acabe sin que se produzca contraprestación alguna y sin que se destine todo o parte de los DDEE a terceros distintos del propio contribuyente.

Este régimen particular consiste básicamente en lo siguiente:

- los ingresos y gastos del establecimiento se valorarán según el régimen de las operaciones vinculadas del IS<sup>912</sup>.
- subsidiariamente, se aplicarán algunas reglas especiales:
  - la base imponible se determinará aplicando el porcentaje que señale el Ministerio de Economía y Hacienda sobre el total de los gastos incurridos.
  - a dicha cantidad de le sumará la cuantía íntegra de los ingresos accesorios y las ganancias y pérdidas de los elementos patrimoniales afectos al establecimiento.
  - finalmente, la cuota íntegra se determinará aplicando sobre la base imponible el tipo de gravamen general, sin que sean aplicables las deducciones y bonificaciones del régimen general.

### **c) Deuda tributaria**

A la base imponible se le aplicarán los siguientes tipos de gravamen<sup>913</sup>:

---

<sup>910</sup> Artículo 18.2 del TRLIRNR.

<sup>911</sup> Artículo 16.3 del TRLIRNR.

<sup>912</sup> Artículo 16 del TRLIS.



- en general: 30%
- para los establecimientos destinados a la investigación y explotación de hidrocarburos: 35%

Asimismo, cuando las rentas se transfieran al extranjero, será exigible una imposición complementaria que consiste en aplicar una alícuota del 18% sobre las cuantías transferidas.

La normativa contempla dos supuestos en los que no será aplicable esta imposición complementaria: Por lado, cuando las rentas son obtenidas en España a través de un establecimiento permanente de entidades con residencia fiscal en otro Estado de la UE, pero siempre que éste no sea considerado paraíso fiscal. Por otro lado, cuando a las rentas percibidas en territorio español pertenezcan a un contribuyente cuyo Estado haya suscrito un CDI con España, y siempre que exista trato recíproco.

Finalmente, en la cuota íntegra podrán aplicarse:

- el importe de las bonificaciones y las deducciones estipuladas en el IS<sup>914</sup>.
- el importe de las retenciones de los ingresos a cuenta y de los pagos fraccionados.

## **2.2. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente**

### **2.2.1. Introducción**

Se trata de rendimientos generados por un no residente que, sin contar con una presencia habitual o permanente en España, percibe

---

<sup>913</sup> Artículo 19 y Disposición Adicional Segunda del TRLIRNR.

<sup>914</sup> Estas bonificaciones y deducciones se hayan contempladas del artículo 30 al 44 en el TRLIS.

rentas que se consideran obtenidas en el territorio español. Para este tipo de rentas, el legislador se vale fundamentalmente de dos criterios de sujeción: la regla del pagador (a partir de la residencia de éste) y el criterio de la fuente.

Antes de seguir con este punto es conveniente que no olvidemos que la mera inscripción de DDEE en el RENADE no constituye un establecimiento permanente.

La existencia o no de un establecimiento permanente es muy importante ya que marca dos rumbos fiscales totalmente disímiles. A tal punto llegan las diferencias que casi podría decirse que se trata de dos impuestos distintos.

Siguiendo a Herrero y González<sup>915</sup>, los contrastes más notorios pueden resumirse de la siguiente manera:

- las rentas se computan aisladamente, por su valor bruto y no neto, aunque excepcionalmente se permite la posibilidad de deducir algunos gastos.
- el devengo del impuesto es instantáneo, dado que la conexión del contribuyente con el territorio español es más bien esporádica. De esta manera se intenta garantizar su efectiva exacción;
- con carácter general no se permiten las deducciones, ni la compensación de bases negativas.

### **2.2.2. Liquidación del impuesto**

El elemento temporal varía mucho respecto a las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente. En esta oportunidad se tributará de manera separada por cada devengo total o parcial de la

---

<sup>915</sup> HERRERO DE LA ESCOSURA, P. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., *op. cit.*, p. 101.

renta obtenida a gravamen, sin que sea posible compensación alguna entre aquéllas<sup>916</sup>.

Anteriormente adelantamos que cuando las rentas se obtienen sin mediación de establecimiento permanente el elemento temporal depende de la situación concreta ante la que nos encontremos. En el caso de ganancias patrimoniales el impuesto se devenga cuando tenga lugar la alteración patrimonial<sup>917</sup>.

### **a) Catalogación de las rentas**

El TRLIRNR establece los supuestos generales de las rentas provenientes de actividades económicas realizadas sin establecimiento permanente. Además de generales, estos supuestos se caracterizan por su subsidiariedad, en el sentido que sólo son aplicables “cuando no resulte de aplicación otro párrafo de este artículo”<sup>918</sup>.

En virtud de ello, la primera tarea será determinar si la renta proveniente de los DDEE puede encuadrarse en alguno de los supuestos específicos que contiene la norma<sup>919</sup>. En caso de ser así, no significa que no se trate de beneficios empresariales, ya que siguen siendo rentas provenientes de una actividad económica, sino que el TRLIRNR los considera legalmente inmersos en otra categoría.

Una de las primeras opciones sería aplicar el apartado de los cánones<sup>920</sup>, aunque la doctrina mayoritaria coincide en que los DDEE no pueden asimilarse a los cánones. En este último caso se abona una determinada cantidad de dinero por el uso o cesión de uso,

---

<sup>916</sup> Artículo 15.1, 2º Párr., del TRLIRNR.

<sup>917</sup> Artículo 27.1.b) del TRLIRNR.

<sup>918</sup> Artículo 13.1.b) del TRLIRNR.

<sup>919</sup> Artículo 13.1, del inciso c) al i) del TRLIRNR.

<sup>920</sup> Artículo 13.1.f), punto 3, del TRLIRNR.

mientras que en la transmisión de DDEE se transfiere la titularidad dominical de los derechos<sup>921</sup>.

Antes de ir a la categoría general quedaría por ver si podemos encuadrarlas como ganancias patrimoniales. Para estos casos la norma establece tres supuestos<sup>922</sup>. Cuando las rentas se deriven de:

- de valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español;
- de otros bienes muebles, distintos de los valores, situados en España, o derechos que deban cumplirse o se ejerciten en territorio español; o
- de bienes inmuebles situados en España o de derechos relativos a éstos.

Rápidamente descartamos el tercer punto ya que los DDEE no son bienes inmuebles ni derechos relativos a éstos. Tampoco se aplica el primer apartado porque los permisos de emisión no son valores, sino que, como la propia norma indica, son derechos<sup>923</sup>. De manera que nos centraremos en el punto referido a los bienes muebles en general (exceptuando los valores que tienen su propio apartado) y a los derechos.

La legislación tributaria no define qué debe entenderse por el término “bien”, y mucho menos por “bien mueble”. Por ello es necesario acudir a los conceptos previstos en el Derecho Común. El

---

<sup>921</sup> ARREGUI ARRIAGA, J., "Fiscalidad de las operaciones sobre derecho de emisión de gases de efecto invernadero", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 2004, Vol. III, 1ª Ed., T. XIII, Ed. Thomsom Aranzadi, p. 98; GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 110 /111 y 116.

<sup>922</sup> Artículo 13.1.i), punto 2, del TRLIRNR.

<sup>923</sup> Artículo 2.a) y 20.1 del la Ley 1/2005.

Código Civil declara que “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles”<sup>924</sup>.

A ciencia cierta, el Código Civil no define concretamente a los bienes muebles e inmuebles. En primer lugar, establece una lista de bienes que tienen la categoría de inmuebles<sup>925</sup> y luego, por exclusión, determina que son bienes muebles todos aquellos que no se encuentren dentro de la lista de bienes inmuebles antes mencionada<sup>926</sup>. En definitiva, según el derecho español, todos los bienes son necesariamente muebles o inmuebles. No queda otra opción.

Dentro de la categoría de bienes muebles, éstos pueden ser corporales/tangibles o incorporeales/intangibles. El criterio de corporeidad data de las Instituciones de Gayo. En su formulación romana, son corporales aquellas cosas que pueden percibirse a través del tacto (*quae tangi possunt*), mientras que el resto son incorporeales, es decir, que no pueden tocarse (*qualia sunt ea quae in iure consistunt*)<sup>927</sup>.

En definitiva, tanto la doctrina nacional como internacional no duda en afirmar que los DDEE son bienes muebles incorporeales<sup>928</sup>. Son bienes porque son cosas susceptibles de apropiación. Son bienes muebles ya que son cosas susceptibles de apropiación que no encajan en ninguna de las categorías de bienes inmuebles que fija el artículo 334<sup>929</sup>. Finalmente, son bienes muebles incorporeales porque,

---

<sup>924</sup> Artículo 333 del CC.

<sup>925</sup> Artículo 334 del CC.

<sup>926</sup> Artículo 335 del CC.

<sup>927</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, p. 498.

<sup>928</sup> LE BARS, B., *op. cit.*, p. 1269; SHEAHAN, A. M., *op. cit.*, p. 105; ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, *op. cit.*, p. 106 y 186.

<sup>929</sup> *Vid.* nota 708.

utilizando terminología de Gayo, no pueden ser percibidos por el sentido del tacto<sup>930</sup>.

Hasta aquí el acuerdo es generalizado. El problema surge cuando el artículo 13.1.i).2 del TRLIRNR menciona tanto a los bienes muebles como a los derechos, que son bienes muebles incorporeales. A primera vista, si seguimos la interpretación literal avalada por la propia Ley General Tributaria<sup>931</sup>, tendríamos que volcarnos por la segunda opción, es decir, por los criterios de sujeción fijados para los derechos<sup>932</sup>. No obstante, la cuestión no es tan sencilla como parece.

Si bien es cierto que los DDEE son bienes muebles, también es cierto que, al ser derechos, son bienes muebles incorporeales. Con lo cual, cuando el legislador distingue entre bienes muebles y derechos, no quiere decir que esté negando la relación de género-especie que venimos comentando, sino que quiso diferenciar expresamente los criterios de sujeción tributaria según el tipo de bien mueble que se trate.

Así las cosas, los bienes muebles en general tomarán como punto de conexión su situación espacial en territorio español. Pero, como ya dijimos, de esta regla general se escapan dos supuestos concretos, ambos pertenecientes a la categoría de bienes muebles incorporeales:

---

<sup>930</sup> “Es opinión predominante que sigue el Código Civil el criterio romano de considerar cosas incorporeales todos los derechos; excepto el de propiedad.” (SANTOS BRIZ, J.; SIERRA GILDE DE LA CUESTA, I.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y PAZ RUBIO, J. M., *op. cit.*, p. 641. En este sentido también se pronuncia GIL RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, 2001, p. 503.

<sup>931</sup> El artículo 12 de la Ley General Tributaria, punto 2, señala que: “en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”.

<sup>932</sup> En este sentido, URQUIZU CAVALLÉ, À., “La tributación de las rentas derivadas de la transmisión de derechos de emisión de gases contaminantes en el marco del comercio internacional (especial incidencia del IRNR)”, en “La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro” (Coord.: Iñaki Bilbao Estrada; Francisco A. García Prats y Alberto Cornejo Pérez), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, 436/438.

- los valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español, regulados expresamente en el artículo 13.1.i).1; y
- los derechos que deban cumplirse o ejercitarse en territorio español, mencionados en la segunda parte del artículo 13.1.i).2.

A primera vista la solución parece ser el criterio específico para los derechos, a partir de lo cual deberíamos considerar obtenidas en territorio español las rentas derivadas de la transmisión de DDEE que deban cumplirse o se ejerciten en territorio español. Pero a continuación veremos que esta primera aproximación ha de ser descartada.

La doctrina no se ha detenido demasiado en el análisis de este inciso, pero en líneas generales se interpreta que “la norma parece referirse a dos momentos de la vida del derecho: el cumplimiento y el ejercicio”, es decir, la fase normal o pre-procesal y la fase extraordinaria o procesal<sup>933</sup>.

El artículo primeramente menciona el lugar de cumplimiento del derecho. En este aspecto, podemos observar que la redacción de la norma es técnicamente incorrecta ya que los derechos no se cumplen, lo que se cumplen son las obligaciones<sup>934</sup>.

Pero más allá de este fallo conceptual, es evidente que el artículo se refiere al lugar donde debe realizarse la prestación objeto del derecho, el cual dependerá de la ley aplicable a la relación jurídica. De esta manera, habrá que estarse a las normas que regulan el lugar de

---

<sup>933</sup> SÁNCHEZ LÓPEZ, A. (Director), "Comentarios al impuesto sobre la renta de no residentes", Cuatrecasas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 386.

<sup>934</sup> BAENA AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 180.

cumplimiento de las obligaciones<sup>935</sup>. Se trata en definitiva del ejercicio normal de un derecho.

A continuación, la norma alude al lugar donde se ejercen los derechos. En este caso los comentarios doctrinales hacen referencia a la jurisdicción competente para la tutela de un derecho determinado, con lo cual, tendremos que acudir a las normas procesales pertinentes<sup>936</sup>.

Es evidente que al momento de la redacción de la norma y de los comentarios doctrinarios los DDEE eran una institución jurídica totalmente desconocida. Esta clase de derechos no se concibe en el seno de una relación jurídica de crédito, donde interviene un acreedor y un deudor. Más bien se acerca a la categoría de los derechos reales que otorga un poder *erga omnes* sobre una cosa, aunque tampoco se pueden asimilar completamente a éstos. Se trata, en definitiva, de un derecho subjetivo de carácter *sui generis*, o lo que se conoce como un derecho especial de nueva creación.

A juzgar por los puntos de conexión elegidos, no dudamos en afirmar que el legislador del IRNR hace referencia a los derechos de crédito y no a los derechos reales, y mucho menos a los *sui generis* de nueva creación.

La ausencia total de conocimiento sobre los DDEE hizo que la norma no tenga en cuenta sus particularidades propias, entre las que se destaca el hecho que es imposible determinar *a priori* en qué sitio serán ejercidos. Con lo cual, de nada sirven los puntos de conexión fijados para este caso (lugar de cumplimiento o ejecución).

---

<sup>935</sup> Artículos 1171 y 1500 del CC.

<sup>936</sup> La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyos Arts. 21 y 22 determinan cuándo son competentes los Juzgados españoles, y a las normas de conflicto del Art. 10, núm. 5, 6, 7, 8, y 10 del CC (CASTILLO SOLSONA, M., *op. cit.*, p. 237).



Esta conclusión cobra aún más sentido cuando observamos las interpretaciones que la doctrina ha realizado sobre este punto. Al igual que el legislador, están manifiestamente referidas a los derechos de crédito.

Más arriba vimos que los puntos de conexión son los criterios en virtud de los cuales el presupuesto de hecho de la obligación real se localiza en territorio nacional<sup>937</sup>. Por lo tanto, la idea de estos criterios es justamente relacionar una renta con un determinado territorio.

Tal como hemos visto, los puntos de conexión fijados para los derechos no se adecuan a las necesidades de los DDEE. A nuestro juicio, habrían de tomarse los criterios de conexión fijados para los bienes muebles en general, es decir, el lugar de situación de los permisos de emisión.

Esta línea argumental también se refuerza con las normas de interpretación que fija la Ley General Tributaria. En su artículo 12.1 remite al artículo 3.1 del Código Civil, en el cual se declara que “las normas se interpretarán (...) atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Está claro, por un lado, que el espíritu del artículo 13.1.i).2 del TRLIRNR es vincular las rentas derivadas de ganancias patrimoniales con el territorio español, y por el otro, que esta finalidad no se logra con los criterios establecidos para los derechos, ya que no abarcan a toda clase de derechos. Ello nos conduce indefectiblemente a la regla general fijada para todos los bienes muebles que, como venimos diciendo, sólo excluye a los valores y a los derechos que no puedan valerse de los puntos de conexión fijados para los derechos.

---

<sup>937</sup> BAENA AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 149.

Sabido es que un bien intangible, como un derecho, no puede encontrarse físicamente situado en ningún lugar. No obstante ello, al igual que ocurre con los derechos de propiedad intelectual, esta falencia se suple cuando existe un registro oficial en donde deban inscribirse. Se trata de una ficción jurídica que les confiere una localización física a los bienes incorpóreos, la cual depende lógicamente del lugar de situación del registro.

Tanto la normativa nacional <sup>938</sup> como europea<sup>939</sup>, exige que todos los DDEE se encuentren debidamente inscritos en los registros nacionales específicamente creados. Por tanto, ya tenemos un lugar físico en donde situar a los DDEE.

No obstante lo expuesto, algunos autores igualmente optan por el punto de conexión fijado para los derechos, planteando que para la aplicación del impuesto será esencial que los DDEE sean utilizados en territorio español, es decir, que sean presentados para justificar las emisiones contaminantes<sup>940</sup>. Al dejar de lado la regla general de la situación de los bienes muebles, no tiene ninguna relevancia el lugar donde se registren los permisos de emisión. De esta manera, entienden que el supuesto de hecho puede dividirse en dos casos. En primer lugar, cuando los derechos son adquiridos por el titular de una instalación contaminante situada en territorio español se entiende que los mismos serán ejercitados en España, por lo tanto, la renta estará gravada. Por el contrario, si los DDEE son adquiridos por un sujeto (residente o no), que no los necesita para emitir CO<sub>2</sub> sino que simplemente se dedica a especular con su valor, los rendimientos quedarían fuera del impuesto ya que los derechos no se ejercerán en territorio español.

---

<sup>938</sup> Artículo 20.5 y 21.2 de la Ley 1/2005.

<sup>939</sup> Artículo 19 de la Directiva 2003/87/CE.

<sup>940</sup> GALLEGU LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 116.

El problema de este planteamiento estriba en que al no saberse exactamente dónde se ejercitarán los DDEE, se termina recurriendo a especulaciones imprecisas y bastante peligrosas. Esto se advierte principalmente en el primer supuesto de hecho, ya que una instalación contaminante radicada en España no tiene por qué utilizar sus permisos de emisión dentro del territorio Español.

En última instancia se podría utilizar este criterio de sujeción (lugar donde se ejerciten los derechos) si entendemos que el ejercicio del derecho coincide con el momento de su venta. A partir de ello, acudiremos al lugar donde se encuentren ubicados cuando se produce su transmisión.

De todas maneras, esta solución no varía demasiado de la que ofrecíamos anteriormente cuando recurriamos al lugar de situación de los DDEE, ya que en definitiva está regla también apunta al lugar de situación al momento de la transmisión.

En definitiva, la búsqueda del espíritu y finalidad de la norma (conexión concreta entre las rentas y un territorio) nos obliga a tomar como punto de referencia el lugar donde se encuentran inscritos los derechos de emisión.

En virtud de ello, concluimos que las rentas derivadas de la transmisión de un permiso de contaminación por un no residente estarán sujetas al IRNR siempre que aquéllos estén inscritos en el RENADE, sea cual fuere el territorio en que finalmente se utilicen. De esta manera, el punto de conexión de la legislación española se podría evitar trasladando los DDEE a otro registro nacional fuera de las fronteras españolas, siempre que no resulte aplicable un CDI.

## **b) Base imponible**

Con carácter general, la base imponible está constituida por su importe íntegro, determinado según las normas de La LIRPF, con excepción de los porcentajes multiplicadores y las reducciones que no son aplicables.

En el caso de las ganancias patrimoniales a cada alteración patrimonial que se produzca habrá que aplicar las normas previstas en la Sección 4<sup>a</sup> del Capítulo II del Título III (ganancias patrimoniales), salvo el artículo 33.2<sup>941</sup>, y en la Sección 6<sup>a</sup> del Título X, salvo el artículo 94.1.a)<sup>942</sup>, segundo párrafo, de la LIRPF<sup>943</sup>.

---

<sup>941</sup> El artículo 33.2 de la LIRPF sostiene que “Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: a) en los supuestos de división de la cosa común. b) en la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación. c) en la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros. Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos”.

<sup>942</sup> El artículo 94.1.a) dice lo siguiente:

“Los contribuyentes que sean socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, imputarán, de conformidad con las normas de esta Ley, las siguientes rentas: a) las ganancias o pérdidas patrimoniales obtenidas como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de estas últimas. Cuando existan valores homogéneos, se considerará que los transmitidos o reembolsados por el contribuyente son aquellos que adquirió en primer lugar. Cuando el importe obtenido como consecuencia del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en instituciones de inversión colectiva se destine, de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, a la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva, no procederá computar la ganancia o pérdida patrimonial, y las nuevas acciones o participaciones suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones o participaciones transmitidas o reembolsadas, en los siguientes casos: 1º En los reembolsos de participaciones en instituciones de inversión colectiva que tengan la consideración de fondos de inversión. 2º En las transmisiones de acciones de instituciones de inversión colectiva con forma societaria, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: Que el número de socios de la institución de inversión colectiva cuyas acciones se transmitan sea superior a 500. Que el contribuyente no haya participado, en algún momento dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la transmisión, en más del 5 por ciento del capital de la institución de inversión colectiva. El régimen de diferimiento previsto en el segundo párrafo de este párrafo a) no resultará de aplicación cuando, por cualquier medio, se ponga a disposición del contribuyente el importe derivado del reembolso o transmisión de las acciones o participaciones de instituciones de

En el mismo artículo se establece que cuando la ganancia patrimonial de entidades no residentes provenga de una adquisición a título lucrativo, su importe será el valor normal de mercado del elemento adquirido.

### **c) Cuota tributaria**

La cuota tributaria se obtendrá aplicando el tipo de gravamen a la base imponible. La normativa establece una serie de supuestos especiales a los cuales se les aplicará un tipo de gravamen diferente al general (24%). Al tratarse entonces de una ganancia patrimonial proveniente de la transmisión de un elemento patrimonial, le será aplicable el tipo de gravamen del 18%<sup>944</sup>.

De la cuota tributaria sólo podrán restarse las deducciones por donativos en los términos del artículo 68.3 TRLIRPF y las retenciones e ingresos a cuenta que se hubieran practicado sobre las rentas del contribuyente<sup>945</sup>.

### **d) Posibles exenciones**

- Ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles.

El artículo 14.1.c) del TRLIRNR establece que están exentas del pago del impuesto “las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente,

---

inversión colectiva. Tampoco resultará de aplicación el citado régimen de diferimiento cuando la transmisión o adquisición tenga por objeto participaciones representativas del patrimonio de instituciones de inversión colectiva a que se refiere este artículo que tengan la consideración de fondos de inversión cotizados conforme a lo previsto en el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre”.

<sup>943</sup> El artículo 24.1 y 4 del TRLIRNR fueron adaptados a la nueva enumeración de artículos fijados en la nueva LIRPF creada por la Ley 35/2006.

<sup>944</sup> Artículo 25.1.g), punto 3, del TRLIRNR.

<sup>945</sup> Artículo 26 del TRLIRNR, adaptado a la nueva enumeración de artículos fijados en la LIRPF creada por la Ley 35/2006.

por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea”<sup>946</sup>.

Algún sector de la doctrina entiende que esta exención no sería aplicable ya que los DDEE no entran dentro del concepto de bienes muebles que menciona el artículo<sup>947</sup>. No obstante, a nuestro juicio, la cuestión se clarifica desde el momento que entendemos que la naturaleza jurídica de los DDEE es la de un bien mueble.

En nuestra opinión creemos que los DDEE encajan perfectamente con este supuesto de exención, ya que se trata de bienes muebles de carácter no corpóreo.

A primera vista, también se podría pensar que como el artículo no menciona concretamente a los derechos se está dejando fuera de este supuesto a los DDEE. Pero una interpretación extensiva o integradora de la norma nos lleva a la conclusión contraria.

En el artículo 13.1.i) que veíamos antes se advierte que la intención del legislador es diferenciar los puntos de conexión aplicables a los bienes muebles. La corporeidad (o la falta de ella) hace que varíe mucho la manera de vinculación de un bien con el territorio. A tales efectos se establece una regla general y dos excepciones, según se trate de valores o de derechos (ambos incorporales).

---

<sup>946</sup> Esta exención entró en vigor el 21 de diciembre de 1990, por medio del artículo 2.3.3 del RDL 5/1990, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales Urgentes. Esta inclusión se llevó a cabo mediante un Proyecto de Ley que finalmente dio lugar a la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Urgentes, que varió mínimamente su redacción. En la exposición de motivos fundamentaba este nuevo tratamiento respecto a los intereses e incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles cuya titularidad se ostente por no residentes, en la búsqueda de un horizonte comunitario de libre circulación de capitales.

<sup>947</sup> GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 106/108.

Ello nos demuestra que cuando la norma quiso separar el régimen de los bienes muebles lo hizo expresamente. Con lo cual, la conclusión es que si la normativa no realiza esta distinción, existe la intención deliberada de mantener el mismo tratamiento legal para todos los bienes muebles, dentro de los cuales, se encuentran los DDEE.

En definitiva, la renta derivada de la compraventa de DDEE está exenta del pago del IRNR siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos legales:

- que la renta provenga de ganancias patrimoniales;
- que dichos rendimientos sean obtenidos por residentes de un estado de la UE, ya sea que actúen con o sin EP, pero en caso afirmativo deberán estar situados en un estado de la UE.

A modo de ejemplo podríamos mencionar la venta de derechos realizada por un residente de Francia a un titular de instalación contaminante establecida en territorio español que los necesite para emitir CO2 y que los registre en el RENADE. Esto último es importante ya que para que una renta esté exenta primero ha de estar gravada, y para ello, en este caso, debe tratarse de derechos registrados en España.

De todas maneras, como España ha suscrito CDI con todos los Estados miembros de la UE, habrá que recurrir a la norma convencional. La mayoría de los convenios establece que las plusvalías mobiliarias sólo se gravan en el estado de residencia del vendedor.

- Rentas derivadas de valores (mercados secundarios oficiales)

Finalmente, cabe hacer mención a la exención que contempla el artículo 13.1.h) a favor de “las rentas derivadas de las transmisiones de valores realizadas en mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente en territorio español, que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información”.

Esta exención no puede aplicarse a las rentas derivadas de los DDEE ya que, aun aceptando que estos derechos sean valores (que no lo son), su compraventa no opera en mercados secundarios oficiales de valores españoles.

Las llamadas “bolsas de derechos de emisión” actualmente no se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico español.

### **3. Rendimientos que no provienen de una actividad económica**

Este apartado guarda mucha similitud con el punto 1.1.2, de manera que nos centraremos sobre aquellos aspectos que puedan aportar alguna novedad a la cuestión (que no son muchos), y nos remitiremos a todo aquello que ya haya sido tratado.

En el punto anterior veíamos que las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente pero que en la práctica son beneficios empresariales, el TRLIRNR las considera como ganancias patrimoniales<sup>948</sup>. En cambio, este punto se refiera a aquellos rendimientos que, al no derivarse de una actividad empresarial, son ganancias patrimoniales tanto en la norma como en la práctica.

---

<sup>948</sup> *Vid.* punto 1.1.2.2.a) de este capítulo.



En este caso no sólo que no interviene un establecimiento permanente (hasta aquí aún podrían considerarse beneficios empresariales), sino que tampoco se desarrolla una actividad o explotación económica. He aquí la gran diferencia conceptual.

Teniendo en cuenta que el artículo 13.1.b) requiere la realización de una actividad económica, no queda más opción que ubicar este tipo de rentas en el punto 2 del artículo 13.1.i). Esta catalogación ya no responde al carácter subsidiario del artículo 13.1.b), sino a la ausencia de actividad económica.

Concretamente, nos centramos en el caso de una persona física que no se dedica a la compra y venta de derechos como actividad habitual, sino que la renta es obtenida por la venta aislada de éstos. Es decir, que ya no existe una ordenación por cuenta propia de los medios de producción y recursos humanos para intervenir en la producción y distribución de los bienes y servicios.

Para saber si la renta es obtenida en territorio español habrá que ver nuevamente el lugar de inscripción de los DDEE. Recordemos que si los derechos están registrados en el RENADE las rentas se entienden obtenidas en España y, por lo tanto, gravadas por el IRNR. Pero si los permisos están inscriptos fuera del territorio español, dichas rentas no estarán sujetas al impuesto, incluso aunque finalmente sean utilizadas en España.

Respecto a la liquidación del impuesto nos remitimos a lo expuesto en el punto 2.1.2 de este Capítulo.

#### **4. Supuestos no sujetos al impuesto (ganancias obtenidas fuera de España)**

Ya hemos visto que cuando los DDEE no están inscriptos en el registro español no se consideran obtenidos en España. Pero aún

resta por analizar si las rentas obtenidas de aquellos derechos pueden encajar en el supuesto del artículo 13.2.a) del TRLIRNR.

Según el mencionado precepto no se consideran obtenidos en territorio español los “rendimientos satisfechos por razón de compraventas internacionales de mercancías, incluidas las comisiones de mediación en éstas, así como los gastos accesorios y conexos”.

La cuestión pasa por determinar la extensión del término “mercancía” (o mercadería), ya que del hecho que abarque o no a los DDEE se derivan resultados totalmente distintos. Está en juego la tributación misma de estas rentas.

El término “mercancía” no ha sido definido en la normativa española, de manera que su concepto hemos de buscarlo en la doctrina y la jurisprudencia. Hoy en día el acuerdo es prácticamente unánime respecto a que se trata de bienes muebles, con lo cual, ya podemos descartar a todos los bienes inmuebles.

Hasta aquí el concepto englobaría los DDEE, ya que no hay dudas que éstos son bienes muebles. El problema es que dentro de los bienes muebles encontramos bienes muebles corporales e incorporeales. Ello nos obliga a ser más precisos al delimitar el concepto de mercancía.

Tradicionalmente la doctrina mercantilista ha definido a las mercancías como bienes muebles corporales, aclarando que no todos los bienes corporales son necesariamente mercaderías.

Cuando se analizan los elementos reales de la compraventa mercantil se suele señalar que al lado de las mercancías también existen otras cosas muebles, corporales o no (dinero, metales

preciosos, títulos de crédito, energía, ciertos derechos, etc.) que también pueden ser objeto de compraventa mercantiles, a pesar de no ser mercancías<sup>949</sup>.

En lo que ha normativa se refiere sólo encontramos algunos indicios en el Convenio de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías. Si bien no se define qué se entiende por mercadería, el Convenio deja fuera de su concepto a los bienes muebles incorporeales. Los comentarios de la doctrina de esta norma también han ratificado la corporalidad de las mercancías<sup>950</sup>.

En la jurisprudencia prácticamente no existen precedentes al respecto. A continuación mencionaremos alguna de las pocas resoluciones judiciales que examinan esta cuestión.

En primer lugar, tenemos la STS de 26 de septiembre de 1994. El litigio versa sobre un reclamo efectuado por la Asociación de los Testigos de Jehová contra la liquidación practicada por la Aduana de Barcelona en concepto de Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores<sup>951</sup>. Dicha liquidación, entre otras cosas, incluía la importación de libros impresos con textos religiosos de lengua hispana.

La Asociación argumenta que a partir del Concordato celebrado entre el Estado Español y la Santa Sede (3 de enero de 1979), los

---

<sup>949</sup> MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M. y URÍA, R., “El contrato de compraventa mercantil: disciplina general”, en Curso de Derecho Mercantil II (Coord.: Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez), 2ª Ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 104.

<sup>950</sup> GUARDIOLA SACARRERA, E., “La compraventa internacional”, 2ª Ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 34/35 y ESPLUGUES MOTA, C., “Derecho del comercio internacional”, 2ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 185 y 186.

<sup>951</sup> Título II, del Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de los Impuestos integrantes de la Renta de Aduanas. Fue derogado por la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que a su vez ya derogada por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre. Esta última es que la se encuentra actualmente en vigor.

libros destinados al culto religioso, como los que se pretendían importar, no están sujetos al mencionado tributo. Este razonamiento se basa en que su destino religioso los deja fuera del mercado y, por lo tanto, ya no son mercancías gravables.

En primer lugar, la sentencia del TS sostiene que los Acuerdos suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede no afectan a otras confesiones o asociaciones religiosas. A continuación agrega que las confesiones religiosas podrán apelar el principio de igualdad ante la Ley u otros principios constitucionales o de legislación ordinaria, pero en ningún caso a los acuerdos celebrados con una confesión u asociación específica<sup>952</sup>.

En segundo lugar, la resolución entiende que los libros en cuestión no pueden ser calificados de ninguna manera como objetos destinados al culto y, como tal, fuera del comercio. La bibliografía destinada a dar a conocer los principios y enseñanzas de una religión no puede considerarse como un bien destinado al culto en ninguna confesión religiosa, ni siquiera en la católica. El TS concluye este punto con el siguiente silogismo: en primer término, se puede considerar a la mercadería como todo género vendible. Por otra parte, no existen motivos para sostener que los libros en cuestión no sean vendibles. De ello se obtiene que los libros son mercaderías y, como tales, sujetas el Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores<sup>953</sup>.

Si bien la sentencia no se relaciona con el IRNR, el tribunal declara *obiter dicta* que el concepto de mercadería incluye todo género vendible.

---

<sup>952</sup> STS, de 26 de septiembre de 1994, f. 2º (RJ\1994\6886).

<sup>953</sup> STS, de 26 de septiembre de 1994, f. 3º y 4º (RJ\1994\6886).

A nuestro entender se trata de una interpretación demasiado amplia que, en el afán de recalcar la nota de comercialización de las mercancías (así lo requería la resolución del caso), se dejó de lado, o se ha presupuesto, su propia naturaleza jurídica: la de ser un bien mueble corpóreo.

Entendemos que las conclusiones del TS no pueden tomarse al pie de la letra, ya que de ser así también incluiríamos a los bienes inmuebles, en los que su exclusión legal es más que clara. De todas maneras, aún cuando insistamos en aferrarnos a su tenor literal, no puede adoptarse como jurisprudencia una sentencia aislada y que además no se refiere a un caso de bienes muebles incorpóreos.

La Audiencia Nacional también se ve consultada por esta misma cuestión. Si bien es cierto que la instancia máxima del sistema judicial español es el TS, la Audiencia trata precedentes muy ilustrativos que nos pueden ser útiles en este punto.

En este caso, los precedentes resultan aún más interesantes ya que versan directamente sobre el antiguo artículo 70.2.b).1º del RD 1841/1991<sup>954</sup>, que viene a ser el actual artículo 13.2.a) del TRLIRNR.

La cuestión se origina con una reclamación económico-administrativa interpuesta por una empresa constructora residente en España contra la liquidación dictada por la Oficina Nacional de Inspección referente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El punto clave de la inspección giraba en torno a una compraventa internacional de inmuebles que la empresa constructora adquirió a través de un intermediario residente en Alemania.

---

<sup>954</sup> Antiguo reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La liquidación sostenía que el intermediario (no residente) obtuvo rendimientos en España, sin mediación de establecimiento permanente, en concepto de comisión por la venta de inmuebles situados en España y pertenecientes a la empresa constructora. En virtud de ello, el inspector propuso regularizar la situación fiscal a través de la empresa residente en España ya que, siendo el pagador de dichas rentas, se erige en el responsable solidario de la deuda tributaria.

La empresa estructura su defensa a partir de las siguientes alegaciones. En cuanto a la cuestión formal entiende, por un lado, que fue incorrecta la manera de llevar adelante la inspección porque el no residente es responsable solidario del tributo pero no sujeto pasivo; y por otra parte, aduce falta de notificación. En cuanto al fondo del asunto alega que las comisiones pagadas a no residentes por los servicios de mediación no están sujetas al IRPF, con arreglo al artículo 70.2.b).1º del RD 1841/1991. De esta manera, al entender que los inmuebles entran dentro del concepto de mercaderías de dicha norma, la empresa entiende las comisiones no deben gravarse.

Respecto a esta última cuestión, que es la que nos interesa destacar, la Audiencia declara que las comisiones percibidas por el intermediario (no residente) no tienen la consideración de compraventa internacional de mercadería toda vez que los inmuebles no entran en el concepto de mercaderías.

Cuando la normativa civil y la mercantil aluden a la compra y venta de mercaderías, atienden a los bienes muebles con exclusión de los inmuebles. Incluso agrega que el término mercancía define a las cosas muebles corporales, aptas para el tráfico mercantil y con valor

propio. En consecuencia, la sentencia declara que las comisiones de este supuesto están sujetas a gravamen<sup>955</sup>.

A diferencia de la STS, la Audiencia entra de lleno en la naturaleza jurídica de las mercancías, dejando bien en claro sólo comprende a los bienes muebles corporales. Además, la resolución constituyó un precedente jurisprudencial para otras cinco sentencias de la misma Audiencia y ante situaciones muy similares<sup>956</sup>. Estas resoluciones no llegaron al TS, aunque no dudamos que, de haberlo hecho, seguramente hubieran sido ratificadas.

A partir de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia analizada queda claro que los DDEE no pueden incluirse dentro del concepto de mercadería. Teniendo en cuenta entonces que el artículo 13.2.a) del TRLIRNR habla de compraventas internacionales de mercaderías, concluimos que el supuesto de no sujeción no se aplica a la compraventa internacional de permisos de emisión.

## **5. Consideraciones finales**

1. Cuando no se haya suscrito un Convenio de Doble Imposición la tributación de la renta derivada del comercio de derechos de emisión está supeditada exclusivamente a la normativa interna.
2. Las rentas percibidas a través del mercado de permisos de emisión pueden tratarse tanto de beneficios empresariales como de ganancias patrimoniales.
3. Los beneficios empresariales pueden ser obtenidos con o sin la mediación de un establecimiento permanente. Esta división estriba

---

<sup>955</sup> SAN, de 29 de mayo de 2003, f. 5º (JUR\2007\36613).

<sup>956</sup> SSAN, de 3 de junio de 2003 (JUR\2006\274635; de 26 de junio de 2003 (JUR\2007\36528); de 10 de julio de 2003 (JUR\2007\36491); 7 de octubre de 2003 (JUR\2004\131441) y de 30 de octubre de 2003 (JUR\2004\131658).

en el distinto grado de conexión territorial que guarda el no residente con el Estado donde obtiene las rentas.

4. Si las utilidades son percibidas sin la intervención de un establecimiento permanente, el gravamen se guiará por criterios de sujeción bastante laxos. Pero si existe la concurrencia de un establecimiento permanente, la imposición se acerca mucho más a la regulación del Impuesto de Sociedades.

5. Para las rentas provengan de una actividad económica y operen en otro país a través de un establecimiento permanente se aplicará el artículo 13.1.a), que es el inciso dedicado a la mediación de establecimientos permanentes.

6. La mera inscripción de los derechos de emisión en el Registro Nacional no comporta la existencia de un establecimiento permanente, ya que no concurre ni un lugar fijo de negocio, ni un agente autorizado para contratar.

No se trata de una unidad económica o de explotación que permita considerar que estamos ante un establecimiento permanente generador de beneficios.

7. En el caso que, desarrollándose actividad económica, no exista dicha mediación acudiremos a la regla que el artículo 13.1.i).2 fija para los bienes muebles, ya que los derechos de emisión son bienes muebles no corpóreos.

No obstante, para determinar si las rentas fueron obtenidas en España no se tendrá en cuenta el lugar de ejercicio del derecho sino el lugar de su situación, es decir, donde se encuentren registrados. Ello es así ya que no se trata de un derecho de crédito, sino de un



derecho especial de nueva creación más asimilable a los derechos de propiedad intelectual.

8. Puede ocurrir también que la renta de estas transacciones no provenga de una actividad económica sino de un acto comercial aislado, en cuyo caso se recurrirá nuevamente al artículo 13.1.i).2.

En el punto anterior esta norma se aplicaba por el carácter subsidiario del artículo 13.1.b), ya que la actividad económica se realizaba a través de un establecimiento permanente. Pero en este caso recurrimos a dicho artículo porque no existe ningún tipo de explotación económica.

9. De todas las exenciones posibles que determina el TRLIRNR únicamente resulta viable la del artículo 14.1.c). Esta exención se aplicará siempre que la renta provenga de la ganancia patrimonial derivada de la venta de derechos de emisión, por un lado, y que los rendimientos sean obtenidos por residentes de un estado de la Unión Europea, por el otro. No obstante, atento que España ha suscrito Convenio de Doble Imposición con todos los países de la Unión Europea, hoy en día esta exención carece de sentido práctico.

10. Las compraventas internacionales de derechos de emisión no son subsumibles en el supuesto de no sujeción del artículo 13.2.a) del TRLIRNR, ya que el concepto de mercancía sólo abarca los bienes muebles corpóreos, y los derechos de emisión, al ser justamente derechos, son incorpóreos.

## **CAPÍTULO VI**

### **MODELOS INTERNACIONALES DE CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN (MCOCDE Y MCONU)**

#### **1. Introducción**

A partir de este momento nos centraremos en legislación convencional que se aplica siempre y cuando exista un CDI suscrito por España. Esto no quiere decir que dejemos de lado la legislación fiscal interna, ya que ésta también será aplicable toda vez que la norma convencional otorgue la competencia tributaria a la hacienda española.

Los convenios internacionales simplemente disponen cuál es el Estado al que le corresponde gravar una determinada renta, pero en definitiva se terminará aplicando la norma tributaria interna del Estado designado por aquéllos.

El propio TRLIRNR asume la jerarquía de estos acuerdos internacionales declarando que sus disposiciones no obstan a lo acordado en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno<sup>957</sup>. Cada vez más común que la normativa fiscal interna de los países se vea afectada por un tratado o convenio que se proyecta sobre el mismo campo de aplicación<sup>958</sup>.

La confrontación entre los poderes tributarios de Estados que gravaban una misma operación transfronteriza llevó a reconocer la necesidad de alcanzar una coordinación internacional que permitiese

---

<sup>957</sup> Artículo 4 del TRLIRNR.

<sup>958</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., “Artículo 4”, en “Comentarios a la ley del impuesto sobre la renta de no residentes”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 48.

asegurar las mismas condiciones fiscales de competencia. Así fue como los Estados comenzaron a negociar acuerdos bilaterales o multinacionales para evitar la doble imposición internacional.

En un primer momento se trató de convenios entre países de una misma federación, pero con el paso del tiempo se fueron confeccionando los convenios bilaterales<sup>959</sup> y los modelos de convenio, entre los que destacan el MCOCDE y el MCONU.

Calderón sostiene que los CDI bilaterales “constituyen acuerdos entre dos Estados contratantes que regulan el marco jurídico-tributario aplicable a los hechos imponibles que se realizan en este ámbito, distribuyendo el poder tributario entre ambos y eliminando simultáneamente la doble imposición y la evasión fiscal internacional”<sup>960</sup>.

El Reino de España actualmente ha suscrito setenta y un CDIs bilaterales<sup>961</sup>. Tratar cada uno de ellos sería una tarea sumamente engorrosa que escapa al objeto de este trabajo. De todas maneras, en el capítulo siguiente nos detendremos a analizar las implicancias y

---

<sup>959</sup> El primero de ellos data del 21 de junio de 1899 entre Austria y Prusia. El primer CDI español fue el Convenio Hispano-Británico de 27 de junio de 1924.

<sup>960</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M., *op. cit.*, p. 52.

<sup>961</sup> Concretamente, España ha suscrito CDIs con los siguientes países: Alemania, Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chequia, Chile, China, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malasia, Malta, Marruecos, México, Moldavia, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Federación Rusa, El Salvador, Serbia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Estados de la antigua U.R.S.S. (excepto Rusia), Venezuela, Vietnam. Datos obtenidos de la página oficial de Hacienda a fecha de 17 de enero de 2011 ([http://www.aeat.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM1000050f01e0a\\_\\_\\_&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80\\_\\_\\_&idoma=es\\_ES&menu=1&img=8](http://www.aeat.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM1000050f01e0a___&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80___&idoma=es_ES&menu=1&img=8)).

particularidades de dos convenios concretos: el CDI hispano-argentino y el CDI hispano-italiano.

En este capítulo desarrollaremos las disposiciones del MCOCDE y del MCONU, ya que son los modelos de referencia para la mayoría de los CDIs, incluyendo aquellos en los que España es parte. Atento que estos modelos han recibido varias reservas y observaciones por parte de los Estados participantes, a lo largo del capítulo iremos apuntando algunas de las efectuadas por España.

Los modelos de convenio surgen fundamentalmente en el período intermedio a las guerras mundiales, bajo el trabajo del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones<sup>962</sup>. Los primeros informes y proyectos trajeron aparejado la elaboración de dos modelos: el Modelo de Convenio de México y el Modelo de Convenio de Londres, ambos del año 1946. Estos dos trabajos ya comenzaban a mostrar las diferencias de criterios e intereses que existían entre los Estados a la hora de limitar o complementar su potestad tributaria a nivel internacional<sup>963</sup>.

De esta manera, los modelos de convenios genéricos (MCOCDE y MCONU) se erigieron en mecanismos complementarios a los convenios bilaterales, ya que constituyeron (y constituyen) una referencia a nivel mundial para la elaboración de éstos.

El primer ejemplar del MCOCDE data del año 1977, momento en el que se presentó un modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional de carácter general. Al Modelo se le fueron

---

<sup>962</sup> Este Comité fue creado en 1920 para estudiar las posibles soluciones a un problema internacional cada vez más creciente entre los Estados: la doble imposición.

<sup>963</sup> GARCÍA PRATS, F. A., “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, *Revista Crónica Tributaria* N° 133/2009 (101-123), 2009, p. 103.

anexando una serie de comentarios destinados a interpretar y explicar su articulado<sup>964</sup>. A su vez, cada vez que un Estado no está de acuerdo con la interpretación adoptada realiza una reserva al comentario respectivo.

Con el transcurso de los años los países comenzaron a tener dificultades con el texto del Modelo, tanto en las negociaciones como en las posteriores interpretaciones. Esta circunstancia motivó la creación de un grupo encargado de revisarlo periódicamente. Así fue como el MCOCDE fue modificado en 1992, 1994, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 y 2010.

Por su parte, el MCONU nace en el seno de un grupo de expertos, designados por el ECOSOC<sup>965</sup> mediante la Resolución 1273, de 4 de agosto de 1963. Estos expertos eran nombrados por los respectivos gobiernos, pero actuaban de manera independiente.

La misión de este grupo de expertos era, en primer lugar, realizar un estudio detallado sobre la doble imposición internacional que abarcase a países con cualquier grado de desarrollo y, en segundo

---

<sup>964</sup> “La relevancia de los comentarios en el Derecho tributario internacional es una consecuencia natural de sus ventajas, que permiten resolver problemas de interpretación y aplicación relativos a los convenios internacionales de doble imposición aún en ausencia de un tribunal fiscal internacional” (PISTONE, P., “Tratados fiscales internacionales...”, *op. cit.*, p. 1198).

<sup>965</sup> Sus siglas se corresponden con el nombre en inglés “*Economic Social Council*” (Consejo Económico y Social). Este Consejo se estableció en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, como principal órgano para coordinar la labor económica, social y conexas de los 14 organismos especializados de la ONU. Actúa como foro central para el debate de cuestiones internacionales de índole económica y social, y para la formulación de recomendaciones sobre políticas para los Estados Miembros de la ONU.

Concretamente, en la actualidad se encarga de: promover niveles de vida más elevados, pleno empleo y progreso económico y social; buscar soluciones a los problemas internacionales de tipo económico, social y sanitario; facilitar la cooperación cultural y educativa internacional; y fomentar el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La información sobre el ECOSOC se basa en los datos existentes, a fecha de 16 de octubre de 2010, en su página oficial (<http://www.un.org/es/ecosoc/about/>).

término, la posterior confección de un modelo de convenio que incluyera a los países que no eran miembros de la OCDE.

El MCONU data de 1980 y su meta es equilibrar las relaciones tributarias entre los países desarrollados y los que no. En virtud de ello, y en contraposición con el MCOCDE, sus disposiciones intentan que la mayoría de las rentas sean gravadas en el Estado de la fuente y no en el de la residencia<sup>966</sup>. Los países en vías de desarrollo, como Estados de la fuente, defienden un concepto amplio de establecimiento que les permita someter a imposición la mayor cantidad de rentas<sup>967</sup>.

De todas maneras, y más allá de estas diferencias estructurales, el MCONU toma como base inicial el contenido, funcionamiento e

---

<sup>966</sup> Al respecto, resulta muy interesante la opinión de García Prats (GARCÍA PRATS, F.A., “Los modelos de...”, *op. cit.*, p. 113):

“Se incurre en un error si se considera que ambos Modelos responden a una modalidad distinta de la formulación económica de la neutralidad impositiva, sea importadora o exportadora de capitales. Aunque el Modelo de la ONU ponga especial énfasis en la eliminación de la doble imposición internacional entre países desarrollados y países en desarrollo, no por ello responde a un predominio de la neutralidad importadora de capitales para resolver la doble imposición internacional, en la medida en que la estructura es similar a la ofrecida por el MCOCDE. Pero asimismo, tampoco el Modelo de la OCDE responde en todo caso a un esquema configurado bajo el predominio de la neutralidad exportadora de capitales. Aunque en líneas generales el Estado de la residencia conserva la competencia tributaria para someter a gravamen las rentas obtenidas por sus contribuyentes residentes en el otro Estado contratante, el mantenimiento de la neutralidad exportadora depende del método para eliminar la doble imposición que aplique y, sobre todo en el caso de optar por el método de exención, por cómo entienda su funcionamiento y sus implicaciones sobre la base imponible. En un tema de tanta trascendencia como la eliminación de la doble imposición por parte del Estado de la residencia, el Modelo de la OCDE pone de manifiesto la ausencia de consenso internacional por lo que a la fijación de dicho método se refiere. De ahí que, más que de principios inspiradores distintos, el Modelo de la ONU ofrece algunas respuestas distintas en reglas concretas destinadas a satisfacer las exigencias e intereses de los países en desarrollo, por lo general importadores de capital, sin asumir con ello un cambio en los principios básicos que vertebran el Modelo de Convenio de la OCDE”.

<sup>967</sup> ELVIRA BENITO, D., “El establecimiento permanente. Análisis de sus definiciones y supuestos constitutivos en Derecho español”, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2007, p. 95.

incluso los comentarios del MCOCDE. A partir de ello, el desarrollo de esta apartado se realizará de la siguiente manera:

- en cuanto a los modelos de convenios, se tomarán como referencia e hilo conductor los preceptos del MCOCDE, haciéndose las respectivas aclaraciones y acotaciones respecto al MCONU, cuando existan diferencias.
- en relación a los permisos de emisión, mantenemos el mismo criterio del punto anterior, diferenciando el tratamiento de las rentas según provengan de actividades económicas o no.

## **2. Los modelos de convenios internacionales de doble imposición y el *soft law***

Como dijimos en el capítulo IV, punto 3, según el grado de obligatoriedad de sus normas el derecho puede clasificarse *hard law* (derecho duro) y *soft law* (derecho suave), este último más propio de los países anglosajones<sup>968</sup>. A diferencia del *hard law*, el *soft law* consiste en una serie de normas no vinculantes que, por tanto, no entrañan una obligación jurídica para los sujetos a quienes se aplican.

La doctrina anglosajona expresa que el derecho duro cuenta con tres elementos esenciales: precisión, obligatoriedad y delegación. En el *soft law* el segundo elemento se presenta de forma atemperada<sup>969</sup>. También podemos decir que “la observancia de sus preceptos es el resultado de una voluntaria adecuación de sus signatarios y no

---

<sup>968</sup> Vid. ROBILANT, A., “Genealogies of soft law”, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, 2006, p. 499 y ss.

<sup>969</sup> ABBOTT, K. W. and SNYDAL, D., “Hard and soft law in international governance”, in *45° International Organization*, 2000, p. 405.

corresponde a una verdadera *opinio juris ac necessitatis*, como sería el caso de la costumbre como fuente del derecho internacional<sup>970</sup>.

Durante los últimos quince años, el desarrollo y aplicación del *soft law* ha crecido considerablemente, convirtiéndose en una de las principales herramientas de coordinación jurídica internacional<sup>971</sup>. Esta circunstancia se debe, en gran medida, al fenómeno de la globalización internacional que amplía la calidad y cantidad de relaciones comerciales y humanas al tiempo que acorta los tiempos y distancias.

Este protagonismo del *soft law* no es ajeno al Derecho tributario internacional, sino todo lo contrario. Tal es así que puede considerarse como uno de los principales instrumentos de coordinación de principios tributarios a escala mundial.

Podemos decir que el derecho suave sobre el Derecho tributario (*soft international tax law*) incluye cualquier tipo de normas sociales y principios, pero nunca con fuerza obligatoria<sup>972</sup>.

Hoy en día los modelos de convenios internacionales de doble imposición constituyen la principal expresión del *soft international tax law*. Concretamente, estamos hablando del MCOCDE y del MCONU. Esta estrecha relación se debe a que, al confeccionar y renovar sus CDIs, los Estados tienen plena libertad para acogerse a las disposiciones de los mencionados modelos. Estos trabajos modélicos son meras guías internacionales que pretenden coordinar el contenido de los diferentes acuerdos bilaterales.

---

<sup>970</sup> PISTONE, P., "Tratados fiscales internacionales...", *op. cit.*, p. 1197.

<sup>971</sup> PISTONE, P., "Soft tax law...", *op. cit.*, p. 101.

<sup>972</sup> PISTONE, P., "Soft tax coordination: a suitable path for the OECD and the EU to address the challenges of international double (non) taxation in VAT/GST systems, in Lang, M. et al. (eds.), Value Added Tax and Direct Taxation—Similarities and Differences, IBFD Publications, Amsterdam, p. 1165.



Si bien no lo hemos mencionado, es interesante señalar que generalmente el derecho suave precede e inspira al derecho duro<sup>973</sup>, en el sentido que normalmente el *soft law* acaba transformándose en *hard law*, pero nunca al revés. De manera que aquél sirve para la configuración de éste. El párrafo anterior demuestra claramente este paso de un derecho a otro ya que, *prima facie*, los países pueden adherirse o no a los postulados de los modelos internacionales, pero una vez que se han incorporado en los convenios bilaterales su cumplimiento deja de ser voluntario.

Mención aparte se merecen los comentarios de los modelos de convenios, pero en especial el MCOCDE, ya que el panorama tiende a complicarse. En primer lugar, habrá que definir si se trata de normas jurídicas y, dentro de éstas, si constituyen *soft law* o *hard law*. En segundo término, nos planteamos si la incorporación de una cláusula de los modelos en un CDI implica la adopción automática de sus comentarios por parte de los Estados Contratantes.

La primera cuestión planteada no presenta demasiadas complicaciones como la segunda. Si entendemos que los preceptos de los modelos son manifestaciones del *soft law*, es lógico que sus comentarios ostenten esa misma naturaleza<sup>974</sup>.

La respuesta al segundo problema, en principio dependerá de cuáles sean los Estados Contratantes del CDI. En el caso de países que no son miembros de la OCDE (como Argentina), parece razonable que los comentarios no afecten directamente las disposiciones adoptadas del MCOCDE. Ello es así porque no han participado ni en

---

<sup>973</sup> CHINKIN, C. M., "Normative development in the international legal system", in Shelton, D. (ed.), *commitment and compliance*, Oxford University Press, 2000, p. 30.

<sup>974</sup> ENGELLEN, F., "Interpretation of tax treaties under international law", IBFD Publications, Amsterdam, 2004, p. 457/458.

la formulación de las cláusulas ni de los comentarios del modelo, el cual tiene a favorecer lógicamente a sus miembros.

Pero si se trata de Estados miembros de dicha organización (como Estaña o Italia), el argumento antes expuesto desaparece y sería entendible una trasposición directa de los comentarios.

Sin embargo, junto a Pistone, entendemos que estos países tampoco deberían quedar vinculados de manera automática ya que ello podría conllevar serios problemas de compatibilidad con su ordenamiento jurídico interno<sup>975</sup>. De manera que aquí estaría el límite del mencionado automatismo.

En definitiva, el *soft law* no obliga jurídicamente a los Estados, pero una vez que es incorporado en la normativa interna, pasa a ser derecho duro, y como tal, adquiere carácter vinculante. Esto es lo que ocurre con los modelos de convenios internacionales cuando sus cláusulas se traspasan a los CDIs. Pero los comentarios que interpretan dichas cláusulas no tienen por qué adquirir, de manera automática, esa misma categoría de *hard law* por el sólo hecho que se adopte el artículo al cual comentan, máxime cuando interviene algún Estado no miembro de la OCDE.

### **3. El concepto de establecimiento permanente en los modelos de convenios**

Antes de comenzar con el tratamiento fiscal de los DDEE en los modelos de convenios internacionales, haremos una breve referencia sobre el concepto de establecimiento permanente que se recoge cada uno de ellos, destacando sus principales diferencias.

---

<sup>975</sup> PISTONE, P., “Tratados fiscales internacionales...”, *op. cit.*, p. 1201 y PISTONE, P., *op. cit.*, p. 104 y ss.

La incorporación de este punto se justifica por el hecho que el concepto de establecimiento permanente es clave en la distribución de la competencia tributaria entre los Estados, no sólo respecto a los CDIs en general, sino también respecto a la renta proveniente de la compraventa de DDEE.

En este sentido podemos decir que el establecimiento permanente cumple dos funciones principales en los CDIs<sup>976</sup>: por un lado, se erige como la regla o principio de distribución del poder tributario entre Estados y, por el otro, constituye una fórmula para evitar la doble imposición internacional<sup>977</sup>.

La noción del establecimiento permanente es una de las cuestiones que más diferencias existen entre el MCOCDE y el MCONU. Estamos ante un concepto que representa el punto de equilibrio entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia<sup>978</sup>.

Las definiciones de estos establecimientos son básicamente las mismas en los dos modelos: lugar fijo de negocios en el que una empresa efectúa toda o parte de su actividad. No obstante, el de la ONU agrega algunas disposiciones que tienden a ampliar su contenido. Entre ellas, destacamos las siguientes:

- Duración de las obras de construcción: para que una obra en construcción se considere un establecimiento permanente el MCOCDE establece 12 meses, mientras que el MCONU fija el plazo en 6 meses. A su vez, este último incluye los proyectos de montaje y las actividades de inspección relacionadas con ellos.

---

<sup>976</sup> Sobre las funciones de los establecimientos permanentes consular ELVIRA BENITO, D., *op. cit.*, p. 37 y ss.

<sup>977</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M. y CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, p. 103/104.

<sup>978</sup> GARCÍA PRATS, F. A., "Los modelos de...", *op. cit.*, p. 116.

- Delimitación negativa: el MCONU recoge una delimitación negativa mucho más acotada que su homólogo de la OCDE. Aquél no excluye del concepto el uso de instalaciones para entregar o mantener bienes o mercancías pertenecientes a la empresa.

- Agentes: el MCONU presenta un concepto más amplio de los de los agentes. Ambos modelos los consideran *a priori* como establecimientos, pero el MCONU también incluye dentro de esta categoría los casos en que el agente mantiene y entrega regularmente bienes o mercancías por cuenta de la empresa aunque no posea poderes para vincular a la empresa principal mediante contratos.

- Supuesto específico: el modelo de la ONU contiene un supuesto especial de establecimiento permanente que no contempla el MCONU: las actividades aseguradoras. El MCONU considera como establecimiento permanente la recaudación de primas y el aseguramiento contra riesgos de bienes situados en el territorio de un Estado a través de un agente dependiente.

Las diferentes concepciones de establecimiento permanente adoptadas por los CDIs dependen básicamente de tres factores: del modelo de convenio que adopten los Estados Contratantes; de los diferentes criterios de traducción utilizados; y, finalmente, de las especificidades propias que prevén algunos convenios, marcadas por las necesidades e intereses de las partes<sup>979</sup>.

La noción de establecimiento permanente de la normativa española difiere, en una u otra medida, de la definición de los modelos de

---

<sup>979</sup> ELVIRA BENITO, D., *op. cit.*, p. 179.

convenio. No obstante, entre las dos opciones el legislador español se decantó más bien por las disposiciones del MCOCDE<sup>980</sup>.

Respecto a las cuestiones más relevantes, el TRLIRNR ha utilizado los términos generales de la definición del MCOCDE. A su vez, la norma española tampoco contempla el caso de los agentes independientes del modelo de la ONU. Por último, el texto refundido no determina ninguna regla de delimitación negativa.

Uno de los pocos supuestos en que la normativa interna se aparta del MOCDE para seguir al MCONU es al considerar como establecimiento permanente a las obras de instalación, construcción o montaje cuya duración exceda los 6 meses.

Como regla general, España siempre ha seguido las disposiciones del MCOCDE en la confección de sus convenios bilaterales de doble imposición<sup>981</sup>.

#### **4. Rendimientos provenientes de una actividad económica (utilidades empresariales)**

##### **4.1. Encuadramiento de las rentas**

Los rendimientos de actividades económicas nos sitúan en el artículo 7 de ambos modelos, en el que se regulan los beneficios empresariales. Esta norma define en qué medida el Estado del establecimiento permanente puede gravar los beneficios empresariales obtenidos por la empresa no residente que opera a través de un establecimiento permanente fijado en su territorio.

---

<sup>980</sup> CALLEJA CRESPO, A, *op. cit.*, p. 312.

<sup>981</sup> *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M., “Comentarios al artículo 5”, en “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004.

Los modelos determinan que las utilidades percibidas en un Estado contratante sólo pueden gravarse en ese Estado, a menos que aquéllas se obtengan en otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente en este último<sup>982</sup>. Ésta vendría a ser la regla general de los beneficios empresariales con la que ambos modelos coinciden<sup>983</sup>.

Cuando las rentas se obtienen con la intervención de un establecimiento permanente, la competencia tributaria no es exclusiva de un solo Estado, de manera que pueden llegar a

---

<sup>982</sup> Artículo 7.1, primera parte, del MCOCDE y del MCONU.

<sup>983</sup> Los CDIs suscritos por España que recogen el apartado 1º del artículo 7 del MCOCDE (incluyendo el principio de imputación que veremos a continuación), son los siguientes: CDI Alemania de 1966 (artículo 7.1); CDI Arabia Saudita de 2007 (artículo 7.1); CDI Argelia de 2002 (artículo 7.1); CDI Australia de 1992 (artículo 7.1); CDI Bélgica de 1970 (artículo 7.1); CDI Bolivia de 1997 (artículo 7.1); CDI Brasil de 1974 (artículo 7.1); CDI Bulgaria de 1990 (artículo 6.1); CDI Canadá de 1972 (artículo 7.1); CDI Chile de 2003 (artículo 7.1); CDI Colombia de 2008 (artículo 7.1); CDI Corea del Sur de 1994 (artículo 7.1); CDI Costa Rica de 2004 (artículo 7.1); CDI Croacia de 2005 (artículo 7.1); CDI Cuba de 1999 (artículo 7.1); CDI Checoslovaquia de 1980 (artículo 7.1); CDI China de 1990 (artículo 7.1); CDI Chipre de 2002 (artículo 7.1); CDI Dinamarca de 1972 (artículo 7.1); CDI Ecuador de 1991 (artículo 7.1); CDI Egipto de 2005 (artículo 7.1); CDI El Salvador de 2008 (artículo 7.1); CDI Emiratos Árabes Unidos de 2007 (artículo 7.1); CDI Eslovaquia de 2002 (artículo 7.1); CDI Eslovenia de 2002 (artículo 7.1); CDI Estados Unidos de 1990 (artículo 7.1); CDI Estonia de 2003 (artículo 7.1); CDI Finlandia de 1967 (artículo 7.1); CDI Francia de 1973 (artículo 7.1); CDI Francia de 1995 (artículo 7.1); CDI Grecia de 2000 (artículo 7.1); CDI Hungría de 1994 (artículo 7.1); CDI Irán de 2006 (artículo 7.1); CDI Irlanda de 1991 (artículo 7.1); CDI Islandia de 2002 (artículo 7.1); CDI Israel de 1999 (artículo 7.1); CDI Italia de 1977 (artículo 7.1); CDI Jamaica de 2009 (artículo 7.1); CDI Japón de 1974 (artículo 7.1); CDI Letonia-España de 2003 (artículo 7.1); CDI Lituania de 2003 (artículo 7.1); CDI Luxemburgo de 1986 (artículo 7.1); CDI Macedonia de 2006 (artículo 7.1); CDI Malasia de 2008 (artículo 7.1); CDI Malta de 2005 (artículo 7.1); CDI Marruecos de 1978 (artículo 7.1); CDI México de 1994 (artículo 7.1); CDI Moldavia de 2009 (artículo 7.1); CDI Noruega de 1963 (artículo 7.1); CDI Noruega de 1999 (artículo 7.1); CDI Nueva Zelanda de 2005 (artículo 7.1); CDI Países Bajos de 1971 (artículo 7.1); CDI Polonia de 1979 (artículo 7.1); CDI Portugal de 1968 (artículo 7.1); CDI Portugal de 1993 (artículo 7.1); CDI Reino Unido de 1975 (artículo 7.1); CDI Rumania de 1979 (artículo 7.1); CDI Federación Rusa de 1998 (artículo 7.1); CDI Suecia de 1976 (artículo 7.1); CDI Suiza de 1966 (artículo 7.1); CDI Trinidad y Tobago de 2009 (artículo 7.1); CDI Túnez de 1982 (artículo 7.1); CDI Turquía de 2002 (artículo 7.1); CDI ex URSS de 1985 (artículo 5.1); CDI Venezuela de 2003 (artículo 7.1) y CDI Vietnam de 2005 (artículo 7.1).

El CDI Austria de 1966 (artículo 7.1), establece que sólo las utilidades podrán someterse a imposición en el Estado donde se encuentre el establecimiento permanente, y no el de la residencia de la casa central.

producirse casos de doble imposición. Ante estas circunstancias habrá que recurrir al artículo 23 de los modelos de convenios<sup>984</sup> para neutralizar sus efectos<sup>985</sup>.

El fundamento de esta norma gira en torno a la idea internacionalmente aceptada de que una empresa residente en un Estado contratante, que realiza actividades empresariales en otro Estado, no participa de forma relevante en la vida económica de este último si no opera en su territorio a través de un establecimiento permanente<sup>986</sup>.

La redacción dota de subsidiariedad a la aplicación del mencionado artículo, ya que la regla general se aplica siempre y cuando las rentas no sean subsumibles dentro de alguno de los otros supuestos que de los modelos<sup>987</sup>. Este precepto es el que otorga sustantividad a los demás artículos que regulan las actividades empresariales (dividendos, intereses, regalías, entre otros)<sup>988</sup>.

Ante este panorama, la primera tarea consiste en determinar qué tipo de rentas entran dentro de este artículo. La norma convencional no define expresamente a las “utilidades empresariales”, aunque los

---

<sup>984</sup> Este artículo será tratado en el capítulo siguiente al analizar el CDI hispano-argentino y el CDI hispano-italiano.

<sup>985</sup> “Nótese igualmente que el ejercicio de tal poder tributario por el Estado de la fuente genera la obligación de eliminar la doble imposición internacional sobre tales beneficios por parte del Estado de la residencia de la empresa, en tanto en cuanto este último Estado contribuya a la generación de tal fenómeno” (CALDERÓN CARRERO, J. M. y CARMONA FERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, p. 127).

<sup>986</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., “Comentarios al artículo 7”, en “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004, p. 414.

<sup>987</sup> Artículo 7.7 del MCOCDE y 7.5 del MCONU.

<sup>988</sup> REOL JIMÉNEZ, T. y VELAYOS JIMÉNEZ, F., “Utilidades empresariales con y sin establecimiento permanente”, en “Manual de fiscalidad internacional” (Dir: Teodoro Cordon Ezquerro), Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 837.

comentarios al MCOCDE aclaran que, al igual que la mayoría de las legislaciones tributarias internas, el concepto de utilidades tiene un sentido amplio y abarca todas las rentas procedentes de la explotación de una empresa<sup>989</sup>. Tal y como hemos visto, España no es la excepción de esta regla<sup>990</sup>.

A pesar de ello, no debemos olvidar que la cláusula de subsidiariedad deja fuera del artículo a una serie de rendimientos que, si bien se enmarcan dentro de la definición genérica de utilidades, son regulados por otros preceptos del modelo.

En virtud de lo expuesto, más allá de que los modelos no contengan una definición expresa de las utilidades empresariales, a través de sus comentarios y de la delimitación negativa del concepto (subsidiariedad), es posible identificar cuándo estamos ante una utilidad comprendida dentro de este artículo y cuándo no<sup>991</sup>.

Una vez definidas las utilidades empresariales nos adentraremos en la renta de los DDEE provenientes de una actividad económica. En este apartado mantendremos el mismo espectro de casos analizados en los capítulos anteriores:

- personas físicas:
  - que se dedican habitualmente a la compra y venta de DDEE y que no son titulares de instalaciones emisoras de CO<sub>2</sub>;
  - titulares de instalaciones emisoras, y que además se dedican a la compra y venta especulativa de DDEE.
- personas jurídicas
  - no emisoras que habitualmente se dedican a la compra y venta de DDEE;

---

<sup>989</sup> Párrafo 59 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE.

<sup>990</sup> GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 95.

<sup>991</sup> En esta misma línea CALDERÓN CARRERO, J. M., *ob. cit.*, p. 422.



- emisoras que también se dedican a la compra y venta habitual de una parte de sus DDEE.

Es evidente que estos casos entran en el concepto genérico de utilidades empresariales del artículo 7, ya que la compra y venta de DDEE se erige como una explotación económica habitual. Ahora resta por dilucidar si estos rendimientos deben mantenerse en la regla general (utilidades empresariales) o han de encuadrarse dentro de alguno de los supuestos especiales.

Vamos por partes. En primer lugar, descartamos los supuestos más evidentes en los cuales no pueden encuadrarse este tipo de rendimientos:

- rentas inmobiliarias (artículo 6);
- navegación marítima, interior y aérea (artículo 8);
- dividendos (artículo 10);
- intereses (artículo 11);
- rentas del trabajo (15);
- remuneración de consejeros (16);
- artistas y deportistas (artículo 17);
- pensiones (artículo 18);
- servicios gubernamentales (artículo 19); y
- estudiantes (artículo 20).

Los casos más dudosos son los siguientes:

- regalías o cánones (artículo 12);
- ganancias de capital o patrimoniales (artículo 13);
- otras rentas (artículo 21).

### **a) Regalías o cánones**

El modelo define a los cánones de la siguiente manera:

“las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas”<sup>992</sup>.

En el caso de los cánones se abona una determinada cantidad de dinero por el uso o cesión de uso, mientras que en la transmisión de DDEE se transfiere la titularidad dominical de los derechos. En razón de ello, los permisos de emisión quedan automáticamente fuera de este artículo<sup>993</sup>.

### **b) Ganancias de capital o patrimoniales**

Este tema será tratado con mayor detenimiento en el punto siguiente, de manera que únicamente nos limitaremos a señalar las razones por las que quedan fuera del artículo 13 que regula las ganancias de capital.

Tal como señalan los propios comentarios a los modelos, éstos no contienen ninguna definición expresa sobre las ganancias de capital, simplemente se limitan a mencionar que son aquellas que se derivan de la enajenación de propiedad.

El concepto de enajenación de propiedad comprende la venta o permuta de bienes, la enajenación parcial, la expropiación, las

---

<sup>992</sup> Artículo 12.2 del MCOCDE.

<sup>993</sup> En igual sentido se pronuncia GALLEGÓ LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 99.

aportaciones a sociedades, la venta de derechos, la donación e incluso la transmisión *mortis causa*<sup>994</sup>. Esta ausencia conceptual nos obliga a recurrir a la definición interna de ganancia de capital dispuesta por cada Estado<sup>995</sup>.

En el caso de España deberíamos recurrir primeramente al TRLIRNR, pero esta norma tampoco define las ganancias de capital sino que nos remite a la definición de la LIRPF, en donde reciben el nombre de ganancias y pérdidas patrimoniales<sup>996</sup>.

Las ganancias y pérdidas patrimoniales se definen como las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que se califiquen como rendimientos<sup>997</sup>.

Los supuestos concretos que analizamos en este punto entran en la categoría de rendimientos empresariales ya que existe una ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios<sup>998</sup>.

En virtud de lo expuesto, también descartamos la posibilidad de que las rentas de los supuestos analizados sean ganancias de capital.

### **c) Otras rentas**

Finalmente, también hemos de considerar el supuesto residual establecido en el artículo 21 del MCOCDE, titulado “otras rentas”.

---

<sup>994</sup> Párrafo 5 de los comentarios al artículo 13 del MCOCDE.

<sup>995</sup> GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 100; CALDERÓN CARRERO, J. M., *ob. cit.*, p. 747.

<sup>996</sup> Artículo 13.3 del MCOCDE.

<sup>997</sup> Artículo 33.1 de la LIRPF.

<sup>998</sup> Artículo 27.1 de la LIRPF.

En este artículo el convenio establece un precepto genérico aplicable a todas las rentas que no fueron tratadas en el resto de su articulado. Su extensión abarca no sólo las rentas pertenecientes a categorías no contempladas expresamente sino también las derivadas de fuentes no mencionadas de manera concreta<sup>999</sup>.

Se trata de una cláusula que pretende no dejar fuera del convenio a ningún tipo de renta. Su carácter residual nos obliga a utilizarla únicamente cuando no sea aplicable alguno de los supuestos particulares ya mencionados. Es la segunda cláusula de subsidiariedad de los modelos, la otra es la del artículo 7.

En nuestro caso, primeramente habrá que comprobar si se aplica alguno de los supuestos concretos de los modelos, dejando de lado el artículo 7 de las utilidades empresariales. En caso de que ello no sea viable, tendremos que recurrir al artículo 7. Y si éste finalmente no se aplica nos queda el artículo 21.

Con los DDEE nos quedamos en el segundo paso, ya que las rentas de los supuestos analizados encajan perfectamente en las utilidades empresariales del artículo 7.

A raíz de lo expuesto, podemos decir que la renta derivada de la transmisión de DDEE puede ser gravada como beneficio empresarial en el Estado donde se encuentre radicado el establecimiento permanente, a pesar que sea un Estado diferente al de su casa matriz. En virtud de esta conclusión salen a la luz una serie de cuestiones sobre la liquidación del tributo que se hacen necesario resolver.

---

<sup>999</sup> Párrafo 1 de los comentarios al artículo 21 del MCOCDE.

## **4.2. Criterios de liquidación en el MCOCDE 2008**

### **a) Imputación de rentas**

La cuestión sobre la imputación de las rentas al establecimiento permanente se desprende de la segunda parte del artículo 7.1, en la que difieren los modelos de convenio.

El MCOCDE establece que el Estado del establecimiento permanente sólo puede gravar las utilidades que sean imputables a dicho establecimiento. De todas formas, sus propios comentarios aclaran que algunos países defienden que cuando una empresa extranjera instala un establecimiento permanente en su territorio, la propia empresa entra en el ámbito de su jurisdicción fiscal. Con lo cual se podrían gravar todas las utilidades que la empresa obtenga en su territorio, tanto si proceden del establecimiento como de otra de sus actividades (*vis expansiva*).

El tenor literal del artículo 7 y los propios comentarios del modelo de la OCDE adoptan el criterio contrario. Tal es así que para gravar los beneficios que una empresa foránea obtiene en un país determinado, se deben considerar separadamente las diversas fuentes de las utilidades que la empresa obtiene a través de un lugar fijo de trabajo y aplicar a cada una de esas fuentes el criterio del establecimiento permanente<sup>1000</sup>.

---

<sup>1000</sup> Párrafo 10 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE. Los argumentos esgrimidos en contra de esta postura se basan principalmente en que esta norma podría favorecer y aumentar el número de prácticas elusivas. Con muy buen tino los comentarios del convenio señalan que la solución propuesta permite una administración simple y eficaz, y que una disposición en contrario podría interferir seriamente en los procesos empresariales del mundo moderno, en donde resulta muy común que las sociedades se dediquen a actividades muy diversas que operan de forma extensa en muchos países. Los comentarios concluyen diciendo que por más que la medida pueda favorecer los mecanismos de elusión fiscal, es mucho más importante por un lado, promover la neutralidad fiscal; y evitar interferencias en la organización de los negocios y excesivos requerimientos de información a las

Veamos un caso concreto. Supongamos que una empresa se dedica a diferentes actividades empresariales en un país diferente al de su residencia: por un lado, lleva adelante actividades inmobiliarias y por el otro se dedica a la compra y venta habitual de derechos de emisión. En el primer caso se vale de un establecimiento permanente y en el segundo no. Tal como vimos en el párrafo anterior, el Estado del establecimiento permanente sólo podrá gravar las rentas imputables a dicho establecimiento, es decir, las derivadas de la actividad inmobiliaria. Con lo cual, las rentas derivadas de los permisos de emisión quedan fuera de la potestad tributaria del Estado de la fuente, y serán gravadas por el Estado de la residencia.

Ésta es otra de las cuestiones en las que el MCONU se aparta del MCOCDE. En el modelo de la ONU la tributación del Estado de la fuente se extiende más allá de lo que permite el principio de imputación funcional de rentas económicamente conectadas con la actividad del establecimiento permanente.

Para el MCONU resultarán imputables al establecimiento no sólo las utilidades derivadas de la actividad económica que desarrolle sino también todas aquellas provenientes de operaciones directas realizadas por su casa central en el territorio donde se encuentre el establecimiento permanente<sup>1001</sup>.

Para ello, es necesario que se cumpla alguna de las siguientes circunstancias:

- a) ventas de bienes idénticos o similares a los vendidos por medio del establecimiento permanente;

---

empresas extranjeras, por el otro. En definitiva, ésta es la finalidad última del MCOCDE.

<sup>1001</sup> Artículo 7.2, segunda parte, del MCONU.

b) otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a las del establecimiento permanente.

Veamos un ejemplo: imaginemos que una empresa se dedica a la compraventa de DDEE en un país diferente al de su residencia, sólo que algunas operaciones se realizan con la mediación de un establecimiento permanente y otras no.

A diferencia del supuesto anterior, en este caso el Estado de radicación del lugar fijo de trabajo podría gravar todas las rentas derivadas de la comercialización de estos derechos, incluyendo las que no derivan de un establecimiento permanente<sup>1002</sup>.

Por otra parte, el MCONU no estipula nada en relación a la imputación de beneficios a un establecimiento permanente por el solo hecho de adquirir bienes para la empresa. De manera que, en principio, se tomarán como beneficios empresariales, salvo que, por medio de negociaciones bilaterales, se estipule lo contrario<sup>1003</sup>.

Amén de lo expuesto, los comentarios del MCONU aclaran que el principio de fuerza de atracción no debe aplicarse cuando la empresa pueda demostrar que las ventas y actividades económicas fueron realizadas por motivos diferentes a la obtención de los beneficios del convenio<sup>1004</sup>.

---

<sup>1002</sup> Los CDIs firmados por España que recogen el principio de fuerza de atracción (Artículo 7.1, 1ª parte, MCONU), son los siguientes: CDI Argentina de 1992 (artículo 7.1, 1ª parte); CDI Filipinas de 1989 (artículo 7.1, 1ª parte); CDI India de 1993 (artículo 7.1, 1ª parte); CDI Indonesia de 1995 (artículo 7.1, 1ª parte); CDI Tailandia de 1997 (artículo 7.1, 1ª parte).

<sup>1003</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., *ob. cit.*, p. 428.

<sup>1004</sup> Párrafo 8 de los comentarios al artículo 7 del MCONU.

## **b) Determinación de las utilidades**

Una vez que hemos delimitado el tipo de utilidades que se imputan al establecimiento habrá que ver la manera de determinar dichas utilidades, para lo cual recurriremos al punto 2 y 3 del artículo 7.

El primero de ellos establece que las utilidades imputables al establecimiento permanente son las que este hubiera obtenido si, en lugar de tratar con su sede central, lo hubiese hecho con una empresa totalmente independiente en las condiciones y con los precios normales de mercado. La atribución de beneficios al establecimiento permanente descansa sobre los principios de empresa separada y empresa independiente<sup>1005</sup>.

Este apartado es idéntico en ambos modelos de convenios. No obstante, los comentarios al MCONU se refieren a los problemas de atribución de beneficios al establecimiento en los casos de *turnkey contracts* (llave en mano). Asimismo, se también se destaca la aplicación del principio de plena concurrencia del artículo 9 en este contexto<sup>1006</sup>.

Por su parte, el artículo 7.3 del MCOCDE permite la deducción de los gastos realizados para los fines de dicho establecimiento, incluyendo los gastos de dirección y generales de administración para dichos fines, tanto si se realizan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.

La primera parte del artículo 7.3 del MCONU es idéntica a la de su homólogo de la OCDE. No obstante, la segunda parte aclara que no

---

<sup>1005</sup> El EP debe tributar como un centro de imputación de rentas similar al integrado por la formación de unja empresa separada y residente que opera de forma independiente en relación con las operaciones que realice con personas vinculadas, incluyendo a su propia casa central (PRATS GARCÍA, F. A., “El establecimiento permanente”, op. cit., p. 308.

<sup>1006</sup> Párrafo 11 y ss. de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE.



serán deducibles los pagos que el establecimiento permanente efectúe a la casa central a título de cánones, honorarios o pagos análogos.

La comparación de ambos modelos saca a relucir una serie de diferencias entre ellos. De todas maneras, tales diferencias no son eminentemente sustantivas, ya que el precepto agregado en el MCONU se introdujo para clarificar la aplicación de ciertos gastos del establecimiento permanente. Se trata simplemente de párrafos recogidos de los propios comentarios del MCOCDE<sup>1007</sup>.

Volviendo al artículo 7.3, hay que decir que a pesar que parezca lo contrario, la norma viene a aclarar (no a contradecir), el principio general del párrafo 2.

El tercer apartado indica que, para calcular las utilidades del establecimiento permanente, se admite la posibilidad de deducir determinados gastos, mientras que el apartado 2 establece la manera en que habrán de calcularse las utilidades determinadas con arreglo a aquel apartado<sup>1008</sup>.

En definitiva, el apartado 3 fija los gastos que pueden deducirse y el apartado 2 establece los parámetros que deben orientar dicha deducción<sup>1009</sup>.

Tal como expresan los comentarios del convenio, normalmente las utilidades determinadas de esta forma coincidirán con las que se obtendrían por aplicación de las reglas habituales de la buena práctica contable<sup>1010</sup>. De esta manera, “las autoridades fiscales deben

---

<sup>1007</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., *ob. cit.*, p. 467. No obstante, como ya adelantaba García Prats, los comentarios al MCOCDE han sido revisados por la OCDE con miras a la introducción de un nuevo artículo 7 en la versión 2010 del Modelo (GARCÍA PRATS, F. A., “Los modelos de...”, *op. cit.*, p. 119).

<sup>1008</sup> Párrafo 28 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE.

<sup>1009</sup> Para mayor detalle ver CALDERÓN CARRERO, J. M., *ob. cit.*, p. 453 y ss.

<sup>1010</sup> Párrafo 14 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE.

partir de la contabilidad (separada) del establecimiento permanente para determinar la atribución de beneficios o llevar a cabo un ajuste de los mismos”<sup>1011</sup>.

En caso que sea necesario realizar ajustes, se sustituirán los valores facturados por los precios de mercado ordinarios para los productos idénticos o semejantes, suministrados en las mismas o similares condiciones.

Una de las mayores dificultades surge en aquellos supuestos en donde no hay precios normales de mercado de referencia. Respecto a los DDEE hoy en día existen los denominados “mercados de derechos de emisión” que nos otorgan una referencia cierta de su valor de mercado. Esta cuestión y sus posibles problemáticas será analizada con detenimiento en el próximo capítulo.

El artículo 7.3 gira en torno a la delimitación de los gastos deducibles y viene a completar el artículo 7.2. Su finalidad es garantizar que los gastos conectados con la actividad del establecimiento permanente no son rechazados porque:

- el gasto ha sido desembolsado fuera del territorio del Estado donde se encuentra el establecimiento permanente; o
- porque el gasto no tiene como única finalidad atender las necesidades generadas la actividad del establecimiento permanente.

En este punto nos interesa destacar aquellos supuestos en los que la casa central (Estado de residencia) aporta DDEE al establecimiento permanente (Estado de la fuente) para su reventa. A la casa central se le imputará un beneficio valorado a precios de plena competencia

---

<sup>1011</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M., *ob. cit.*, p. 437.

(principio de empresa independiente)<sup>1012</sup>. Y por su lado, a partir de los comentarios del Modelo, el establecimiento permanente podrá deducir dichos gastos, pero sin incluir el margen de beneficio<sup>1013</sup>, y que sí se incluyó para la casa central<sup>1014</sup>.

Pasará lo mismo en el caso contrario. Cuando sea el establecimiento permanente el que transfiera DDEE a la casa central, dicho establecimiento deberá respetar el principio de empresa separada e independiente y tomar como referencia los precios de mercado para calcular sus utilidades empresariales<sup>1015</sup>.

Finalmente, destacamos el quinto párrafo del MCOCDE en el cual se establece lo siguiente:

---

<sup>1012</sup> El párrafo 33 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE aclara que cuando los bienes se entreguen para ser posteriormente vendidos, será adecuado normalmente aplicar las disposiciones del apartado 2.

<sup>1013</sup> Párrafo 28 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE.

<sup>1014</sup> En esta línea CARRERO, J. M., *ob. cit.*, p. 466.

<sup>1015</sup> Los CDIs suscritos por España que recogen el apartado 2º y 3º del artículo 7 del Modelo son los siguientes: CDI Alemania de 1966 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Argelia de 2002 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Australia de 1992 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Austria de 1966 (Artículo 7.2 y 7.3); CDI Bélgica de 1970 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Bolivia de 1997 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Brasil de 1974 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Bulgaria de 1990 (artículo 6.2 y 6.3); CDI Canadá de 1972 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Chile de 2003 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Corea de 1994 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Costa Rica de 2004 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Cuba de 1999 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Checoslovaquia de 1980 (artículo 7.2 y 7.3); CDI China de 1990 (artículo 7.2); CDI Dinamarca de 1972 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Ecuador de 1991 (artículo 7.2 y 7.3); CDI El Salvador de 2008 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Eslovenia de 2002 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Estonia de 2003 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Finlandia de 1967 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Francia de 1973 (artículo 7.2); CDI Francia de 1995 (artículo 7.3); CDI Grecia de 2000 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Hungría de 1994 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Irlanda de 1991 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Irán de 2002 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Islandia de 2002 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Israel de 1999 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Italia de 1977 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Japón de 1974 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Letonia de 2003 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Lituania de 200 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Luxemburgo de 1986 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Marruecos de 1978 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Noruega de 1963 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Noruega de 1999 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Países Bajos de 1971 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Polonia de 1979 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Portugal de 1968 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Portugal de 1993 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Reino Unido de 1975 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Rumania de 1979 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Federación Rusa de 1998 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Suecia de 1976 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Suiza de 1966 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Túnez de 1982 (artículo 7.2 y 7.3); CDI Turquía de 2002 (artículo 7.2 y 7.3); CDI ex URRS de 1985 (artículo 5.2 y 5.3) y CDI Venezuela de 2003 (artículo 7.2 y 7.3).

“5. No se atribuirán utilidades a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.”

Este apartado parece bastante similar al artículo 5.4.d) en el cual se excluyen de la categoría de establecimiento permanente a las oficinas de compras. Pero es importante señalar que el artículo 7.5 no se refiere a las organizaciones establecidas únicamente para realizar compras, ya que tales oficinas no son establecimientos permanentes y por lo tanto no se les aplica este artículo.

El párrafo 5 se refiere a los establecimientos que, además de realizar otras actividades empresariales, efectúan compras para su sede central. En tal caso, las utilidades de dichos establecimientos no deben incrementarse en un importe estimado al de las utilidades de la actividad compradora<sup>1016</sup>.

Por su parte, el MCONU no contiene ningún precepto como éste. El Grupo de Expertos de la ONU entiende que son muy pocos los casos que en la práctica entran en dicha cláusula. Por tal razón, no ven necesario su incorporación en el Modelo de la ONU<sup>1017</sup>.

Personalmente no coincidimos con esta última apreciación, ya que la poca proliferación de casos (cuestión también dudosa), por sí sola, no puede justificar la falta de adopción de una medida cuya aplicación (o no) puede acarrear importantes consecuencias fiscales<sup>1018</sup>.

Esta norma resulta muy interesante respecto los DDEE, ya que un establecimiento de una empresa dedicada a la venta de estos

---

<sup>1016</sup> Párrafo 57 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE.

<sup>1017</sup> Párrafo 21 de los comentarios al artículo 7 del MCONU.

<sup>1018</sup> Respecto a esto ultimo CALDERÓN CARRERO, J. M., *ob. cit.*, p.483.

derechos podrá comprarlos para la casa matriz y no computar las utilidades que de esa actividad se derivan.

De todas maneras, como veremos en el punto siguiente, este criterio ha sido puesto en tela de juicio por la OCDE, y así lo ha hecho saber en la última versión de su Modelo.

#### **4.3. Criterios de liquidación en el MCOCDE 2010**

Con el paso de los años el artículo 7 del MCOCDE ha sido objeto de diversas interpretaciones y modificaciones a cargo del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

Este Comité era consciente de que el criterio establecido para determinar las utilidades imputables a los establecimientos permanentes generaba incertidumbre entre los diferentes países. En virtud de ello, en 1993 el publicó el Proyecto de atribución de utilidades a un establecimiento.

Unos años más tarde se configuró un nuevo Proyecto de atribución de utilidades a los establecimientos permanentes (2008). En el documento se añadió el principio de *separate entity approach*, por medio del cual se consideraba al establecimiento permanente como si fuera una entidad separada e independiente de su casa matriz.

Pero no del todo conforme con los resultados del Proyecto de 2008, al año siguiente se propuso un nuevo texto para el Artículo 7 del Modelo. La modificación más significativa consistió en reemplazar el 3º párrafo del artículo cuya nueva redacción establece un mecanismo para ajustar los ingresos (deducciones) imputables a un establecimiento permanente, considerando a éste como una entidad separada e independiente (*arm's length*). Se trata de una disposición muy similar a la del artículo 9.2 del MCOCDE.

Pero el artículo 7 no sería la única modificación del nuevo Modelo, ya que también se revisaron los comentarios de gran parte del articulado. El 21 de mayo de 2010 el Comité publicó el borrador<sup>1019</sup> con las actualizaciones del MCOCDE 2010 que contenía todas las modificaciones de los artículos y comentarios del modelo de 2008.

El 22 de julio de 2010 se publicaron las actualizaciones definitivas del MCOCDE 2010<sup>1020</sup>. Y finalmente, el 13 de septiembre de 2010 se hizo pública la versión consolidada y definitiva del nuevo MCOCDE 2010.

Estas modificaciones se realizaron mediante un proceso gradual que se llevó a cabo mediante dos etapas bien diferenciadas:

- primera etapa: Modificación de los comentarios del artículo 7 del MCOCDE 2005 (fue la versión de 2008).

Se forjaron interpretaciones que irían abriendo paso a la nueva redacción e interpretación del artículo 7, aunque sin contradecir las versiones del modelo previas a estas incorporaciones.

- segunda etapa: Modificación del artículo 7 y sus comentarios del MCOCDE 2008 (versión de 2010), para concluir la nueva interpretación del artículo.

### **a) Imputación de rentas**

La nueva versión del Modelo altera considerablemente la redacción del artículo 7, aunque no modifica la sustancia de la regla inicial del primer apartado.

---

<sup>1019</sup> *Draft contents of the 2010 update to the Model Tax Convention, 21th May 2010.*

<sup>1020</sup> *The 2010 update to the Model Tax Convention, 22th July 2010.*

De tal manera que a menos que una empresa de un Estado Contratante tenga un establecimiento permanente en el otro Estado, los rendimientos producidos por aquélla no pueden ser gravados por este último Estado. Este precepto no afecta la aplicación de otros artículos del Modelo que fijan reglas especiales para determinadas categorías de rentas o para determinadas categorías de ingresos que también constituyen utilidades empresariales<sup>1021</sup>.

El texto del artículo 7.1 se altera en la segunda parte cuando dice que “si la empresa realiza su actividad de dicha manera”, es decir, por medio de un establecimiento permanente, “los beneficios, que son imputables al establecimiento permanente según lo previsto en el párrafo 2, pueden someterse a imposición en el otro Estado”<sup>1022</sup>.

Podemos ver que el artículo ya no dice expresamente que el Estado de la fuente sólo podrá gravar las rentas imputables al establecimiento permanente. De todas formas, a pesar de esta omisión, la esencia de aquella disposición permanece intacta ya que los comentarios del 1º párrafo se mantienen idénticos en el nuevo modelo<sup>1023</sup>.

Con lo cual, el derecho de los Estados Contratantes para gravar las rentas de los establecimientos permanentes situados en su territorio, no se extiende a los beneficios que obtenga la casa central sin la mediación del dicho establecimiento<sup>1024</sup>.

---

<sup>1021</sup> Párrafo 10 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

<sup>1022</sup> La versión original del artículo 7.1 del MCOCDE 2010 dice lo siguiente: “*Profits of an Enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on a business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State*”.

<sup>1023</sup> Párrafo 10 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2008.

<sup>1024</sup> Confr. Párrafo 12 y 17 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

## **b) Determinación de las utilidades**

La determinación de los beneficios del establecimiento permanente está regulada en el párrafo 2 y 3 del nuevo artículo 7, aunque la regla fundamental se encuentra en el primero de ellos.

El nuevo artículo 7.2 dice lo siguiente:

“2. A los fines de este artículo y del artículo 23 A y 23 B, los beneficios a los cuales se refiere el párrafo 1 imputables en cada Estado Contratante al establecimiento permanente, son los que hubiera podido obtener, particularmente en aquellos acuerdos con otras partes de la empresa, si fueran empresas separadas e independientes, que realicen las mismas o similares actividades bajo las mismas o similares condiciones, teniendo en cuenta las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las otras partes de la empresa.” (Traducción libre)<sup>1025</sup>.

A partir de este artículo las actividades del establecimiento permanente se identificarán a través de un análisis funcional, que consiste en suponer que el establecimiento es una empresa separada e independiente capaz de llevar a cabo funciones; poseer y utilizar activos; asumir riesgos y celebrar transacciones con otras empresas,

---

<sup>1025</sup> La versión original establece que “*for the purposes of this Article and Article [23A] [23B], the profits are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*”.



relacionadas y no relacionadas, así como la empresa de la cual forma parte<sup>1026</sup>.

Cuando hablamos de los DDEE, la independencia que propugna el artículo se obtendrá, principalmente, calculando la renta obtenida a partir del precio de mercado de tales derechos. Para ello habrá que estarse al lugar y al momento en que se producen las transacciones. A estos fines, entendemos que lo más razonable es buscar el precio medio de mercado registrado por los mercados de los países involucrados en la compraventa de los DDEE.

Volviendo al análisis del artículo 7.2, vemos que en esta nueva versión resulta esencial tener en cuenta lo siguiente:

- las funciones realizadas;
- los activos utilizados; y,
- los riesgos asumidos por las partes.

Esta nueva disposición intenta ser más específica sobre los elementos a tener en cuenta para aplicar el principio de empresa separada e independiente. De todas maneras, hay que decir que se trata de consideraciones bastante amplias, cuya determinación dependerá de cada caso en particular.

Cuando se habla de “riesgos”, por ejemplo, nos preguntamos a qué riesgos se refiere concretamente el artículo. En principio está claro que toda actividad comercial conlleva una serie de riesgos, con lo cual queda abierta la posibilidad de determinar los riesgos que se tomen en cuenta a la hora de aplicar el mencionado principio.

---

<sup>1026</sup> En la aplicación del principio *arm's length* resultarán aplicables los lineamientos sobre precios de transferencia establecidos por la OCDE (*OCDE Transfer pricing guidelines*).

Cuando pensamos en el riesgo relacionado con los DDEE tenemos que distinguir según cuál sea la actividad de la empresa, ya que ésta puede poseer dichos derechos o bien para llevar adelante su actividad contaminante, o bien para especular con su valor.

En el primer caso, el riesgo asumido no se enfoca tanto en los permisos de emisión sino en la actividad contaminante para la cual los necesita la empresa. No obstante, también habrá que tener en cuenta el riesgo propio que comporta para la instalación contaminante la eventualidad de no poder entregar, antes del 30 de abril de cada año, los derechos de contaminación que representan las emisiones realizadas durante el año anterior. No olvidemos que este incumplimiento acarrea importantes sanciones pecuniarias para la empresa y ello, lógicamente, comporta un riesgo añadido propio de este nuevo mecanismo de flexibilidad.

En el segundo supuesto, la compraventa especulativa de DDEE también incurre en una serie de riesgos comerciales, pero en este caso motivados por dicha especulación. Estos riesgos pueden asimilarse, en cierta medida, a los que asumen quienes participan en el mercado bursátil, ya que su valor fluctúa constantemente. No obstante, en el caso de los DDEE no existen mercados oficiales de referencia sobre su valor.

Por otra parte, según la norma en análisis, la determinación de las rentas implica el cálculo de los beneficios (o pérdidas) derivados de toda la actividad, incluyendo:

- las transacciones con partes independientes;
- las transacciones con partes relacionadas; y,

- los acuerdos con las otras partes de la empresa<sup>1027</sup>.

Tal y como expresan los comentarios del Modelo, la determinación de utilidades del establecimiento permanente del nuevo artículo consta de dos pasos. El primero consiste en realizar un análisis fáctico-funcional que implica:

- atribuir al establecimiento los derechos y obligaciones derivadas de las operaciones con la casa matriz y/o otras partes del grupo;
- individualización de los activos económicamente poseídos y utilizados por el establecimientos;
- identificación de los riesgos inherentes a la función desarrollada, teniendo en cuenta la eventual transmisión de dichos riesgos o de su gestión a la casa central y/o a otras partes del grupo;
- determinación de otras funciones del establecimiento;
- atribución de fondos (capital libre y pasivo exigible) para determinar intereses deducibles por el establecimiento;
- identificación de la existencia y naturaleza de eventuales acuerdos con la casa matriz y/o las otras partes del grupo.

El segundo paso está dado por la aplicación de los lineamientos de la OCDE sobre precios de transferencia a los acuerdos entre el establecimiento permanente y las otras partes del grupo<sup>1028</sup>. Este proceso se realiza:

---

<sup>1027</sup> Párrafo 20 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

El tema de las operaciones intra-grupo motivaron un gran debate ya que el anterior artículo 7.3 se interpretaba en el sentido de que prohibía el reconocimiento de este tipo de transacciones (TONINO, H. and COOPER, J., "Princing a hypothetical", OECE Observer, N° 276-277, Diciembre 2009 – Enero 2010).

<sup>1028</sup> Párrafo 23 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

- con la comparación de las operaciones sujetas a los mencionados acuerdos y las operaciones no sujetas a condiciones particulares. Para ello se tendrán en cuenta las características de los bienes y servicios, las circunstancias económicas y las estratégicas de negocio (factores directos) o los análisis funcionales y términos contractuales (analogía);
- con la aplicación por analogía de los métodos propuestos por la Guía OCDE sobre precios de transferencia para arribar a una compensación independiente de los acuerdos y condiciones espaciales pactadas.

Volviendo a la comparación de versiones, hemos visto que el artículo 7 del Modelo 2008 utilizaba cinco párrafos para determinar las utilidades imputables al establecimiento permanente (párrafos 2, 3, 4, 5 y 6). Con la nueva redacción, esta tarea sólo queda en manos del mencionado artículo 7.2 y sus comentarios.

El convenio aclara que las condiciones para la deducción de los gastos deben ser determinadas por la normativa doméstica, aunque siempre sujeta a los preceptos del Modelo, en especial el artículo 24.3<sup>1029</sup>. En aras de velar por que no exista discriminación, esta última norma establece que los gastos realizados a los fines de un establecimiento permanente situado en un Estado Contratante, son deducibles bajo las mismas condiciones que aquéllos efectuados a los fines de una empresa radicada en dicho Estado<sup>1030</sup>.

---

<sup>1029</sup> Párrafo 30 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010. Asimismo, el párrafo 66 de los comentarios al mismo artículo establece que el artículo 7 tiene como objetivo “la localización de la potestad tributaria entre los Estados Contratantes. Dicha norma sólo sirve para localizar las ganancias y pérdidas a efectos de distribuir la potestad tributaria y no se refiere a la cuestión sobre cuáles ganancias son gravadas y cuáles pérdidas son deducibles, ya que esto es materia del derecho interno”.

<sup>1030</sup> *Vid.* Párrafo 34 de los comentarios al artículo 7 y párrafo 40 del artículo 24 del MCOCDE 2010.

Finalmente destacar que, a diferencia de la versión anterior, ahora se atribuyen al establecimiento permanente las utilidades derivadas de la mera compra de bienes o mercancías para la empresa. Recordemos que el artículo 7.5 del modelo 2008 permitía excluir este tipo de rentas, pero el Comité consideró que dejar fuera estos beneficios por la única razón de que se trata de compras para la empresa no era acorde al principio *arm's length*<sup>1031</sup>.

Una vez que los CDIs apliquen este nuevo criterio desaparecerá la ventaja que mencionábamos anteriormente respecto a los DDEE (un establecimiento que realiza diversas actividades empresariales pero que también se dedica a la compra de estos derechos para la empresa). Hasta el momento, las rentas derivadas de esta operación no se atribuían a los beneficios del establecimiento permanente.

Recordemos que el MCONU nunca tuvo una cláusula como ésta, no obstante, los fundamentos para no incluirla eran totalmente diferentes. Mientras que el Grupo de Expertos de la OCDE habla de un fiel reflejo del principio *arm's length*, el de la ONU mencionaba que su inclusión no se justificaba porque se trataba de situaciones muy poco habituales en la práctica<sup>1032</sup>.

### **c) Doble imposición**

A diferencia de su predecesor, el nuevo párrafo 3 del artículo 7 ya no habla de los gastos deducibles sino que incorpora un método de compensación y ajustes para evitar la doble imposición de las utilidades similar al del artículo 9.2 del MCOCDE<sup>1033</sup>.

---

<sup>1031</sup> Párrafo 43 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

<sup>1032</sup> Párrafo 21 de los comentarios al artículo 7 del MCONU.

<sup>1033</sup> El propio convenio, en el párrafo 58 de los comentarios al artículo 7, confirma que ambos artículos comparten los mismos caracteres: se aplican por cada Estado en relación a un ajuste hecho en el otro Estado Contratante; deben aplicarse de

La interpretación del artículo 7.2 puede generar diferencias entre los Estados Contratantes, es por ello el Modelo incorpora un mecanismo para resolver estas posibles discrepancias y eliminar así las eventuales situaciones de doble imposición.

De esta manera, el artículo 7.3, en combinación con el 23, pretende asegurar que no se produzca una doble imputación sobre los beneficios atribuibles al establecimiento permanente<sup>1034</sup>. Concretamente, el párrafo 3 del nuevo artículo 7 dice lo siguiente:

“3. Cuando, de conformidad con el párrafo 2, un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados Contratantes y someta a imposición dichos beneficios de la empresa que han sido gravados en el otro Estado Contratante, el otro Estado, ante la necesidad de eliminar la doble imposición de tales beneficios, deberá realizar los ajustes correspondiente sobre el monto del impuesto debido por dichas utilidades. Para determinar dicho ajuste, las autoridades competentes de los Estados Contratantes, si es necesario, deberán consultarse.” (Traducción libre)<sup>1035</sup>.

Tal y como aclaran los comentarios, en principio, no será necesario recurrir al párrafo 3. En efecto, la posibilidad de que se produzca una doble imposición no será demasiado común porque los

---

manera recíproca; no se aplicarán a menos que haya habido un ajuste por parte de alguno de los Estados Contratantes.

<sup>1034</sup> Párrafo 44 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

<sup>1035</sup> En inglés, el artículo dice lo siguiente: “Where, in accordance with paragraph 2, a Contracting State adjusts the profits that are attributable to a permanent establishment of an Enterprise of one the Contracting States and taxes accordingly profits of the Enterprise that have been charged to tax the other State, the other State shall, to the extent necessary to eliminate double taxation on these profits, make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged on those profits. In determining such adjustment, the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other”.

contribuyentes determinarán la renta del establecimiento de la misma forma en cada Estado Contratante y con arreglo a los criterios del párrafo 2 (*arm's length*)<sup>1036</sup>. Al existir una absoluta coherencia, no sólo con el sistema utilizado en cada Estado sino también con los postulados convencionales, no será necesario realizar ningún tipo de ajuste.

En sus comentarios el Modelo deja bien en claro que la nueva versión no pretende limitar en lo más mínimo los remedios legales de los contribuyentes para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones<sup>1037</sup>. De manera que si el Estado donde se encuentra el establecimiento permanente no sigue las pautas del artículo 7.2, el contribuyente podrá acudir a los remedios legales domésticos y a los acuerdos amistosos del artículo 25. Lo mismo ocurrirá si el otro Estado Contratante, en relación con el artículo 23, no calcula los beneficios según el párrafo 2.

Si es el contribuyente el que no determina las utilidades del establecimiento acorde al Modelo, cada Estado está habilitado para realizar los ajustes necesarios para cumplimentar con el artículo 7.2. Al igual que ocurre con el artículo 9.2, el MCOCDE 2010 no especifica el método ni el plazo para realizar dichos ajustes.

A continuación ilustraremos la disposición de este párrafo con un ejemplo propuesto en los comentarios al Modelo 2010<sup>1038</sup>, aunque adaptado a los DDEE.

Comencemos el supuesto con la siguiente hipótesis: una empresa del Estado R (Estado de la residencia) ha transferido derechos de

---

<sup>1036</sup> Párrafo 46 y 50 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

<sup>1037</sup> Párrafo 52 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

<sup>1038</sup> *Vid.* Párrafos 55 y 56 de los comentarios al artículo 7 del MCOCDE 2010.

contaminación a un establecimiento permanente situado en el Estado F (Estado de la fuente).

La documentación de la empresa refleja que para la determinación de los beneficios del establecimiento las partes acordaron un precio de 90. Supongamos que el Estado F acepta el precio establecido por el contribuyente pero el Estado R no lo considera ajustado al artículo 7.2 del MCOCDE y entiende que, en aplicación del principio de empresa separada e independiente, debió utilizarse un precio de 110.

Bajo estas circunstancias el precio es diferente para ambos países, de manera que la cantidad de 20 puede ser sometida a doble tributación. Aquí se presentan dos opciones:

- que el Estado F acepte que el ajuste realizado por el Estado R está de acuerdo con el párrafo 2, en cuyo caso el párrafo 3 solicita al Estado F a que reajuste el tributo según el nuevo precio, es decir 110.
- que el Estado F no esté de acuerdo el ajuste propuesto por el Estado R, y decida no realizar ningún tipo de reajuste. En dicho caso, la cuestión se resolverá con el procedimiento amistoso de resolución de conflictos del artículo 25.1 del MCOCDE.

#### **d) Notas comparativas entre el MCOCDE 2008 y 2010**

En este punto destacaremos sucintamente las diferencias que existen entre las dos versiones del Modelo que puedan afectar el comercio de DDEE. Si bien es cierto que la nueva redacción no afecta el texto de los CDIs en vigor, seguramente lo hará de cara a los próximos convenios y a las renovaciones de los ya existentes.

A decir verdad, la esencia del artículo 7 no ha variado demasiado. De hecho no se trata de una modificación de carácter innovador, sino



que simplemente se ha buscado revalidar la importancia y aplicación del principio de empresa separada e independiente respecto a los establecimientos permanentes<sup>1039</sup>.

No obstante ello, existen algunas notas diferenciadoras que queremos resaltar:

- Principio *arm's length*: este principio se mantiene intacto en la nueva versión, sólo que esta vez se aclara que al analizar las operaciones realizadas en relación al establecimiento permanente se han de tener en cuenta:

- las funciones efectuadas;
- los activos utilizados; y
- los riesgos asumidos por la casa central.

- Deducción de gastos: el anterior párrafo 3 permitía la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento, incluyendo los gastos de dirección y generales de administración.

Los comentarios del nuevo Modelo señalan que la deducción de los gastos atañe a la normativa interna de cada Estado Contratante, aunque siempre respetando el principio de empresa separada e independiente (art. 7.2) y de no discriminación (art. 24.3).

- Compra de bienes para la empresa: actualmente ya no es posible excluir de las utilidades del establecimiento aquellas que se derivan de la mera compra de bienes para la empresa.

---

<sup>1039</sup> CACCIAPUOTI, E., "I rapporti tra casa madre e stabile organizzazione: tra valore di mercato e costo storico", in Rassegna tributaria N° 1, di gennaio-febbraio 2010, p. 198.

## **5. Rendimientos que no provienen de una actividad económica (ganancias de capital)**

Este apartado nos deriva al artículo 13 de los modelos, que tratan sobre las ganancias de capital. Anteriormente vimos que los modelos no poseen un concepto de las ganancias de capital, sino que simplemente fijan una serie de pautas positivas y negativas que perfilan su definición.

El concepto habrá de buscarse en el derecho interno de los Estados Contratantes. Esta remisión al derecho local no es automática, tendrán que respetarse las delimitaciones que establece el Modelo al concepto de ganancias de capital.

El artículo habla de la enajenación de propiedad. En los comentarios se entiende que esta enajenación comprende las ganancias de capital resultantes de la venta o permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, de las aportaciones a sociedades, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión *mortis causa*. De manera que, al mencionar expresamente la venta de derechos, queda descartada la posibilidad de que los DDEE entren en el artículo 21 del modelo.

Además, en principio, únicamente quedarían afectadas por el Modelo las ganancias de capital realizadas, y no las presuntas, latentes, ocultas o no realizadas.

Como dicen los comentarios, “en general no se gravan las plusvalías que no van acompañadas de la enajenación de los bienes

de capital dado que, mientras que el propietario conserve los bienes en cuestión, las ganancias de capital sólo existen sobre el papel<sup>1040</sup>.

A diferencia del punto anterior, la transferencia de DDEE ya no responde a una actividad habitual del vendedor, sino más bien a operaciones aisladas, es decir, que no gozan de la ordenación por cuenta propia que caracteriza a las actividades económicas. Dentro de este punto también se encuentran incluidos los elementos materiales afectos a la actividad.

La primera tarea será identificar en cuál de los 5 apartados del artículo 13 del MCOCDE se ubica la renta proveniente de los DDEE<sup>1041</sup>. La disyuntiva pasa por aplicar el artículo 13.2 (bienes muebles) o el 13.5 (otros bienes).

El 5º apartado es una cláusula residual que comprende todos los bienes que no se encuadran en ninguno de los apartados anteriores<sup>1042</sup>. De manera que lo primero será comprobar que no sea aplicable el artículo 13.2 (el resto de los apartados no son siquiera viables).

A partir de lo dispuesto en el apartado 2, las ganancias provenientes de la enajenación de bienes muebles de un establecimiento permanente, situado en un Estado diferente al de la casa central, podrán gravarse en aquél (Estado de la fuente).

Si se producen casos de doble imposición habrá que recurrir al artículo 23 de los modelos de convenios para neutralizar sus efectos. Pero en caso de no existir tales establecimientos, las rentas serán

---

<sup>1040</sup> Párrafo 5, 6 y 7 de los comentarios al artículo 13 del MCOCDE.

<sup>1041</sup> El artículo 13 del MCONU es prácticamente idéntico, sólo que cuenta con 6 apartados. El 4 y 5 se refieren a participaciones empresariales, dejando la cláusula subsidiaria para el último y sexto apartado (que sería el 5º en el MCOCDE).

<sup>1042</sup> Apartado 6 en el MCONU.

gravadas única y exclusivamente por el Estado de residencia de la casa central.

El artículo habla de “propiedad mobiliaria” sin hacer ninguna mención específica a los bienes muebles intangibles, entre los cuales se encuentran los derechos de emisión. Es por ello que una postura entiende que los derechos no pueden incluirse en este punto porque cuando alguna de las cláusulas del artículo 13 se refiere a las ganancias derivadas de la enajenación de derechos lo menciona expresamente, como ocurre en el primer apartado<sup>1043</sup>.

Por nuestra parte creemos que los DDEE se incluyen en el artículo 13.2 ya que los propios comentarios del MCOCDE afirman que el apartado 2 comprende también los activos intangibles, como el fondo de comercio, las licencias de uso, etc.<sup>1044</sup>. Esto nos lleva a descartar la cláusula residual del apartado final.

Esta elección es sumamente importante ya que, tanto en el MCOCDE como en el MCONU, los resultados varían mucho según se trate de un apartado o de otro. Los modelos establecen que las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los apartados anteriores pueden someterse a imposición sólo en el Estado Contratante en el que resida el vendedor. Por el contrario, en el apartado 2º no se otorga esta potestad tributaria exclusiva sino que, al darse la posibilidad de gravarse en el Estado del establecimiento permanente, es compartida por ambos países.

---

<sup>1043</sup> GARCÍA PRATS, F. A., “Comentarios al artículo 13”, en “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004, p. 760.

<sup>1044</sup> Párrafo 24 de los comentarios al artículo 13 del MCOCDE.

Nos queda por tratar la cuestión de los elementos patrimoniales afectos a la actividad económica. Al igual que en el caso anterior, las ganancias derivadas de este tipo de bienes también irán por el apartado 2 del artículo 13.

Imaginemos una empresa situada en un Estado y cuya actividad está ligada al suministro de energía eléctrica, pero también opera en otro Estado mediante un establecimiento permanente. Supongamos que en un momento dado decide vender parte de los DDEE que posee el establecimiento permanente y que éste utiliza para el ejercicio normal de su actividad. En tal caso, la renta derivada de esta enajenación puede someterse a imposición por el Estado donde se encuentra el establecimiento permanente.

En definitiva, la renta derivada de la compra y venta aislada de DDEE, incluso aquellos afectos a la actividad, será gravada por el Estado de residencia de la casa central aunque sean obtenidas en otro Estado. Pero si en este otro Estado existe radicado un establecimiento permanente, las rentas podrán ser gravadas por éste último. En general, los convenios firmados por España siguen la misma línea y estructura adoptada por los modelos de convenios.

## **6. Métodos para evitar la doble imposición en los modelos de convenio internacionales**

Atento que muchas disposiciones de los modelos de convenio consagran la tributación compartida, es fácil que se produzcan supuestos de doble imposición. Teniendo en cuenta que los CDIs buscan justamente eliminar esta situación, existen una serie de cláusulas para solucionar esta cuestión.

La doble imposición jurídica se produce cuando más de un Estado somete a imposición a un mismo sujeto por una misma renta o

patrimonio; en cambio, la doble imposición económica es aquella en que dos sujetos distintos son gravados por la misma renta o patrimonio. Estos últimos se han de resolver mediante negociaciones bilaterales ya que el artículo 23 de los modelos se dedica exclusivamente a la doble imposición jurídica.

Los comentarios señalan tres supuestos en los que puede producirse la doble imposición jurídica<sup>1045</sup>:

- a) cuando ambos Estados contratantes graven a un mismo sujeto por su renta y patrimonio totales (sujeción fiscal integral concurrente);
- b) cuando un sujeto, residente en un Estado Contratante, perciba rentas o tenga elementos patrimoniales en el otro Estado, y ambos países graven estas rentas o patrimonio;
- c) cuando los dos países sometan a imposición a un mismo sujeto, no residente en ninguno de los Estados Contratantes, por las rentas que perciba o el patrimonio que posea en alguno de dichos Estados.

Los artículos 23A y 23B de ambos modelos ofrecen una doble alternativa a los Estados: El método de exención o el método de imputación o crédito fiscal, que a continuación analizamos.

### **6.1. Método de exención (Art. 23A)**

Cuando un residente de un Estado Contratante obtiene rentas o posea elementos patrimoniales que puedan gravarse en el otro Estado, el primer Estado dejará exentas tales rentas o elementos patrimoniales.

---

<sup>1045</sup> Confr. párrafo 3 de los comentarios al artículo 23 del MCOCDE.

Dentro de las diferentes variantes que posee este método<sup>1046</sup>, los modelos se decantaron por la exención con progresividad. Esto es así porque en el apartado 3 del artículo 23A, se aclara que cuando las rentas o el patrimonio de un residente en un Estado Contratante esté exento de impuestos en ese Estado, aquel Estado podrá tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de dicho residente.

## **6.2. Método de imputación o crédito fiscal (Art. 23B)**

Cuando un residente de un Estado contratante perciba rentas o tenga elementos patrimoniales que pueden ser gravados en el otro Estado, el primero de ellos admitirá:

- a) la deducción en el impuesto sobre las rentas de ese residente de un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en el otro Estado;
- b) la deducción en el impuesto sobre el patrimonio de ese residente de un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en el otro Estado.

También existen dos alternativas a la hora de configurar el método del crédito fiscal: el de la imputación integral<sup>1047</sup> o el de la imputación ordinaria. Los modelos finalmente escogieron esta última opción ya que la deducción no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio (antes de la deducción) correspondiente a las rentas o el patrimonio que pueden gravarse en el otro Estado.

---

<sup>1046</sup> Tenemos el método de la exención integral (la renta exenta no puede computarse para determinar el tipo del impuesto) y el método de la exención con progresividad.

<sup>1047</sup> En este método no hay límites para deducir el impuesto foráneo.

En el segundo apartado, la norma aclara que cuando las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante o el patrimonio que posea estén exentos de gravamen en ese Estado, dicho estado podrá tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de dicho residente.

El objeto de este último punto es permitir al Estado de residencia conservar el derecho a tomar en cuenta el importe de la renta o del patrimonio exento en este Estado al calcular el impuesto aplicable al resto de las rentas o del patrimonio. Este derecho se extiende sólo a las rentas y el patrimonio que pueden someterse a imposición en el otro Estado<sup>1048</sup>.

El apartado no se refiere más que al Estado de residencia. La norma no prejuzga la aplicación por el Estado de la fuente de las disposiciones de su legislación interna sobre la progresividad<sup>1049</sup>.

## **7. Consideraciones finales**

1. Los modelos de convenios internacionales (MCOCDE y MCONU) son manifestaciones del *soft law* que se erigen como mecanismos complementarios a los convenios bilaterales, ya que constituyen una referencia a nivel mundial para la elaboración de éstos.

2. El Modelo de la OCDE es un documento ideado por los Estados más desarrollados en la segunda mitad del siglo XX ante el creciente número de transacciones internacionales susceptibles de tributación. Su objetivo era (y sigue siendo) alcanzar una coordinación a nivel mundial que permitiese asegurar las mismas condiciones fiscales de competencia internacional.

---

<sup>1048</sup> Párrafo 79 de los comentarios al artículo 23 del MCOCDE.

<sup>1049</sup> Párrafo 56 de los comentarios al artículo 23 del MCOCDE.



3. El Modelo de la ONU, fue elaborado en 1980. Su creación tuvo como finalidad equilibrar las relaciones entre los países desarrollados y los que están en desarrollo. En definitiva, se trata de contrarrestar, en la medida de lo posible, las cláusulas favorables a los países con mayor poderío económico.

4. Teniendo en cuenta el punto anterior el Modelo de la ONU, a diferencia del Modelo de la OCDE, normalmente intentará que las rentas sean sometidas a tributación en el país de la fuente y no en el de la residencia.

Las principales diferencias entre ambos modelos las encontramos en las siguientes cuestiones:

- La noción de establecimiento permanente del Modelo de la OCDE es más restringida y acotada que la del Modelo de la ONU.

- El Modelo de la OCDE atribuye al establecimiento permanente únicamente las rentas imputables al mismo, mientras que el su homólogo de la ONU también incluye aquellas rentas obtenidas de bienes o actividades de naturaleza idéntica o similar.

- El Modelo de la OCDE (versión 2008) no atribuye al establecimiento permanente las rentas obtenidas con el único fin de adquirir bienes o mercancías para la casa matriz. Al no estipular ninguna cláusula de este tipo, la normativa de la ONU se decanta por la postura contraria.

5. La renta derivada del comercio de derechos de emisión se encuadra en el artículo 7, para los beneficios empresariales, y en el 13.2, para las ganancias de capital. Estas normas se mantienen prácticamente idénticas en la mayoría de los Convenios de Doble Imposición suscritos por España.

6. La definición de establecimiento permanente es básicamente la misma en los dos modelos: lugar fijo de negocios en el que una empresa efectúa toda o parte de su actividad. No obstante, el modelo de las Naciones Unidas contiene algunas disposiciones que tienden a ampliar su contenido.

Las diferencia entre la definición de establecimiento permanente en los modelos pasa por la duración de las obras de construcción, la delimitación negativa de su definición, los agentes y algunos supuestos específicos que contempla el Modelo de la ONU.

7. Respecto a los beneficios empresariales, la regla subsidiaria del artículo 7 resulta aplicable luego de descartar el artículo 12 del modelo ya que, a diferencia de la compraventa de derechos de emisión, en el caso de los cánones se transfiere el uso o cesión de uso y no la titularidad dominial de los mismos.

8. El artículo 7 del Modelo de la OCDE 2010 presenta algunas notas diferenciadoras respecto a la antigua versión de 2008:

- Principio *arm's length*: este principio se mantiene intacto en la nueva versión, sólo que esta vez se agregan las funciones efectuadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la casa central.

- Deducción de gastos: la redacción anterior permitía la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento, incluyendo los gastos de dirección y generales de administración. Los comentarios del nuevo Modelo señalan que la posibilidad de deducir los gastos atañe a la normativa interna de cada Estado Contratante, aunque siempre respetando el principio de empresa separada e independiente (art. 7.2) y de no discriminación (art. 24.3).

- Compra de bienes para la empresa: actualmente ya no es posible excluir de las utilidades del establecimiento aquellas que se derivan de la mera compra de bienes para la empresa.

9. Por su parte, tanto las ganancias de capital como la transmisión de elementos patrimoniales afectos a la actividad irán por el artículo 13.2 del modelo ya que es el apartado específico para los bienes muebles, incluso los de carácter intangible como los derechos de emisión.

10. Más allá de la categoría de renta que se trate el artículo 7 y el 13.2 adoptan la misma solución práctica. Ambos permiten que el Estado contratante donde se encuentra radicado un establecimiento permanente también pueda gravar las rentas derivadas de la compraventa de derechos de emisión, ya sean beneficios empresariales como ganancias de capital. La diferencia está en el posterior tratamiento de la legislación interna, en donde sí que habrá distinciones.

## **CAPÍTULO VII**

### **LA TRIBUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. DOS EJEMPLOS: EL CONVENIO HISPANO-ARGENTINO Y EL CONVENIO HISPANO- ITALIANO**

En los capítulos anteriores desarrollamos la tributación internacional que afecta a la compraventa de los DDEE, con especial atención en la imposición que grava los rendimientos obtenidos por los no residentes en España. Para ello analizamos tanto la legislación interna española como la convencional, haciendo una referencia a los dos grandes modelos de convenio.

En el presente capítulo queremos llevar a la práctica las disposiciones estudiadas en los mencionados modelos, para lo cual nos sumergimos de lleno en los tratados internacionales bilaterales para evitar la doble tributación. Veremos en profundidad la fiscalidad derivada del comercio de los DDEE en dos convenios específicos suscritos por España: El CDI con Argentina y el CDI con Italia.

Si bien es cierto que se podría haber optado por otros convenios firmados por España, la decisión no es aleatoria. La elección de estos dos tratados estriba en la necesidad de contrastar dos realidades muy diferentes.

Teniendo en cuenta que Argentina es un país en vías de desarrollo, el CDIHA toma como principal referencia el MCONU; mientras que el CDIHI, al tratarse de dos países desarrollados, se basa fundamentalmente en el MCOCDE. Ello nos permitirá comparar las

diferencias tributarias que repercuten sobre el mercado de los DDEE a partir del modelo de convenio internacional elegido para configurar el convenio bilateral.

Pero el contraste va incluso más allá, ya que desde el punto de vista del PK estamos comparando, por un lado, el tratamiento fiscal entre España y un país sin restricciones de emisión de CO2 (Argentina) y, por el otro, las connotaciones tributarias con un país sujeto a limitaciones contaminantes (Italia).

## **1. Convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito entre España y Argentina**

### **1.1. Aclaraciones previas**

En un primer momento se podría pensar que no tiene sentido analizar el CDI entre España y un país que no tiene restricción de emisiones, como es el caso de Argentina.

Esta observación se fundamentaría en el hecho que, según el PK, los países en vías de desarrollo sólo pueden intervenir en el mecanismo de desarrollo limpio, pero nunca en el mecanismo de aplicación conjunta ni en el mercado de DDEE<sup>1050</sup>.

A pesar de ello, el impedimento de participar en el mercado de permisos de emisión no alcanza a las personas, físicas o jurídicas que residen en los Estados excluidos de las restricciones emisoras.

Así las cosas, nada impide que un residente de Argentina, aunque no sea titular de instalaciones emisoras de CO2 ni residente en un país con restricciones de contaminación, pueda ser titular de DDEE, y por lo tanto comercializar con ellos.

---

<sup>1050</sup> Artículos 6, 12 y 17 del PK.

Como en todos los casos, estos permisos deberán inscribirse en alguno de los registros que actualmente existen a tales efectos, en los Estados del Anexo I del PK. Esto es posible ya que para ser titular de una cuenta de haberes en los registros de DDEE no es necesario ser residente del país donde se encuentra dichos registros<sup>1051</sup>.

En definitiva, si un residente en Argentina puede participar en la compra y venta de estos permisos con residentes de Estados desarrollados como España, es evidente que existirán supuestos de doble imposición que han de resolverse. Justamente para ello contamos con un CDI firmado entre ambos países, de allí la viabilidad de su tratamiento en el presente trabajo.

De todas maneras, hay que aclarar que los sujetos residentes en Argentina que participen en este comercio, normalmente no serán titulares de instalaciones contaminantes radicadas en territorio argentino. Aunque si lo fueran, los DDEE nunca serán elementos patrimoniales afectos, ya que en dicho país las instalaciones contaminantes no están limitadas por el PK.

## **1.2. Introducción**

Tal y como hemos visto en el capítulo anterior, hoy en día existen dos grandes modelos de convenios para evitar la doble imposición internacional: El MCONU y el MCOCDE.

---

<sup>1051</sup> Artículo 19.2 de la Directiva 2003/87/CE y artículo del RD 1264/2005. Tanto la Directiva 2003/87/CE como la Ley 1/2005 indican que los DDEE sólo podrán ser objeto de transmisión entre personas físicas o jurídicas en la UE y en terceros países previos reconocimiento mutuo de los derechos de las partes firmantes (Art. 12.1 Directiva 2003/87/CE y Art. 21.1 Ley 1/2005). Aquí se está hablando de la transferencia de los derechos y no de la titularidad de las cuentas donde éstos se inscriben. Cuando estos artículos se refieren a la transferencia de personas “en” Estados con límites de emisión, en realidad significa que deben ser personas titulares de cuentas de derechos en dichos países. De manera que esta normativa no debe llevarnos a la conclusión errónea de que la residencia en un país con limitaciones de emisión es necesaria para participar de dicho comercio.

Ante el creciente número de transacciones internacionales susceptibles de tributación, el objetivo del MCOCDE era alcanzar una coordinación a nivel mundial que permitiese asegurar las mismas condiciones fiscales de competencia internacional.

Por su parte, el MCONU busca equilibrar las relaciones entre los países desarrollados (España), y los que están en desarrollo (Argentina), ya que aquéllos les imponen sus condiciones teniendo en cuenta su calidad de países exportadores de capital y tecnología.

Tanto España<sup>1052</sup> como Argentina<sup>1053</sup> poseen una amplia red de convenios para evitar los efectos de la doble imposición internacional. La diferencia estriba en que España, como país desarrollado, normalmente ha seguido el MCOCDE; y Argentina, en vías de desarrollo, se ha valido mayoritariamente del MCONU. Ante esta confrontación de intereses, Argentina logró desnivelar ligeramente la balanza a su favor.

El CDIHA se forja a partir de las condiciones propias de un país en desarrollo, tomando como eje central de sus disposiciones al MCONU. De esta manera, Argentina consiguió mantener al máximo el principio de la fuente e incorporar la cláusula *tax sparing*<sup>1054</sup>.

---

<sup>1052</sup> Hoy en día España ha suscrito 71 CDIs, aunque algunos abarcan a más de una contraparte. *Vid.* nota 961.

<sup>1053</sup> Actualmente la República Argentina ha suscrito 19 CDIs, de los cuales, dos no están vigentes (Austria, por denuncia de Argentina, y Rusia, en proceso de intercambio de notas al artículo 28), y uno tiene carácter provisorio (Suiza). Esta información se recolecta a día 26 de julio de 2010 de la página oficial de la AFIP (<http://www.afip.gov.ar/institucional/convenios.asp>). Los tratados firmados por Argentina se firmaron con los siguientes Estados: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Países Bajos, Noruega, Reino Unido, Rusia, Suecia y Suiza.

<sup>1054</sup> Se trata de una medida para favorecer la inversión internacional, ya que el país de la residencia permite imputar el impuesto que se habría soportado en el país de la fuente de no haber existido un determinado incentivo, tales como bonificaciones o exenciones (SERRANO ANTÓN, F., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional los convenios para evitar la doble imposición internacional: Historia,

El Convenio fue suscrito en Madrid el 21 de julio de 1992. España lo aprobó mediante el instrumento de ratificación de 21 de julio de 1992 (BOE N° 216, de 9 de septiembre de 1994). En Argentina, el acuerdo fue aprobado por la Ley 24.258, de 13 de octubre de 1993, publicada en el Boletín Oficial, de 19 de noviembre de 1993.

### **1.3. Cuestiones generales**

Antes de entrar de lleno en la tributación de los DDEE es conveniente desarrollar ciertas cuestiones y conceptos previos que nos permitirán comprender mejor la aplicación del convenio.

Concretamente nos estamos refiriendo al ámbito personal y material; las definiciones generales; el concepto de residencia y de establecimientos permanentes.

#### **1.3.1. Ámbito personal**

El primer artículo del convenio se dedica a explicar cuáles son las personas alcanzadas por sus disposiciones. A tales efectos establece que su contenido “se aplica a las personas residentes de uno o ambos Estados Contratantes”<sup>1055</sup>.

Es verdad que los CDIs son tratados internacionales que se aplican a sujetos de Derecho Internacional, pero también resultan afectados los individuos, en la medida que son los destinatarios directos de sus

---

tipos, fines, estructura y aplicación”, en “Fiscalidad Internacional” (Coordinador: Fernando Serrano Antón), 3° Ed., Ed. CEF, Madrid, 2007, p. 242).

<sup>1055</sup> El contenido el convenio es una copia exacta del artículo 1° del MCOCDE y del MCONU, que también son idénticos. Hasta 1999 estos artículos se titulaban “ámbito personal”, pero a partir de aquel momento el título se cambió por “personas comprendidas” (Párrafo 1 de los comentarios al Artículo 1 del MCOCDE y Párrafo 2 de los comentarios al Artículo 1 del MCONU).



preceptos. Es por ello que el convenio comienza delimitando su ámbito subjetivo<sup>1056</sup>.

A la hora de delimitar el ámbito personal de un tratado internacional de estas características es imprescindible que exista relación entre la persona y el territorio de los Estados Contratantes. Los primeros CDI recurrían al concepto de ciudadanía para definir su ámbito personal de aplicación, pero los convenios más recientes se aplican normalmente a los residentes de uno o ambos Estados Contratantes.

El tratado hispano-argentino, al igual que la gran mayoría de convenios actuales, encuentra esa vinculación en el concepto de residencia. De manera que esta disposición se ha de complementar con los artículos 3.1.b) y 4 del convenio, en los que se define al término “persona”, “residente de un Estado Contratante” y “residencia”<sup>1057</sup>.

Pero esta regla general no se encuentra libre de excepciones, ya que algunas normas del convenio se aplicarán aún cuando no exista la residencia como factor vinculante entre el sujeto y el Estado. Los casos más evidentes se encuentran en los artículos 24, 25 y 27.

El artículo 24 proclama el principio de no discriminación entre los nacionales de los Estados Partes. Textualmente el artículo señala que “no obstante lo dispuesto en el artículo 1, la presente disposición se aplica también a los nacionales de cualquier de los Estados contratantes aunque no sean residentes de ninguno de ellos”.

---

<sup>1056</sup> A diferencia del convenio español, llama la atención que el convenio publicado por Argentina titula a este primer artículo como: “ámbito temporal”. Es evidente que se trata de un error, ya que la norma en ningún momento hace alusión al factor tiempo. Por el contrario, en el tratado español encontramos un título adecuado al contenido del artículo: “ámbito personal”.

<sup>1057</sup> PELÁEZ MARQUÉS, M., “Convenio para evitar la doble imposición internacional entre España y Argentina”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 11.

El artículo 25 desarrolla los mecanismos amistosos a través de los cuales los sujetos afectados podrán someter a revisión la aplicación de algún precepto del convenio. El punto 1 de esta norma legitima para iniciar este proceso tanto los residentes como los nacionales del Estado Contratante.

Finalmente, las disposiciones del artículo 26 sobre el intercambio de información no se encuentran limitadas por el artículo 1 y 2 del convenio.

### **1.3.2. Ámbito material**

El artículo 2º del convenio explica el ámbito material de aplicación, es decir, los impuestos alcanzados por sus disposiciones<sup>1058</sup>. Estos son el impuesto sobre la renta y el patrimonio exigibles por cada Estado Contratante, cualquiera que sea el sistema de su exacción.

A partir de ello, observamos que la norma no sólo estaría definiendo el aspecto material sino que en cierta medida también termina de configurar el aspecto personal. En el punto anterior veíamos como el CDIHA se refería a los sujetos pasivos, pero en el artículo 2º se completa la relación tributaria con una mención expresa a los sujetos activos: los Estados contratantes<sup>1059</sup>.

Los tributos a los que alude el artículo se definen como aquellos que gravan total o parcialmente la renta o el patrimonio, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles, los impuestos sobre el importe de sueldos o salarios pagados por las empresas y los impuestos sobre las plusvalías.

---

<sup>1058</sup> Tanto en el CDI hispano-argentino como en los modelos de convenio de la OCDE y de la ONU, titulan a este artículo como: "impuestos comprendidos".

<sup>1059</sup> Tanto el MCOCDE como el MCONU son más precisos en este aspecto ya que, ambos en su artículo 2º, se refieren a los impuestos exigibles por cada uno de los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales.

En concreto, los impuestos a los que se aplica el convenio son los siguientes:

- En España:
  - el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas;
  - el Impuesto sobre Sociedades;
  - el Impuesto sobre el Patrimonio.

Luego de las importantes reformas fiscales producidas a partir del año 2004, el IRPF se encuentra regulado en la Ley 35/2006<sup>1060</sup> y en el RD 439/2007<sup>1061</sup>; y el IS en el RDL 4/2004<sup>1062</sup> y en el RD 1777/2004<sup>1063</sup>. Estos son los dos primeros tributos que aparecen en el listado.

El gravamen sobre el patrimonio se estableció en el año 1977 como un tributo extraordinario, en el marco de la profunda reforma del sistema tributario iniciada ese año. Catorce años más tarde, mediante la Ley 19/1991<sup>1064</sup>, el impuesto se consolidó con carácter estable con la búsqueda de los siguientes objetivos:

- efectuar una función de carácter censal y de control del IRPF;
- conseguir una mayor eficacia en la utilización de los patrimonios;

---

<sup>1060</sup> Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE N° 285, de 29 de noviembre de 2006).

<sup>1061</sup> RD 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE N° 78, de 31 de marzo de 2007).

<sup>1062</sup> RDL 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE N° 61, de 11 de marzo de 2004).

<sup>1063</sup> RD 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE N° 189, de 6 de agosto de 2004).

<sup>1064</sup> Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (BOE N° 136, de 7 de junio de 1991).

- obtener una mayor justicia redistributiva complementaria de la aportada por el IRPF.

Sin embargo, desde el momento de su establecimiento, las transformaciones del entorno económico internacional y las modificaciones del propio impuesto han ido cambiando. Todo ello ha ido haciendo que dicho gravamen pierda el sentido para el cual fue inicialmente implantado.

En virtud de ello, se suprimieron los efectos fiscales del gravamen otorgando una bonificación del cien por ciento<sup>1065</sup>. El legislador entendió que esta vía era menos traumática que la derogación del impuesto, ya que ello hubiera trastocado otras normativas que no interesaba modificar.

- En Argentina:
  - el impuesto a las ganancias;
  - el impuesto sobre los activos;
  - el impuesto personal sobre los bienes no incorporados al proceso económico.

La gestación normativa del impuesto a las ganancias estuvo marcada por un extenso proceso parlamentario que duró más de diez años. Dejando de lado los numerosos proyectos e iniciativas, nos situamos directamente en la Ley 11.682, de 30 de diciembre de 1932, la primera ley de impuesto sobre la renta en la República Argentina.

La Ley 11.682 permaneció inalterable hasta el año 1974 cuando fue reformada por la Ley 20.628 del año 1973<sup>1066</sup>. Pese a la modificación del nombre (impuesto a los réditos por impuesto a las

---

<sup>1065</sup> Artículo 33 de la Ley 19/1991, modificado por el artículo 3 de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre (BOE N° 310, de 25 de diciembre de 2008)

<sup>1066</sup> Ley 20.628, de 29 de diciembre de 1973 (BO de 31 de diciembre de 1973).

ganancias)<sup>1067</sup> y a la introducción de algunas modificaciones relevantes<sup>1068</sup>, la estructura general del impuesto permaneció inalterable.

Entre las modificaciones de la Ley 20.628 se destacan, por un lado, la Ley 21.286, de 2 de abril de 1976, que derogó la quinta categoría de ganancias (rendimientos de capital)<sup>1069</sup> y, por el otro, la Ley 21.894 que adoptó un régimen de ajuste impositivo por inflación, aplicable por sociedades y empresas unipersonales.

Las constantes modificaciones obligaron a ordenar el texto de la ley de impuesto a las ganancias a través del Decreto 649/97<sup>1070</sup>. En definitiva, la Argentina grava la renta de las personas físicas y jurídicas por medio del impuesto a las ganancias, regulado por la Ley 20.628, de 1973 (texto ordenado en 1997 y sus modificaciones) y por su reglamento, aprobado por Decreto 1344/1998<sup>1071</sup> y sus modificaciones.

---

<sup>1067</sup> Durante muchos años en la Argentina se utilizó la expresión “Impuesto sobre los réditos”, una terminología extraña a los sistemas jurídicos tributarios de habla hispana, incluyendo lógicamente a España, donde predomina la denominación “Impuesto sobre las rentas”. De hecho la lengua portuguesa también respeta esta modalidad con el “Imposto sobre a renda”. En el Diccionario de la Real Academia Española se define a los réditos como la “renta, utilidad o beneficio renovable que rinde un capital”. Si bien es cierto que estos conceptos se asemejan, no son idénticos desde el punto de vista tributario. Así las cosas, no resulta demasiado apropiado hablar de “réditos”, término que ha sido descartado por la mayoría de los países. La situación en nada cambió con el dictado de la Ley 20.628 y su nueva denominación de “Impuesto a las ganancias”. La terminología sigue sin ser la adecuada y no se encuentran los motivos por los cuales el legislador argentino insiste en rechazar la denominación técnicamente más acertada “Impuesto a la renta”.

<sup>1068</sup> Entre las reformas más significativas, destacamos las siguientes: a) se incorporaron los beneficios provenientes de la venta de inmuebles y ciertos bienes muebles; b) se modifica el sistema de imposición de las sociedades de capital; c) se eliminan los beneficios otorgadas a las inversiones en investigación científica y en determinadas industrias.

<sup>1069</sup> Estas ganancias pasaron a ser reguladas por la Ley 21.284 de impuesto sobre los beneficios eventuales.

<sup>1070</sup> Decreto 649, de 11 de julio de 1997 (BO de 6 de agosto de 1997).

<sup>1071</sup> Decreto 1344, de 19 de noviembre de 1998 (BO de 25 de noviembre de 1998).

El impuesto sobre los activos estaba regulado por el Título I de la Ley 23.760 de 1989, que fue derogada por el Decreto 1684/1993<sup>1072</sup>.

En último término, tenemos el impuesto personal sobre los bienes no incorporados al proceso económico, que se encuentra actualmente en el Título VI de la Ley 23.966 de 1991<sup>1073</sup> y el Decreto 379/1992<sup>1074</sup>. Se trata de un impuesto patrimonial que grava a:

- las personas físicas domiciliadas en Argentina, por los bienes situados en el país y en el exterior;
- las sucesiones indivisas radicadas en Argentina, por los bienes situados en el país y en el exterior;
- las personas físicas domiciliadas en el extranjero, por los bienes situados en el país; y
- las sucesiones indivisas radicadas en Argentina, por los bienes situados en el país.

No obstante ello, atento que el convenio pretende pervivir a las reformas fiscales de los Estados Contratantes, también se aplicará a todos aquellos impuestos de naturaleza análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo y que se añadan a los actuales o les sustituyen. Esto es lo que se conoce como cláusula de vigencia permanente.

El problema está en que ni el CDIHA ni los modelos de convenios especifican qué debe entenderse por “impuestos de naturaleza idéntica o análoga”. En el ámbito interno español el artículo 21 del TRLIS se erige como una herramienta útil a la hora de entender esta

---

<sup>1072</sup> Decreto 1684/1993, de 12 de agosto (BO, de 17 de agosto de 1993).

<sup>1073</sup> Ley 23.966, de 15 de agosto de 1991 (BO de 20 de agosto de 1991)

<sup>1074</sup> Decreto 379, de 3 de marzo de 1992 (BO de 5 de marzo de 1992).

cláusula. De dicha norma se desprenden una serie de de criterios que permiten establecer la comparación sustancial de impuestos<sup>1075</sup>:

- la función que desempeñan los tributos en su sistema fiscal;
- su similitud estructural y de naturaleza;
- la incidencia económica de cada uno de ellos con independencia de su denominación;
- el carácter sustitutivo que puede desempeñar un tributo en relación con el papel con el que opera el otro en su respectivo ordenamiento tributario;
- el examen del objeto imponible de los impuestos concurrentes.

En el Derecho tributario argentino también encontramos una referencia específica sobre los impuestos análogos. En concreto, el artículo 169 de la Ley 20.628 considera gravámenes análogos al del impuesto a las ganancias a todos aquellos “que impongan las ganancias comprendidas en el artículo 2º, en tanto graven la renta neta o acuerden deducciones que permitan la recuperación de los costos y gastos significativos, computables para determinarla”.

Amén de las derogaciones señaladas, a partir de la cláusula de vigencia permanente, en el caso español tenemos que agregar el IRNR, regulado en el RDL 5/2004, que aprueba el TRLIRNR y en el RD 1776/2004, que aprueba su reglamentación<sup>1076</sup>.

---

<sup>1075</sup> Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A., “Comentarios al artículo 2”, en Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española), (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004, p. 163.

<sup>1076</sup> Hasta no hace mucho tiempo la regulación del impuesto sobre la renta distinguía entre un régimen personal aplicable a los sujetos pasivos residentes en territorio español, y un régimen de obligación real para los contribuyentes no residentes en España. Con lo cual, tanto la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) como la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS)

Por el lado argentino, cabe añadir el impuesto sobre la ganancia mínima presunta. Se trata de un impuesto excepcional que busca complementar el impuesto a las ganancias, aunque en realidad se trata de un verdadero impuesto sobre el patrimonio. Este impuesto se encuentra actualmente regulado en el Título V de Ley 25.063 de 1998<sup>1077</sup>, y su hecho imponible es muy similar al del impuesto sobre los bienes personales, sólo que se aplica a las personas jurídicas y otros entes sin personalidad jurídica. Esta norma se reglamenta con el Decreto 1533 de 1998<sup>1078</sup>.

### **1.3.3. Definiciones generales**

El artículo 3 aporta una serie de definiciones generales que permiten unificar la terminología necesaria para la aplicación del tratado bilateral, con lo cual, son de aplicación directa. La única salvedad está dada por aquellos casos en que se pueda inferir una interpretación diferente a la preestablecida.

Los conceptos más importantes son los siguientes:

- el término “persona” comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas.

Como vemos, el convenio adopta una concepción sumamente amplia de este término, abarcando no sólo a las personas jurídicas sino también a otras agrupaciones de personas, como ser los fideicomisos y fondos comunes de inversión, en Argentina, o los fondos de inversiones, en España.

---

contemplaban un impuesto sobre la renta desdoblado, con una naturaleza y estructuras bien diferenciadas. Esta situación cambió con la ley 41/1998, actualmente refundida mediante el RDL 5/2004, a partir del cual el impuesto sobre la renta de no residentes se regula de manera independiente.

<sup>1077</sup> Ley 25.063, 24 de diciembre de 1998 (BO de 30 de diciembre de 1998).

<sup>1078</sup> Decreto 1533, de 24 de diciembre de 1998 (BO de 1 de enero de 1999).



- el término “sociedad” significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que sea considerada persona jurídica a efectos impositivos.
- para el convenio son “nacionales” todas las personas físicas que posean la nacionalidad de un Estado Contratante<sup>1079</sup>, y las personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones constituidas según la legislación vigente de uno de los Estados Contratantes.
- la “autoridad competente” en España es el Ministro de Economía y Hacienda o su representante autorizado, y en Argentina el Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, Secretaría de Ingresos Públicos.

De la lectura de este artículo parecería que se ha olvidado de agregar un segundo punto. En primer lugar, el párrafo inicial comienza con el punto 1, el cual no habría sido necesario si fuera el único apartado del artículo. En segundo lugar, esta norma fue copiada textualmente del artículo 3 del MCOCDE, en el cual existe un punto 2 que incorpora una cláusula residual aplicable a cuestiones no definidas en el convenio<sup>1080</sup>.

#### **1.3.4. Residencia**

En el artículo 4 del convenio se regula la residencia de los contribuyentes a efectos de identificar cuál es el Estado de residencia y cuál el de la fuente. Se trata de una cuestión vital para la aplicación

---

<sup>1079</sup> No debemos olvidar que entre España y Argentina se ha suscrito un convenio de doble nacionalidad que permite la coexistencia de las dos nacionalidades de manera simultánea. Se trata del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Argentina, de 14 de abril de 1969 y su Protocolo Adicional, de 6 de marzo de 2001. En España el convenio fue aprobado por el Instrumento Ratificación de 14 de abril de 1969 (BOE N° 236, de 2 de octubre de 1971), y en Argentina fue aprobado por la Ley 18.857/1969 (BO de 30 de marzo de 1971).

<sup>1080</sup> PELÁEZ MARQUÉS, M., *op.cit.*, p. 11.

del tratado, ya que la potestad tributaria de los Estados Contratantes se distribuye según el lugar donde esté la residencia de los sujetos pasivos.

La norma comienza diciendo que los residentes de un Estado son aquellas personas residentes en España o en Argentina. Luego, en el apartado siguiente, define expresamente cuándo una persona es residente en alguno de estos países.

De esta manera, serán residentes de alguno de los Estados Contrapartes las personas que, en virtud de la legislación interna de ellos, estén sujetas a imposición en su territorio por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga.

No obstante, la definición del párrafo anterior no comprende a las personas que estén sujetas a imposición en dicho Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedentes de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio que posean en él.

Pero, a partir de lo indicado en el párrafo anterior, puede ocurrir que una persona sea residente de ambos Estados de manera simultánea. En virtud de ello, el convenio resuelve los casos de doble imposición de la manera que presentamos a continuación.

#### **a) Personas físicas**

En este supuesto serán aplicables los siguientes criterios:

- la persona será considerada residente del Estado Contratante donde tenga una vivienda permanente a su disposición;
- si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados Contratantes se considerará residente del Estado en el

- que tenga el centro de intereses vitales, es decir, las relaciones personales y económicas más estrechas;
- si no pudiera determinarse el lugar donde tiene el centro de sus intereses vitales o no tuviera vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados Contratantes, se considerará residente del Estado Contratante donde viva habitualmente;
  - si viviera de manera habitual en ambos Estados Contratantes o en ninguno de ellos, se considerará residente del Estado Contratante del que sea nacional; y,
  - finalmente, si fuera nacional de ambos Estados o de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados Contratantes resolverán la situación de común acuerdo.

La regla general del primer párrafo nos remite a la normativa interna de cada Estado Contratante, tanto para el caso de las personas físicas como jurídicas. En virtud de ello, lo normal es que se solapen los criterios, produciéndose situaciones de doble residencia. Es ahí cuando el tratado entra en acción y expone una serie de criterios jerarquizados para atribuir una única residencia. El segundo punto del artículo 4 prescinde de las soluciones nacionales para exponer criterios propios y específicos.

La residencia de las personas físicas se trata en el artículo 9 de la LIRPF, en España, y en los artículos 119, incisos a), b) y c), y 125 de la LIG, en Argentina. En este punto observamos bastantes diferencias entre la normativa de cada Estado Contratante, pero la legislación convencional se acerca más a los criterios de la ley argentina.

La ley española se basa primeramente en el lugar donde se encuentre el núcleo principal o la base de los intereses económicos del individuo. En segundo lugar, la norma presupone que el

contribuyente tiene residencia habitual en España, cuando allí resida habitualmente el cónyuge y los hijos menores a cargo de aquél.

Por el contrario, la norma argentina, al igual que el convenio, toma como primer criterio el lugar donde se encuentra la vivienda permanente, sólo que el tratado le agrega el requisito de la “disposición”.

En caso de no poder utilizar esta pauta, la normativa argentina coincide nuevamente con la convencional al recurrir al lugar donde se encuentra el centro de intereses vitales del sujeto pasivo<sup>1081</sup>.

A continuación, el criterio a utilizar será el del lugar donde viva habitualmente el contribuyente. El CDIHA no aclara cómo determinar esta habitualidad, pero la norma argentina lo resuelve según el tiempo de permanencia en cada país durante el año calendario.

Finalmente, y en caso de no haber resuelto la cuestión, ambas legislaciones recurren a la nacionalidad.

El problema que tiene el criterio de la nacionalidad es que Argentina y España han firmado un Convenio de Doble Nacionalidad<sup>1082</sup>, con lo cual, no es extraño encontrar personas con nacionalidad de ambos países.

No obstante, para solucionar las cuestiones de doble nacionalidad, el CDIHA dispone, en su última cláusula, la resolución amistosa del

---

<sup>1081</sup> Sobre la relación de la residencia tributaria con el Derecho Común argentino recomendamos la lectura de CASAS, J. O.; GUTMAN, M. G. y NAVEIRA DE CASANOVA, G., “Residencia y domicilio: Aspectos de derecho común y tributario en el derecho argentino”, en Revista Latinoamericana de Derecho Tributario, N° 0, 1996, p. 131/180.

<sup>1082</sup> En España el convenio fue aprobado por el Instrumento Ratificación de 14 de abril de 1969 (BOE N° 236, de 2 de octubre de 1971), y en Argentina fue aprobado por la Ley 18.857/1969 (BO de 30 de marzo de 1971).

conflicto asignando la residencia en virtud de común acuerdo entre los Estados Contratantes.

### **b) Personas jurídicas**

La parte final del artículo se refiere a las personas jurídicas, indicando que cuando, en virtud de la normativa interna de cada Estado Contratante, se produzca una situación de doble residencia, la residencia se resolverá a favor del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva.

En el ámbito interno, las personas jurídicas están reguladas en el artículo 8 de la LIS, en España, y en el artículo 119, incisos d), e) y f) de la LIG, en Argentina. Según la normativa española, una persona jurídica es residente en España cuando:

- se hubiera constituido conforme a las leyes españolas;
- tenga su domicilio social en territorio español; o
- tenga su sede de dirección efectiva en territorio español.

En el caso argentino, la residencia está dada por el solo hecho que las personas jurídicas estén constituidas o ubicadas en el país.

En esta oportunidad el convenio se asemeja más a la normativa española, ya que expone como único criterio de residencia el lugar donde se encuentre la dirección efectiva. El convenio no define a la sede de dirección efectiva, pero la LIS la identifica con el lugar donde se encuentra la dirección y el control conjunto de sus actividades.

En virtud de lo expuesto, vemos que la normativa convencional utiliza criterios muy similares a los de la norma argentina para el caso de las personas físicas, y a los de la norma española para las personas jurídicas. Aunque a decir verdad, su influencia no se

encuentra tanto en estas normas como en el artículo 4 del MCOCDE y del MCONU.

### **1.3.5. Establecimiento permanente**

La definición del establecimiento permanente es clave para la aplicación de todo el convenio, ya que permite a un Estado Contratante alcanzar las rentas de un sujeto a pesar de no residir en su territorio.

Este artículo no sólo sirve para delimitar el concepto de establecimiento permanente, sino también para atribuir a un Estado potestad tributaria respecto de las ganancias de una empresa del otro país originadas en el territorio de aquél<sup>1083</sup>.

El CDIHA se ha inspirado directamente en el MCONU para redactar su artículo 5, cuya definición de establecimiento permanente es un poco más amplia que la que ofrece el MCOCDE. A efectos de ordenar correctamente la exposición dividimos su análisis en cinco puntos.

#### **a) Noción general**

El establecimiento permanente puede definirse como cualquier lugar fijo de negocios en el que se desarrolle total o parcialmente la actividad de la empresa.

En particular, se consideran establecimientos permanentes las sedes de dirección; las sucursales; las oficinas; las fábricas; los talleres; las minas; los pozos de petróleo o de gas; una cantera o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales. Esta enumeración no es posee carácter taxativo. Se trata de una mera

---

<sup>1083</sup> PELÁEZ MARQUÉS, M., *op.cit.*, p. 23.

enumeración de lugares de negocios que el convenio considera establecimientos permanentes.

De esta definición se pueden extraer una serie de notas definitorias de los establecimientos permanentes:

- Lugar de negocios: estructura o elementos tangibles organizados de tal manera que permiten llevar adelante una actividad empresarial.
- Fijación: tiene que existir una cierta vinculación entre la actividad empresarial y el territorio de un Estado.
- Permanencia: consiste en que esa fijación en relación a un determinado territorio tenga una cierta continuidad en el tiempo.
- Realización de la actividad a través del establecimiento permanente: esta característica se relaciona con la primera e implica que la actividad empresarial se lleve a cabo a través de ese lugar fijo de negocios.

A partir de la redacción de la normativa española, podemos decir que en general adopta estos mismos requisitos. El artículo 13.1.a) del TRLIRNR entiende que existe establecimiento permanente en otro Estado cuando por cualquier título se disponga en éste, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad. No obstante, la enumeración de la ley es más amplia ya que además incluye los almacenes y tiendas.

En el ordenamiento jurídico argentino, la definición de establecimiento permanente (establecimiento estable) se obtiene a través de dos normativas diferentes: en el Decreto Reglamentario 649/97 (impuesto a las ganancias) y, de manera mucho más precisa, en la Ley 25.063 (impuesto a la ganancia mínima presunta).

En el primer caso, el Decreto 649/97 permite inferir que los establecimientos permanentes son aquellos:

“establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios, mineros o de cualquier otro tipo, organizados en forma de empresa estable, pertenecientes a asociaciones, sociedades o empresas, cualquiera sea su naturaleza, constituidas en el extranjero o a personas físicas residentes en el exterior.”<sup>1084</sup>

Pero el artículo 69.b) no es el único del mencionado decreto que se refiere a los establecimientos permanentes. Cuando la normativa habla de los establecimientos permanentes situados en el exterior los define como aquellos que están “organizados en forma de empresa estable para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, agropecuarias, extractivas o de cualquier tipo, que originen para sus titulares residentes en la República Argentina ganancias de la tercera categoría”<sup>1085</sup>.

Si bien se trata de definiciones que no son demasiado precisas, nos permiten extraer dos elementos característicos de esta clase de establecimientos: la estructura permanente y su organización.

Por otro lado, el impuesto a la ganancia mínima presunta considera establecimientos estables a los lugares fijos de negocios en los cuales una persona física o jurídica, una sucesión indivisa, un patrimonio de afectación o una empresa unipersonal, desarrolle total o parcialmente su actividad<sup>1086</sup>.

Dentro de los casos particulares, también se agregan las bases fijas para la prestación de servicios técnicos, científicos o profesionales;

---

<sup>1084</sup> Artículo 69.b) del Decreto 649/97.

<sup>1085</sup> Artículo 128 del Decreto 649/97.

<sup>1086</sup> Artículo 6 de la Ley 25.063, Título V, artículo 2.h).



las agencias o representaciones permanentes; la ejecución de obra civil, trabajos de construcción o montaje; los almacenes y los lugares fijos para adquirir mercaderías.

En virtud de lo expuesto en este apartado es importante resaltar que, al igual que ocurría en el TRLIRNR, la definición de establecimiento permanente del convenio impide considerar el registro de los DDEE, por sí solo, como un establecimiento permanente. Atento que los argumentos de esta afirmación son los mismos que planteamos en aquella oportunidad, nos remitimos a la parte correspondiente.

#### **b) Supuestos especiales**

El punto 3 del artículo 5 indica una serie de casos particulares que también se consideran establecimientos permanentes, a saber:

- las obras, construcciones o lugares de instalación o montaje superiores a seis meses.
- la prestación de servicios por una empresa por intermedio de sus empleados o del personal contratado para ese fin, sólo cuando las actividades excedan de seis meses, dentro de un período de doce meses.
- las actividades de exploración minera, petrolera, gasífera y cualquier otra referida al aprovechamiento de recursos naturales y sus actividades accesorias, que tengan una duración superior a seis meses dentro de un período de un año.

Estamos ante supuestos particulares que en cierto modo matizan la nota de permanencia, alejándose así de la noción general del apartado anterior. Se trata de actividades que tienen una duración determinada y específica en el tiempo.

En España, la LIRNR se refiere a estas actividades en su artículo 13.1.a), 3º párrafo, otorgándoles también un período de duración mínimo seis meses<sup>1087</sup>. No obstante, el segundo punto (prestación de servicios) en España no es tratado como un establecimiento permanente, sino que está incluido dentro del artículo 13.1.b), punto 2º, como actividades económicas realizadas sin mediación de establecimientos permanentes.

En Argentina, encontramos una referencia a la ejecución de obras civiles, trabajos de construcción y montaje en la Ley del impuesto a la ganancia mínima presunta<sup>1088</sup>. Lamentablemente, el texto omite declarar un plazo mínimo a partir del cual estamos ante un establecimiento permanente.

De todas maneras, la definición del Decreto 349/97 del impuesto a las ganancias habla de las construcciones, reconstrucciones, reparaciones y montajes cuya ejecución en el exterior sea superior a seis meses. El plazo coincide con la normativa convencional, con el derecho español y con el MCONU.

En cuanto al resto de los supuestos especiales, por el momento no existe ninguna mención expresa en la norma argentina, con lo cual, entendemos que para estos casos se aplica la regla general de los establecimientos permanentes.

### **c) Delimitación negativa del establecimiento permanente**

El CDIHA también especifica aquellos lugares de trabajo que no se consideran establecimiento permanente. Éstos son los siguientes<sup>1089</sup>:

---

<sup>1087</sup> Por el contrario, el artículo 5.3 del MCOCDE habla de 12 meses de duración.

<sup>1088</sup> Artículo 6 de la Ley 25.063, Título V, artículo 2.

<sup>1089</sup> Artículo 5.4 del CDIHA.

- a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar o exponer bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
- b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas o exponerlas;
- c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa;
- d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa;
- e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio;
- f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin del ejercicio combinado de las actividades mencionadas en los apartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio.

La exclusión de estos supuestos está basada en las siguientes condiciones<sup>1090</sup>:

- 1) que las actividades de la empresa en el otro Estado Contratante tengan un carácter accesorio respecto a las que constituyen el objeto principal de la empresa;
- 2) que dichas actividades constituyan el único fin del establecimiento;
- 3) que se realicen sólo para la propia empresa.

---

<sup>1090</sup> PELÁEZ MARQUÉS, M., *op.cit.*, p. 33.

A diferencia de los modelos de convenios y del CDIHA, la normativa española no contiene ninguna disposición que aclare los supuestos negativos de establecimiento permanente, con lo cual, estos casos quedarían inmersos dentro de esta categoría.

Por su parte, la legislación interna argentina sí que se dedica a delimitar negativamente el concepto de estos establecimientos, aunque con una cláusula muy diferente a la norma convencional.

En concreto, para la Ley 25.063 no se consideran establecimientos permanentes la realización de negocios en el país por medio de corredores, comisionistas o cualquier otro intermediario independiente, siempre que actúen en el curso habitual de sus propios negocios<sup>1091</sup>.

Las divergencias pasan por los casos que expresamente excluye el CDIHA pero que la normativa argentina considera, explícita o implícitamente, como establecimiento permanente.

De los seis apartados del artículo 5.4 del convenio, los supuestos del apartado a), b), d) y e) son expresamente asimilados a los establecimientos permanentes según la normativa argentina<sup>1092</sup>. En el caso del punto c) y f) también se considerarán establecimientos permanentes pero ya no por una disposición explícita sino porque no existe un precepto concreto que lo niegue.

La redacción del artículo 5.4 el CDIHA acoge una redacción bastante parecida a la de los modelos, aunque, como veremos, se acerca más a los postulados del MCONU.

---

<sup>1091</sup> Artículo 6 de la Ley 25.063, Título V, artículo 2°.

<sup>1092</sup> Artículo 6 de la Ley 25.063, Título V, artículo 2°.

Los dos modelos recogen prácticamente los mismos apartados, la diferencia entre ambos está en los dos primeros puntos del artículo 5.4 en los que el MCODE, además de las actividades de almacenamiento y exposición de bienes y mercancías, incorpora la entrega de ellas. De esta forma, aquél adopta una delimitación negativa más amplia que la del MCONU. Tal y como hemos visto, el CDIHA recoge la postura de la ONU.

#### **d) Agentes y representantes**

Los supuestos del artículo 5.5 y 6 del convenio en cierta medida se escapan de la regla general, ya que se difumina el requisito de la fijación del lugar de negocios. No obstante ello, se incluyen en la categoría de establecimiento permanente. En primer lugar, trataremos el caso de los agentes dependientes (Art. 5.5) para luego analizar a los agentes independientes (Art. 5.6).

##### **d.1) Agentes dependientes**

El CDIHA establece que toda persona que actúe en un Estado Contratante por cuenta de una empresa radicada en el otro Estado, constituye un establecimiento permanente en aquel país. A estos efectos es necesario que se cumpla alguno de estos dos requisitos:

- tener y ejercer habitualmente sus poderes para contratar en nombre de la representada;
- si no cuenta con dichos poderes, ha de mantener habitualmente en el primer Estado existencias de bienes que utiliza para entrega regularmente mercaderías por cuenta de la empresa.

Dentro de este último caso, podríamos incluir perfectamente a los derechos de emisión de CO2.

La regla general es igual a la de los modelos de convenio, de modo que las discrepancias radican más bien en las excepciones. El MCOCDE entiende que no existe establecimiento permanente cuando el agente dependiente ejerce aisladamente algunas de las actividades mencionadas en el artículo 5.4, es decir, las que delimitan negativamente a estos establecimientos. Así las cosas, se utiliza un criterio más acotado que el CDIHA para asimilar los agentes dependientes a un establecimiento permanente.

Por su parte, el MCONU contempla dos excepciones: una para negar la calidad de establecimiento permanente al agente, aún cumpliéndose con los requisitos generales, y otra para otorgársela, incluso cuando no se cumplan todos los requisitos. La primera excepción es idéntica a la del MCOCDE. La segunda dispone que existe establecimiento permanente incluso cuando el agente no tenga poderes para contratar, pero habitualmente contrata a nombre de la empresa<sup>1093</sup>. Esta cláusula es muy similar a la que contiene el CDIHA al mencionar los requisitos de los agentes<sup>1094</sup>.

Esta norma tiene su parangón en los artículos 5.5 y 5.6 del MCOCDE, aunque este último no deja abierta la posibilidad de que se trate de un agente de hecho. Con lo cual, es evidente que la disposición del CDIHA se inspiró íntegramente en los artículos 5.5 y 5.7 del MCONU.

Similar al convenio bilateral son las normativas españolas y argentinas. En el primer caso, simplemente se habla de un agente

---

<sup>1093</sup> Es lo que se conoce como agente dependiente de hecho, por contraposición al agente dependiente de derecho, que es el que tiene poderes expresos para contratar.

<sup>1094</sup> Artículo 5.5.b) del CDIHA.

autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes<sup>1095</sup>.

En el caso argentino, la Ley 25.063 no menciona a los agentes dependientes, razón por lo cual, deben ubicarse bajo el mismo régimen de los establecimientos permanentes.

#### **d.2) Agentes independientes**

Los agentes independientes están tratados en el artículo 5.6 del CDIHA. Esta norma determina que los corredores, comisionistas o cualquier otro intermediario independiente no se consideran establecimientos permanentes, siempre que realicen sus actividades dentro del marco ordinario de su actividad.

*Contrario sensu*, si estos intermediarios no realizan sus actividades dentro del marco normal de su actividad, aún siendo independientes, se considerarán como establecimientos permanentes. Este apartado es idéntico al del MCOCDE<sup>1096</sup> y muy similar al del MCONU<sup>1097</sup>.

En el marco de los DDEE tenemos los agentes independientes que intermedian en la compraventa de estos derechos. Si dicha intermediación se corresponde con su actividad ordinaria, no se consideran establecimientos permanentes. De lo contrario, entran en la excepción del artículo 5.6 del CDIHA.

No obstante, el convenio establece una excepción a la regla general del agente independiente (no considerado como establecimiento permanente). La última parte del artículo establece que a pesar de cumplirse con los requisitos mencionados, el agente se considera establecimiento permanente cuando realice todas o casi todas sus

---

<sup>1095</sup> Artículo 13.1.a), 2º párrafo, del TRLIRNR.

<sup>1096</sup> Artículo 5.6 del MCOCDE.

<sup>1097</sup> Artículo 5.6 del MCONU.

actividades en nombre de la empresa situada en el otro Estado Contratante.

Este apartado se asemeja al supuesto de los agentes dependientes, ya que habla del ejercicio habitual de la actividad a nombre de la empresa. Con lo cual, más que un agente independiente que se considera establecimiento permanente, se trata de un agente dependiente de hecho, con todo lo que ello implica.

De manera que si el agente independiente efectúa la mayor parte de las compraventas de DDEE en nombre de la empresa que representa, aún cuando lo haga en el ámbito ordinario de su actividad, será tratado como un establecimiento permanente.

El TRLRINR no ha contemplado la posibilidad de asimilar los agentes independientes con un establecimiento permanente. En el caso argentino, la Ley 25.063 es prácticamente idéntica al convenio.

Su articulado no considera establecimiento permanente a la realización de negocios en el país por medio de corredores, comisionistas o cualquier otro intermediario que gocen de una situación independiente, siempre que éstos actúen en el curso habitual de sus propios negocios<sup>1098</sup>.

#### **e) Filiales**

El séptimo y último apartado del artículo 5 del convenio pretende aclarar que el mero hecho que una filial sea controlada por la matriz no la convierte en su establecimiento permanente<sup>1099</sup>. Ello es así ya que las filiales son entidades jurídicamente independientes de la

---

<sup>1098</sup> Artículo 2 de la Ley 25.063, Título V, artículo 6°.

<sup>1099</sup> Una disposición similar la encontramos en los Comentarios al artículo 5 del MOCDE.



matriz, con personalidad jurídica propia y sometida a la ley fiscal del país donde reside.

De manera que una sociedad de un Estado Contratante que controle a una sociedad de otro Estado Contratante, o viceversa, no basta para equiparar la sociedad a un establecimiento permanente de la otra.

#### **1.4. La tributación de los DDEE según el CDI hispano-argentino**

Una vez tratadas las cuestiones generales del CDIHA nos centraremos de lleno en la tributación de la renta derivada de los DDEE a partir de las disposiciones de este Convenio. Al igual que los capítulos anteriores, creemos que el sistema más conveniente para exponer el tema estriba en diferenciar el tratamiento de las rentas según provengan de actividades económicas o no.

##### **1.4.1. Rendimientos provenientes de una actividad económica (utilidades empresariales)**

###### **1.4.1.1. Introducción**

Tal y como venimos exponiendo a lo largo del trabajo, al hablar de rendimientos provenientes de una actividad económica nos referimos a aquellos casos en los cuales la compraventa de DDEE presupone la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Concretamente, nos estamos centrando en los siguientes supuestos:

- personas físicas:
  - que se dedican habitualmente a la compra y venta de DDEE y que no son titulares de instalaciones emisoras de CO<sub>2</sub>;

- titulares de instalaciones emisoras, y que además se dedican a la compra y venta especulativa de DDEE.
- personas jurídicas:
  - no emisoras que habitualmente se dedican a la compra y venta de DDEE;
  - emisoras que también se dedican a la compra y venta habitual de una parte de sus DDEE.

Es importante recordar dos cosas: en primer lugar, que la habitualidad de estos negocios viene dada por la mencionada ordenación de medios de producción y que puede ser actual o potencial. De manera que no tiene por qué tratarse de dos o más actos mercantiles, sino que basta con que exista una vocación de continuidad. En segundo lugar, que cada caso es una cuestión aparte, con lo cual serán los elementos probatorios que concurran en cada caso los que determinarán o no la calificación de la actividad como empresarial<sup>1100</sup>.

Es evidente que cuando se trata de personas físicas o jurídicas titulares de instalaciones contaminantes alcanzadas por el PK, éstas siempre estarán situadas en España, ya que el Protocolo no asignó ningún tipo de limitación de emisiones a países en vías de desarrollo como Argentina. De manera que será la otra parte de la relación mercantil la que resida en Argentina.

Al igual que ocurría con los modelos de convenios de la OCDE y de la ONU, cuando los rendimientos obtenidos del comercio de derechos a contaminar se derivan de actividades económicas, nos situamos en el artículo 7, que regula los beneficios empresariales. En honor a la brevedad nos remitimos a los argumentos del capítulo anterior para justificar la aplicación de este artículo, y no otro (cánones, ganancias

---

<sup>1100</sup> STS, de 31 de marzo de 2010, F. 2º (RJ 2010\2764).

de capital u otras rentas), cuando la compraventa de DDEE se produce en el marco de una actividad económica.

El artículo 7 del CDIHA se encarga de distribuir la potestad tributaria de los Estados Contratantes a la hora de gravar los beneficios empresariales. El problema es que este tipo de rentas no se definen en el tratado. Es por ello que para determinar cuáles son los rendimientos incluidos en el artículo debemos recurrir al ordenamiento jurídico interno del Estado Contratante que aplica el convenio.

Esto mismo ocurre en los modelos de convenios, que tampoco definen a las “utilidades empresariales”. Aunque sus comentarios aclaran que, al igual que la mayoría de las legislaciones tributarias internas, el concepto de utilidades tiene un sentido amplio y abarca todas las rentas procedentes de la explotación de una empresa<sup>1101</sup>.

En el caso español, estos rendimientos se definen en el artículo 21.1 de la LIRPF como “aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”.

Por el contrario, la legislación argentina no contempla una definición expresa de los beneficios empresariales. La ley del impuesto a las ganancias no define a las ganancias de tercera categoría (rendimientos de la actividad económica), simplemente se limita a enumerar cuáles son los contribuyentes que las perciben<sup>1102</sup>.

---

<sup>1101</sup> Párrafo 59 de los comentarios al artículo 7 MCOCDE. El artículo 7.6 del MCONU reproduce el contenido y comentarios del artículo 7.7 del MCOCDE.

<sup>1102</sup> Artículo 49 de la LIG.

La nota común de estos sujetos es la realización de una actividad empresarial.

En el anterior impuesto a los réditos<sup>1103</sup>, los resultados de las ganancias de tercera categoría estaban determinados por el beneficio obtenido en el ejercicio del comercio, la industria, la minería, la explotación agropecuaria o de cualquier otra actividad habitual en la compraventa o disposición de bienes.

A partir de la ley 20.628 se produce un cambio de criterio apartándose del que proponía la ley 11.682, ya que no se atiende a la naturaleza de la renta sino más bien al sujeto que la obtiene.

Con lo cual, si bien la naturaleza de una renta puede ser de la primera o segunda categoría, en el caso que la obtenga uno de los sujetos enumerados en el art. 49 corresponde incluirlas en la tercera categoría. Ello también se corrobora con la redacción de los artículos 41 y 45 cuando aclaran que las rentas serán de dichas categorías “siempre y cuando no corresponda incluirlas en el artículo 49”, o sea obtenida por los sujetos que éste enumera.

En definitiva, tal y como se encuentra regulado hoy en día, podemos decir que se trata de una categoría de ganancias en la cual predomina lo personal (sujetos) por sobre lo material (actividad o naturaleza).

Algunos autores del campo de las ciencias económicas<sup>1104</sup> definen la actividad empresarial recurriendo al concepto de empresa, aunque la normativa argentina en ningún momento lo define. De esta

---

<sup>1103</sup> Este impuesto, regulado por la Ley 11.682, de 30 de diciembre de 1932, fue la primera ley de impuesto sobre la renta en la República Argentina, y la antecesora de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

<sup>1104</sup> RAIMONDI, C.A. y ATCHABAHIÁN, A., “El impuesto a las ganancias”, 5ª Ed. integralmente revisada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 65.

manera, entienden que una empresa desarrolla una actividad económica cuando se producen las siguientes circunstancias:

- la afectación de un patrimonio para llevarla a cabo, con fines de lucro;
- una organización, con estructura jerárquica y cierto costo fijo, dedicada a emplear los recursos humanos y materiales que dicho patrimonio brindó;
- una incertidumbre o riesgo empresarial.

Finalmente, también podemos mencionar la Circular N° 1080/79 de la DGI que, en relación al impuesto sobre los capitales, sostuvo que un “empresario es la persona física o sucesión indivisa, titular de un capital que, a nombre propio y bajo su responsabilidad jurídica y económica, asume con intención de lucro la prestación habitual de servicios técnicos, científicos o profesionales, y organiza, dirige y solventa con ese fin, el trabajo remunerado y especializado de otras personas”.

No obstante, a pesar de metodología utilizada por ambas legislaciones internas, se puede concluir que tanto en uno como en otro caso la renta derivada de la compraventa habitual de DDEE se ubica dentro de la categoría de beneficios empresariales.

#### **1.4.1.2. Regla general del artículo 7 del Convenio de doble imposición hispano-argentino**

El artículo comienza con una norma genérica, a partir de la cual los beneficios económicos de una empresa de un Estado Contratante sólo podrán ser gravados en dicho Estado, a menos que la empresa desarrolle su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en este último.

El artículo es muy claro: las rentas serán alcanzadas por el Estado de la residencia de la empresa, cualquiera que fuere el lugar de percepción, a no ser que los beneficios provengan de un lugar fijo de trabajo establecido en el otro Estado Contratante. En este último caso también podrán ser gravados por el Estado de la fuente. De allí la importancia de identificar en qué país tiene su residencia el sujeto perceptor de las rentas.

En los casos en que existe un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante, tal y como está redactado, el convenio concede la facultad de aplicar una tributación compartida, ya que si bien otorga potestad tributaria al Estado de la fuente, en ningún momento se la priva al de la residencia. Ante estos casos se recurrirá al artículo 23 que analizaremos más adelante.

Además de genérica, esta norma tiene carácter subsidiario ya que se aplica siempre y cuando las rentas obtenidas no encuadren en ninguno de los otros artículos del convenio (intereses, cánones, dividendos, etc.)<sup>1105</sup>.

Existen dos excepciones a la regla general que, atento su falta de relevancia respecto a los DDEE, sólo nos limitaremos a mencionarlas. Se trata de actividades comerciales cuyos beneficios empresariales también tributan en el Estado de la fuente pese a no ser percibidos mediante establecimiento permanente. En concreto, este trato particular se practica con las actividades aseguradoras y las actividades en la zona económica exclusiva.

La manera en que esta regla general se aplicaría a los supuestos prácticos planteados sería la siguiente:

---

<sup>1105</sup> Artículo 7.7 del CDI. Redacción tomada del artículo 7.7 del MCOCDE y del artículo 7.6 del MCONU.

a) una persona física, residente en Argentina, que se dedica habitualmente a la compra y venta de DDEE sin ser titular de instalaciones contaminantes, vende a una persona residente en España una determinada cantidad de derechos.

Si el vendedor realiza esta actividad sin mediación de un establecimiento permanente en España, sólo podrá gravar los rendimientos que de ella se deriven la Hacienda argentina. Pero si existe un lugar fijo de trabajo radicado en España, la tributación es compartida. Esta situación se resuelve con los mecanismos del artículo 23 del CDIHA.

Ocurrirá lo mismo si la persona física reside en España y el comprador en Argentina<sup>1106</sup>.

b) una persona física, residente en España, que habitualmente compra y vende DDEE, y es titular de una instalación contaminante, transfiere derechos contaminantes a una persona residente en territorio argentino.

Si el vendedor realiza esta actividad sin mediación de un establecimiento permanente en Argentina, sólo podrá gravar los rendimientos que de ella se deriven la Hacienda española. Pero si existe un lugar fijo de trabajo radicado en Argentina, la tributación es compartida. Esta situación se resuelve con los mecanismos del artículo 23 del CDIHA.

Ocurrirá lo mismo si la persona física reside en Argentina y el comprador en España, sólo que la instalación contaminante del vendedor estaría localizada en un país con restricciones de emisión.

---

<sup>1106</sup> Recordemos que el vendedor residente en Argentina, en principio, no podrá ser titular de una instalación contaminante restringida por el PK. No obstante, nada impide que haya sea titular de DDEE, aunque deberían estar inscriptos en un país que posea el registro correspondiente.

c) una persona jurídica residente en Argentina, que normalmente comercializa permisos de emisión pero que no posee instalaciones contaminantes, enajena parte de sus derechos a una persona residente en territorio español. El resultado es el mismo que en el punto a).

d) una persona jurídica residente en España, dedicada a la comercialización de DDEE y titular de instalaciones contaminantes, vende permisos contaminantes a una persona que reside en Argentina. El resultado será idéntico al del punto b).

#### **1.4.1.3. Criterios de liquidación**

La determinación de los beneficios empresariales está orientada por una serie de pautas que define el mismo artículo 7, que en parte ya hemos adelantado en el capítulo anterior.

A continuación analizaremos las particularidades de los criterios de liquidación el CDIHA que pueden influir en la compraventa de DDEE.

#### **a) Imputación**

Una vez establecida la regla general, el artículo 7.1 aclara que el Estado de la fuente sólo puede gravar los beneficios imputables al establecimiento permanente. En principio, parece ser el mismo criterio que recoge el MCOCDE<sup>1107</sup>, pero el párrafo siguiente del convenio, que seguidamente veremos, marca importantes diferencias con dicho modelo.

Tal como vimos en el capítulo anterior esta cuestión viene suscitando debates desde la propia configuración de los modelos de

---

<sup>1107</sup> Artículo 7.1 del MCOCDE.



convenios internacionales. Algunos países, y los propios comentarios del MCOEDE, entienden que el Estado de la fuente sólo puede imponer tributos sobre las rentas atribuibles a los establecimientos permanentes situados en su territorio<sup>1108</sup>. Es el llamado principio de imputación de rentas.

Por el contrario, otros países defienden que cuando una empresa extranjera instala un establecimiento permanente en su territorio, la propia empresa entra en el ámbito de su jurisdicción fiscal, con lo cual, se podrían gravar todas las utilidades que la empresa obtenga en su territorio, tanto si proceden del establecimiento permanente como de otras actividades realizadas en el mismo (*vis expansiva*)<sup>1109</sup>. Esta última es la solución que adopta el MCONU<sup>1110</sup>.

El tratado bilateral manifiesta su postura en el segundo párrafo del artículo 7.1 cuando dice que también serán atribuibles al establecimiento permanente, además de los beneficios imputables:

---

<sup>1108</sup> Los comentarios del convenio señalan que la solución propuesta permite una administración simple y eficaz, y que una disposición en contrario podría interferir seriamente en los procesos empresariales del mundo moderno, en donde resulta muy común que las sociedades se dediquen a actividades muy diversas que operan de forma extensa en muchos países. Los comentarios concluyen diciendo que por más que la medida pueda favorecer los mecanismos de elusión fiscal, es mucho más importante por un lado, promover la neutralidad fiscal; y evitar interferencias en la organización de los negocios y excesivos requerimientos de información a las empresas extranjeras, por el otro. En definitiva, ésta es la finalidad última del MCOEDE.

<sup>1109</sup> Los argumentos esgrimidos en contra de esta postura se basan principalmente en que esta norma podría favorecer y aumentar el número de prácticas elusivas (Comentarios al artículo 7, párrafo 5º, del MCOEDE).

<sup>1110</sup> Este modelo adopta el criterio de la fuerza de atracción del MCOEDE “pero limitado en un triple sentido: por un lado, porque no se extiende a rentas de capital; por otro, porque, en el caso de rentas de actividades económicas, sólo es aplicable a aquellas de naturaleza idéntica o similar a las que viene realizando el establecimiento permanente; y finalmente porque se admite la posibilidad de probar que median motivos económicos válidos para no realizar esas actividades a través de dicho establecimiento.” (REOL JIMÉNEZ, T. y VELAYOS JIMÉNEZ, F., “Utilidades empresariales con y sin establecimiento permanente”, en “Manual de fiscalidad internacional” (Dir: Teodoro Cordón Ezquerro), Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 830).

- las ventas efectuadas en el Estado del establecimiento permanente de bienes similares a los vendidos por dicho establecimiento permanente; y
- las rentas de las actividades comerciales realizadas en el otro Estado Contratante, en tanto que sean de naturaleza idéntica o similar a las efectuadas a través del citado establecimiento.

Así es como el tratado bilateral se aparta una vez más del MCOCDE para seguir los lineamientos del MCONU, es decir, la *vis expansiva*. En virtud de ello, nos vemos obligados a realizar algunas aclaraciones sobre los supuestos de compra y venta de DDEE que vimos en el punto anterior.

A la hora de aplicar este artículo, como establece el Protocolo del tratado, las autoridades competentes se consultarán sobre la similitud de los bienes o mercancías o de las actividades<sup>1111</sup>.

Teniendo en cuenta el criterio adoptado por el CDIHA, no sólo se atribuyen al establecimiento las rentas de la compraventa de DDEE que le sean directamente imputables, sino también las derivadas de los siguientes rubros:

- las ventas de DDEE realizadas en el Estado del establecimiento permanente, aunque no se imputen directamente al mismo;
- las actividades de compra y venta de DDEE realizadas en el Estado del establecimiento permanente, incluso aunque no haya existido mediación alguna por parte de éste.

La *ratio legis* de esta norma reside en eliminar o disuadir aquellas prácticas que, por el motivo que sea, intenten evitar la potestad

---

<sup>1111</sup> Punto 1.b) del CDIHA.

tributaria del país donde se encuentra el establecimiento permanente.

El mecanismo empleado consiste en presuponer dicha actitud elusiva cuando se realizan actividades o negocios idénticos o similares a los que se efectúan a través del establecimiento permanente. La consecuencia de esta presunción estriba en considerar las ventas y actividades como si hubieran sido efectivamente percibidas con la mediación de un establecimiento permanente.

*Contrario sensu*, cuando las ventas y/o actividades en cuestión nada tengan que ver con las ventas o actividades del establecimiento permanente, cae la presunción del párrafo anterior. De manera que, en estos casos, sólo se atribuirán a dicho establecimiento las rentas directamente imputables.

Así las cosas, si las actividades de los establecimientos permanentes nada tienen que ver con la compraventa de DDEE o bienes similares, las rentas derivadas de estos últimos sólo podrán ser gravadas por el Estado de la casa matriz. Igual pasaría en el caso contrario, es decir que la venta de permisos contaminantes se realice a través de un lugar fijo de trabajo y el resto de actividades (no relacionadas) se obtuvieran sin mediación alguna de estos establecimientos.

Finalmente, el artículo 7.4 del CDIHA aclara que no se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa. De tal manera que la sola compra de DDEE por parte de un establecimiento permanente no habilita para atribuirle beneficios. Éste es uno de los

pocos puntos en los que el CDIHA se aparta del MCONU para seguir al MCOCDE, ya que aquél no hace ninguna referencia de este tipo.

A través de los artículos 15.1, 16.2 y 17.1 del TRLIRNR España ha consagrado el mismo criterio que el MCOCDE, es decir, la atracción funcional limitada, atribuyendo únicamente la renta imputable a dicho establecimiento.

La normativa Argentina no es del todo clara ya que en un primer momento parece adoptar el criterio del MCONU, con una fuerza de atracción limitada (bastante amplia), pero luego parece desechar el criterio de la atracción funcional de los establecimientos.

El Decreto 1344/98 considera ganancias atribuibles a los establecimientos estables las rentas que resulten del desarrollo de su actividad realizada, directa o indirectamente, en el país o en el exterior<sup>1112</sup>. Pero luego, cuando el Decreto 649/97 regula la atribución de resultados de la tercera categoría (beneficios empresariales) a los establecimientos estables situados en el extranjero, dice lo siguiente:

“Los titulares residentes en el país de los establecimientos estables definidos en el artículo 128, se asignarán los resultados impositivos de fuente extranjera de los mismos, aun cuando los beneficios no les hubieran sido remesados ni acreditados en sus cuentas. Idéntico criterio aplicarán los accionistas residentes en el país de sociedades por acciones constituidas o ubicadas en el exterior”<sup>1113</sup>.

Con esta redacción, la normativa parece diferenciar el criterio según se trate de establecimientos radicados en el país o en el

---

<sup>1112</sup> Artículo 19, cuarto párrafo, del Decreto 1344/98.

<sup>1113</sup> Artículo 148 del Decreto 649/97.

extranjero. En el primer caso, se opta por el principio de fuerza de atracción limitada a favor de los establecimientos estables; y en el segundo caso, la fuerza de atracción se reconoce a la casa central.

### **b) Relación entre la casa central y el establecimiento permanente**

La relación entre la casa central y sus establecimientos está regulada en el artículo 7.2 del CDIHA. La regulación es exactamente igual a la de los modelos de convenio. Se trata de una cuestión que no acostumbra a presentar demasiados cambios en los diferentes CDIs.

En el segundo apartado se establece el principio de empresa separada e independiente<sup>1114</sup>. En los casos en que se produce la regla general del artículo 7.1, los rendimientos atribuibles al establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante serán los que hubiera podido obtener si éste y su casa matriz fueran empresas distintas y separadas, que realizasen actividades similares.

De esta manera, el convenio se vale del principio internacional *arm's length* para regir las relaciones entre los establecimientos permanentes y sus casas centrales. A partir de dicho principio, los establecimientos podrán deducir todos los gastos relacionados con la casa central, pero siempre basados en los valores de mercado.

En caso que sea necesario realizar ajustes, se sustituirán los valores facturados por los precios de mercado ordinarios para los mismos productos, suministrados en las mismas o similares condiciones.

---

<sup>1114</sup> El establecimiento permanente debe tributar como un centro de imputación de rentas similar al integrado por la formación de una empresa separada y residente que opera de forma independiente en relación con las operaciones que realice con personas vinculadas, incluyendo a su propia casa central (PRATS GARCÍA, F. A., "El establecimiento permanente", *op. cit.*, p. 308).

El TRLIRNR español se decanta expresamente por el principio *arm's length* que establece la LIS<sup>1115</sup> y que se aplica a la relación entre la casa central y sus establecimientos permanentes<sup>1116</sup>.

Igual postura adopta la legislación argentina. El Decreto 649/97 expresamente declara que los establecimientos estables de empresas, personas o entidades del extranjero, deberán efectuar sus registraciones contables en forma separada de sus casas matrices y demás establecimientos estables<sup>1117</sup>.

Las transacciones entre establecimientos situados en el país y sus casas centrales radicadas en extranjero serán consideradas como celebrados entre partes independientes. Para ello, es necesario que sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes. Cuando no se puedan verificar estos extremos, las operaciones serán ajustadas a los valores normales de mercado<sup>1118</sup>.

La normativa reitera este principio *arm's length* cuando habla de la relación entre los establecimientos estables residentes en el extranjero y las casas matrices establecidas en Argentina. Prácticamente se repite la misma redacción<sup>1119</sup>.

Si traspasamos esta cuestión al tema de los DDEE puede ocurrir que las transferencias realizadas entre la casa central y sus establecimientos permanentes no respeten el principio de *arm's length*. Llegado el caso, hemos visto que el valor de facturación se ha

---

<sup>1115</sup> Artículo 16 del TRLIS.

<sup>1116</sup> Artículo 15.2 del TRLIRNR.

<sup>1117</sup> Artículo 14, primer párrafo, del Decreto 649/97 y artículo 19, primer párrafo, del Decreto 1344/98.

<sup>1118</sup> Artículo 14, tercer párrafo, del Decreto 649/97.

<sup>1119</sup> Artículo 129 del Decreto 649/97.

de sustituir por el valor normal de mercado, y que esto no es tan sencillo como parece.

El problema que se presenta en este caso es que no existe un mercado oficial de DDEE y, por ende, tampoco un precio único de referencia. La tarifa de estos derechos sólo puede hallarse en los mercados privados que pululan en el mundo bajo la denominación de “bolsas de derechos de emisión”.

A continuación veremos cómo se resuelve esta cuestión en el Derecho tributario interno de los Estados Contratantes. A decir verdad, no existe ninguna normativa interna que dé una solución específica sobre los DDEE, pero sí se prevé una noción legal de “precio normal de mercado”.

En España, es el TRLIS el encargado de determinar el precio normal de mercado al regular las operaciones de empresas vinculadas. Es el propio TRLIRNR remite al TRLIS para determinar las relaciones entre las empresas y operaciones vinculadas<sup>1120</sup>, y la relación entre la casa central y sus establecimientos permanentes entran dentro de esta categoría<sup>1121</sup>.

El valor normal de mercado es aquél que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia<sup>1122</sup>. A continuación, el TRLIS ofrece una serie de métodos para determinar este valor.

En primer lugar, se recomiendan tres mecanismos (que seguidamente veremos) y luego, se ofrecen dos métodos alternativos

---

<sup>1120</sup> Artículo 15.2 del TRLIRNR.

<sup>1121</sup> Artículo 16.2, punto j) y k), del TRLIS.

<sup>1122</sup> Artículo 16.1.1 del TRLIS.

para el caso que las operaciones comerciales así lo requieran. Los primeros métodos son básicamente los siguientes<sup>1123</sup>:

- método del precio libre comparable: consiste en comparar el precio del bien o servicio que se ha utilizado con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares, en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables.
- método del coste incrementado: al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicios se añade el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes.
- método del precio de reventa: del precio de venta de un bien o servicio se sustrae el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes.

Cuando la complejidad o la información de las operaciones impidan aplicar adecuadamente los mecanismos anteriores, la normativa permite utilizar métodos alternativos: método de la distribución del resultado y método del margen neto<sup>1124</sup>. Pero entendemos que éste no es el caso, ya que para calcular el precio normal de mercado de los DDEE en principio bastaría con los mecanismos enunciados anteriormente.

Por su parte, la normativa argentina también se dedica a delimitar el valor normal de mercado. Al respecto se establece que cuando el valor de las operaciones no se corresponda con las prácticas normales de mercado, la renta se determinará a través de promedios, índices o coeficientes establecidos a partir de resultados obtenidos

---

<sup>1123</sup> Artículo 16.4.1 del TRLIS.

<sup>1124</sup> Artículo 16.4.2 del TRLIS.



por empresas independientes, dedicadas a actividades de iguales o similares características<sup>1125</sup>.

Los métodos dispuestos en la reglamentación son los siguientes<sup>1126</sup>:

- precio comparable entre partes independientes: al precio que se hubiera pactado con o entre partes independientes en transacciones comparables;
- precio de reventa entre partes independientes: al precio de adquisición de un bien, de la prestación de un servicio o de la contraprestación de cualquier otra operación entre partes relacionadas, que se determinará multiplicando el precio de reventa o de la prestación del servicio o de la operación de que se trate fijado entre partes independientes en operaciones comparables por el resultado de disminuir de la unidad, el porcentaje de utilidad bruta que hubiera sido pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables. A tal efecto, el porcentaje de utilidad bruta resultará de relacionar la utilidad bruta con las ventas netas;
- costo más beneficios: al que resulta de multiplicar el costo de los bienes, servicios u otras transacciones por el resultado de adicionar a la unidad el porcentaje de ganancia bruta aplicado con o entre partes independientes en transacciones comparables, determinándose dicho porcentaje relacionando la utilidad bruta con el costo de ventas;
- división de ganancias: a la que resulte de aplicar para la asignación de las ganancias obtenidas entre partes vinculadas, la proporción en que hubieran sido asignadas entre partes independientes, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

---

<sup>1125</sup> Artículo 15, primer párrafo, del Decreto 649/97.

<sup>1126</sup> Artículo sin número, a continuación del artículo 21 del Decreto 1344/98.

- a) se determinará una ganancia global mediante la suma de las ganancias asignadas a cada parte vinculada involucrada en la o las transacciones;
  - b) dicha ganancia global se asignará a cada una de las partes vinculadas en la proporción que resulte de considerar los activos, costos y gastos de cada una de ellas, con relación a las transacciones que hubieran realizado entre ellas.
- margen neto de la transacción: al margen de ganancia aplicable a las transacciones entre partes vinculadas que se determine para ganancias obtenidas por alguna de ellas en transacciones no controladas comparables, o en transacciones comparables entre partes independientes. A los fines de establecer dicho margen, podrán considerarse factores de rentabilidad tales como retornos sobre activos, ventas, costos, gastos o flujos monetarios.

Se consideran comparables aquellas transacciones entre las que no existen diferencias que afecten el precio, el margen de ganancias o el monto de la contraprestación a que se refieren los métodos establecidos en dicho artículo<sup>1127</sup>. A efectos de eliminar las posibles diferencias en la comparación de estas transacciones se tendrán en cuenta los siguientes parámetros:

- a) plazo de pago;
- b) cantidades negociadas;
- c) propaganda y publicidad;
- d) costo de intermediación;
- e) acondicionamiento, flete y seguro;
- f) naturaleza física y de contenido;

---

<sup>1127</sup> Segundo artículo sin número a continuación del artículo 21 del Decreto 1344/98.

g) diferencias de fecha de celebración de las transacciones

En el caso de que las transacciones utilizadas como parámetro de comparación se realicen en países cuya moneda no tenga cotización en moneda nacional, los precios deberán ser convertidos en primer término a dólares estadounidenses y luego a aquella moneda, tomándose como base los respectivos tipos de cambio utilizados en la fecha de cada operación<sup>1128</sup>.

Teniendo en cuenta las características que rodean la compraventa de los DDEE, entendemos que el método del precio libre comparable (España) o el precio comparable entre partes independientes (Argentina) sería el mecanismo adecuado para establecer el precio normal de mercado que exige el principio de empresa separada e independiente.

Atento a que estos permisos contaminantes no cuentan con un mercado oficial, su valor debe basarse en el precio medio de venta registrado en los diferentes mercados mundiales en el momento en que se realiza la transferencia.

No obstante, entendemos que no es necesario tener en cuenta todos los mercados en todas las operaciones. En virtud del criterio de localización de la transacción, bastará con identificar la media de los mercados pertenecientes a los países en cuyo territorio residen las partes intervinientes en la transacción<sup>1129</sup>. Si se trata de partes residentes en España y Argentina, como en este último país no existe

---

<sup>1128</sup> Tercer artículo sin número a continuación del artículo 21 del Decreto 1344/98.

<sup>1129</sup> Respecto a la localización de la transacción, Marco Piazza dice que para encontrar el precio de la transacción comparable es necesario identificar el mercado relevante, es decir, aquellos que se relacionen con las partes de la compraventa (PIAZZA, M., "Guida alla fiscalità internazionale. Tassazione dei redditi prodotti in Italia e all'estero Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", 9ª Ed., Ed. Il Sole 24 ore, Milano, 2004, p. 1107).

un mercado de DDEE, se deberían tomar en cuenta los precios del mercado español.

### **c) Deducción de los gastos del establecimiento permanente**

La posibilidad de deducir los gastos efectuados en relación con el establecimiento permanente se establece en el artículo 7.3 del CDIHA, cuyo análisis va ligado al punto anterior.

El mencionado artículo trata sobre los gastos efectuados para la realización de los fines del establecimiento permanente, incluyendo los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines. Se incluyen tanto los gastos realizados en el Estado de radicación del establecimiento como los efectuados en cualquier otro país. Siempre se ha de respetar el principio de empresa separada e independiente que veíamos en el punto anterior.

Más allá de lo dicho, el CDIHA impide tomar en cuenta los pagos y los cobros que efectúe o perciba el establecimiento permanente en relación a la oficina central, a título de:

- regalías;
- honorarios;
- pagos análogos a cambio del derecho a utilizar patentes u otros derechos a utilizar patentes u otros derechos;
- comisión por servicios concretos prestados o por gestiones hechas.

Todo ello, siempre que los gastos o pagos no sean hechos por concepto de reembolso de gastos efectivos<sup>1130</sup>.

---

<sup>1130</sup> Punto 1.c) del Protocolo del CDIHA.

Vale la pena recalcar que los derechos mencionados en el tercer punto de la excepción anterior (deducciones no permitidas) hacen referencia a los cánones. De manera que, como ya hemos visto en más de una ocasión, nada tiene que ver con los DDEE<sup>1131</sup>.

El TRLIRNR español recoge expresamente una serie de disposiciones sobre la deducción de los gastos del establecimiento permanente.

En primer lugar establece que no serán deducibles los pagos que el establecimiento permanente efectúe a la casa central en concepto de cánones, intereses o comisiones, abonados en contraprestación de servicios de asistencia técnica o por el uso o la cesión de bienes o derechos. La única excepción a esta regla son los intereses abonados por los establecimientos permanentes de Bancos extranjeros a su casa central, o a otros establecimientos permanentes, para la realización de su actividad<sup>1132</sup>.

A continuación, se establece un precepto muy similar al del artículo 7.3 del CDIHI, ya que permite la deducción de los gastos en que razonablemente se hubiera incurrido para la dirección y los generales de administración del establecimiento permanente<sup>1133</sup>. Para que esto sea posible deben cumplirse los siguientes requisitos:

- reflejo en los estados contables del establecimiento permanente;
- constancia, mediante memoria informativa presentada con la declaración de los importes, criterios y módulos de reparto;
- racionalidad y continuidad de los criterios de imputación adoptados. La normativa entiende que se cumple el requisito de racionalidad de los criterios de imputación cuando éstos se

---

<sup>1131</sup> *Vid.* Punto 4.1 del Capítulo anterior.

<sup>1132</sup> Artículo 18.1.a) del TRLIRNR.

<sup>1133</sup> Artículo 18.1.b) del TRLIRNR.

basen en la utilización de factores realizada por el establecimiento permanente y en el coste total de dichos factores.

Cuando no fuese posible utilizar este criterio, la imputación podrá realizarse según la relación en que se encuentre alguna de las siguientes magnitudes:

- cifra de negocios;
- costes y gastos directos;
- inversión media en elementos de inmovilizado material afecto a actividades o explotaciones económicas;
- inversión media total en elementos afectos a actividades o explotaciones económicas.

La normativa argentina no desarrolla claramente este tema, aunque en el Decreto reglamentario encontramos una mención. Concretamente establece que en cuanto a las retribuciones que se abonen por la explotación de marcas y patentes a sujetos del exterior, sólo será deducible el 80% de dichos gastos<sup>1134</sup>.

Esta limitación abarca tanto a las empresas independientes como a las empresas vinculadas. Respecto de estas últimas, dicha limitación será aplicable de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 de la ley, sobre el precio normal de mercado entre partes independientes.

#### **d) Relación entre empresas asociadas**

Dentro de este apartado también resulta interesante incluir una breve referencia a las relaciones entre empresas asociadas, ya que no es nada extraño que existan transferencias de DDEE entre empresas controlantes y controladas.

---

<sup>1134</sup> Artículo sin número a continuación del artículo 146 del Decreto 1344/97.

Este aspecto se encuentra regulado en el artículo 9 del CDIHA. El convenio comienza el artículo delimitando los supuestos en que existen empresas asociadas, y esto se produce cuando:

- a) una empresa de un Estado Contratante participa, directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa del otro Estado contratante;
- b) unas mismas personas participan, directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado.

Seguidamente, la norma convencional establece un supuesto especial de distribución de potestad tributaria para los supuestos de empresas asociadas, previamente definidas, cuando se cumplan una serie de requisitos.

Concretamente, cuando las relaciones comerciales o financieras de este tipo de empresas se enmarquen en condiciones diferentes a las establecidas por empresas independientes, los beneficios que una de las empresas habría obtenido de no existir estas condiciones pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición por el Estado en donde se encuentre.

Esta disposición intenta evitar que las empresas asociadas, aprovechándose de esa condición, dejen de percibir los ingresos que hubieran obtenido de ser empresas independientes y, por ende, dejen de ingresar los tributos que hubieran correspondido<sup>1135</sup>.

---

<sup>1135</sup> La *ratio legis* de esta norma se encuentra en la voluntad, por parte de las Administraciones tributarias, de evitar, generalmente en el seno de grupos multinacionales, la transmisión de bases imponibles entre distintas jurisdicciones mediante la determinación de precios de forma artificiosa distintos al valor de mercado (HORTALÁ I VALLVÈ, J., “Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 281).

Las rectificaciones en la contabilidad de las operaciones entre empresas asociadas que propone el primer punto, pueden originar supuestos de doble imposición económica<sup>1136</sup>. Esto es así ya que una empresa del Estado A, cuyas utilidades se ajusten al alza, se somete a imposición por una cuantía de utilidades que ya se han gravado como renta de la empresa asociada del Estado B.

De esta manera, el segundo apartado del artículo establece que, ante tales circunstancias, el Estado B procederá a practicar un ajuste apropiado para evitar la mencionada doble imposición<sup>1137</sup>. No obstante, este apartado no será aplicable cuando las utilidades de una empresa asociada se incrementen hasta un nivel que exceda del que hubieran alcanzado si se hubiese calculado correctamente en plena competencia<sup>1138</sup>.

A continuación nos adentraremos en el tratamiento del ordenamiento jurídico de los Estados Contratantes. La amplia terminología utilizada por el artículo 9 del convenio respecto a lo que debe entenderse por vinculación nos obliga a acudir a la normativa interna de los Estados Contratantes, en virtud de lo previsto en el artículo 3.2 del MCOCDE<sup>1139</sup>.

El Derecho español regula a las empresas asociadas en el artículo 15.2 del TRLIRNR y en el artículo 16.2 del TRLIS. En estos artículos se enmarcan todos los supuestos de empresas vinculadas<sup>1140</sup>, entre

---

<sup>1136</sup> Imposición de la misma renta en manos de personas diferentes.

<sup>1137</sup> Párrafo 5 de los comentarios al artículo 9 del MCOCDE.

<sup>1138</sup> Párrafo 6 de los comentarios al artículo 9 del MCOCDE.

<sup>1139</sup> HORTALÁ I VALLVÈ, J., *op. cit.*, p. 279.

<sup>1140</sup> a) una sociedad y sus socios; b) una sociedad y sus consejeros o administradores; c) una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores; d) dos sociedades que, a partir del artículo 42 del Código de Comercio reúnan las circunstancias requeridas para formar parte de un mismo grupo de sociedades; e) una sociedad y sus socios de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades (Art. 42 CCom); f) una sociedad y los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando



las cuales se encuentran las empresas asociadas que define el CDIHA. Decimos esto porque el TRLIS regula una serie de casos en los que existe una participación, directa o indirecta, en la dirección, control o capital de otra empresa.

Dentro de este artículo 16.2 del TRLIS se destaca particularmente la remisión al artículo 42 del Código de Comercio español, según el cual se presume que existe control cuando una sociedad (dominante) se encuentre en relación con otra sociedad (dependiente), en alguna de las siguientes situaciones:

- a) posea la mayoría de los derechos de voto;
- b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;
- c) pueda disponer, en virtud de acuerdos con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; y
- d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Respecto a la determinación de la renta, el propio artículo 16 faculta a la Administración a tomar el valor normal de mercado como tarifa de las transacciones efectuadas entre estos sujetos, es decir, como si se tratara de empresas independientes. Respecto al valor normal de mercado nos remitimos al punto 1.4.1.3.b).

---

ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades (Art. 42 CCom); g) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades (Art. 42 CCom); h) una sociedad y otra sociedad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25% del capital social; i) dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25% del capital social; j) una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero; k) una sociedad residente en el extranjero y sus establecimientos permanentes en territorio español; l) dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas; m) dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra.

Para la normativa argentina existe vinculación cuando una sociedad, fideicomiso o establecimiento estable, con residencia en el país<sup>1141</sup>:

- participa manera directa o indirecta en la dirección o control de otra sociedad o ente residente en el extranjero; o
- tiene poder de decisión para orientar las actividades de las mencionadas sociedades con residencia foránea. Dicha potestad puede provenir de su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole (contractuales o no).

Cuando se produce alguno de estos supuestos, la relación entre las partes vinculadas debe enmarcarse dentro de las prácticas normales del mercado entre empresas independientes<sup>1142</sup>.

Si no se cumpliera con la exigencia de empresas separadas e independientes, se reconsiderarán las transacciones celebradas entre ellas tomando como base las operaciones realizadas entre partes independientes. Las diferencias que resulten de estos ajustes se incluirán en las ganancias de fuente argentina de los residentes en el país controlante o en las de fuente extranjera atribuibles a sus establecimientos estables instalados en el exterior. A estos fines, será aplicable el artículo 15, que regula los métodos para determinar el precio normal de mercado<sup>1143</sup>.

El Decreto 649/97 considera sociedades controladas constituidas en el exterior, aquellas en las cuales personas de existencia visible o ideal, residentes en el país:

---

<sup>1141</sup> Artículo sin número a continuación del artículo 15 del Decreto 649/97.

<sup>1142</sup> Artículo 130, primer párrafo, del Decreto 649/97.

<sup>1143</sup> Artículo 130, segundo párrafo, del Decreto 649/97.

- sean propietarias, directa o indirectamente, de más del 50% de su capital; o
- cuenten, directa o indirectamente, con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios.

A esos efectos, también se tomará en cuenta lo previsto en el artículo incorporado a continuación del artículo 15<sup>1144</sup>.

Volviendo a la transacción de los DDEE, la disposición del artículo 9 del CDIHI le es perfectamente aplicable, ya que nada impide que dos empresas asociadas acuerden un tratamiento diferenciado para la transmisión de estos derechos.

Si en virtud dicho acuerdo obtienen una renta menor que la se hubiera percibido, la Hacienda del país donde debieron haberse obtenido estos beneficios adicionales podrá someterlos a imputación junto con los efectivamente percibidos<sup>1145</sup>.

#### **1.4.2. Rendimientos no provenientes de una actividad económica (ganancias de capital)**

##### **1.4.2.1. Introducción**

A diferencia del punto anterior, aquí trataremos los rendimientos derivados de la compra y venta no habitual de DDEE. Dentro de este apartado también se encuentran los elementos patrimoniales afectos a la actividad. De manera que estamos ante actividades esporádicas

---

<sup>1144</sup> Artículo 130, tercer párrafo, del Decreto 649/97.

<sup>1145</sup> En este mismo sentido, Gallego López afirma que "...en el caso de que el titular de los derechos de emisión, residente en España, los transmitiera, incumpliendo su obligación de valorarlos por el valor de mercado, a una empresa residente en otro Estado contratante de un Convenio para evitar la doble imposición, la Administración española podría corregir la base imponible de la empresa residente, realizando el correspondiente ajuste (conocido como ajuste primario)" (GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 120).

que ya no presuponen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Esta circunstancia nos lleva indefectiblemente al artículo 13 del CDIHA, que regula las ganancias de capital. Al igual que ocurre con los modelos internacionales, el CDIHA no contiene ninguna definición expresa sobre las ganancias de capital.

Los comentarios al MCOCDE simplemente se limitan a mencionar que las ganancias de capital son aquellas que se derivan de la enajenación de propiedad. El concepto de enajenación de propiedad, para dicho modelo, comprende la venta o permuta de bienes, la enajenación parcial, la expropiación, las aportaciones a sociedades, la venta de derechos, la donación e incluso la transmisión *mortis causa*<sup>1146</sup>.

La ausencia de una conceptualización clara nos obliga a recurrir a la definición interna de ganancia de capital dispuesta por cada Estado<sup>1147</sup>. En el caso de España, la norma regulatoria (el TRLIRNR) nos remite a la definición de la LIRPF, en donde reciben el nombre de ganancias y pérdidas patrimoniales<sup>1148</sup>.

Para la norma española, las ganancias de capital son aquellas variaciones del valor del patrimonio del contribuyente que se

---

<sup>1146</sup> Párrafo 5 de los comentarios al artículo 13 MCOCDE y párrafo 4 de los comentarios al artículo 13 del MCONU.

<sup>1147</sup> GALLEGO LÓPEZ, J.B., *op. cit.*, p. 100; CALDERÓN CARRERO, J.M., *ob. cit.*, p. 747.

<sup>1148</sup> Artículo 13.3 MCOCDE.

manifiestan con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que se califiquen como rendimientos<sup>1149</sup>.

De tal manera que los puntos centrales de las ganancias de capital están en la variación del valor del patrimonio y en la alteración del capital. Con lo cual, para constituir ganancia o pérdida sujeta al impuesto, ha de manifestarse como consecuencia de un cambio en los elementos que integran el patrimonio del contribuyente.

Este concepto de ganancia patrimonial evidencia su considerable amplitud, ya que tienen cabida en él cualquier enriquecimiento que se manifieste como consecuencia de cambios en la composición del patrimonio. Es por ello que el artículo 33.1 excluye esta categoría de rentas de modo expreso cuando coincida con la definición de rendimientos de la Sección III, Capítulo II, Título III de la LIRPF<sup>1150</sup>.

La última parte de la definición dota a esta categoría de renta de un carácter subsidiario, ya que si la ganancia puede calificarse como rendimiento, ya no puede tratarse de una ganancia o pérdida patrimonial. Lo curioso es que en el CDIHA otorga preferencia a las ganancias de capital y no a los beneficios empresariales<sup>1151</sup>. En virtud ellos, la regla de subsidiariedad es justamente la opuesta a la que ofrece la normativa española.

Lo que no define el convenio, y por ende debemos recurrir al ordenamiento jurídico de cada país, es el concepto de ganancia de capital, pero sí explica las reglas que resuelven los casos de dudas y

---

<sup>1149</sup> Artículo 33.1 LIRPF.

<sup>1150</sup> GARCÍA BERRO, F., *op. cit.*, p. 197/198.

<sup>1151</sup> El artículo 7.7 del CDIHA sostiene que “cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo”. Esta norma coincide exactamente con el artículo 7.7 del MCOCDE y el artículo 7.6 del MCONU. de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo.

preferencias. Con lo cual, si bien es cierto que el MCOCDE nos deriva a las definiciones del derecho interno de los Estados Contratantes, las reglas de preferencia y de subsidiariedad son las que dispone el propio tratado internacional.

De manera que si una renta pudiese encajar tanto en la categoría de beneficios empresariales como en la de ganancia de capital, habrá que ubicarla dentro de esta última, tal y como dispone el artículo 7.7 del CDIHA.

En el caso argentino, la imposición de las ganancias de capital merece una mención especial, ya que una cosa es el tratamiento fiscal de las personas físicas y otra muy diferente el de las personas jurídicas.

Para las personas físicas, este tipo de ganancias, denominadas “beneficios eventuales”, estaba gravado por la Ley 21.284 de 1976<sup>1152</sup>, que luego de varias modificaciones fue reemplazada por la Ley 23.259 de 1985<sup>1153</sup>, actualmente derogada. La primera norma se aplicaba al período que va del 16/4/1976 al 10/10/1985, y la segunda del 11/10/1985 al 17/12/1989. A partir de éste momento, el impuesto perdió su eficacia.

El tributo alcanzaba a los denominados “beneficios eventuales” de fuente argentina obtenidos por las personas físicas y las sucesiones indivisas. La definición de estas rentas se infiere del artículo 1 de la Ley 23.259 y consiste en cualquier ganancia o enriquecimiento eventual no alcanzado por los impuestos:

---

<sup>1152</sup> Ley 21.284 de 1976, sobre el Impuesto a los beneficios eventuales (BO, de 7 de abril de 1976). Texto ordenado por el Decreto 3984/77, Anexo VII (BO, de 13 de enero de 1978).

<sup>1153</sup> Ley 23.259 de 1985, sobre el Impuesto a los beneficios eventuales (BO, de 11 de octubre de 1985). Texto ordenado por el Decreto 466/86 (BO, de 8 de abril de 1986).

- a las ganancias;
- a determinados juegos de sorteo y concursos deportivos; o
- sobre las ventas, compras, cambio o permuta de divisas.

Tal como comentamos, este impuesto ya no está vigente, de manera que lo que respecta a los beneficios eventuales las personas físicas, sólo se encuentran alcanzados por la Ley 20.630 que regula el impuesto sobre los premios ganados en sorteos. Como su nombre lo indica, se trata de un tributo que comprende las ganancias patrimoniales derivadas de los juegos de azar<sup>1154</sup>.

Al respecto es importante aclarar que lo dispuesto por el artículo 13 del CDIHA en modo alguno puede interpretarse en el sentido de otorgar a un Estado el derecho a gravar las ganancias de capital si ese derecho no está establecido en su legislación nacional.

Con lo cual, las disposiciones del convenio no implican que la Argentina pueda alcanzar la ganancia de capital de las personas físicas, cuando normalmente no están gravadas en dicho país<sup>1155</sup>. Ya que, como dicen los comentarios del convenio, “corresponde al derecho interno de cada Estado contratante decidir si deben gravarse las ganancias de capital y, en caso afirmativo, de qué forma”<sup>1156</sup>. La única función del CDIHA es distribuir la potestad tributaria de los Estados Contratantes, en el caso que ambos países graven las mismas rentas.

En cuanto a las personas jurídicas, las ganancias patrimoniales o de capital estarían gravadas por la Ley 20.628 del impuesto a las ganancias. Según esta norma, las personas jurídicas deben tributar

---

<sup>1154</sup> Ley 20.630 de 1973, sobre el gravamen de emergencia de los premios ganados en sorteos (BO, de 22 de enero de 1974).

<sup>1155</sup> Decimos “normalmente” para dejar a salvo el gravamen sobre los premios ganados en sorteos.

<sup>1156</sup> Párrafo 3 de los comentarios al artículo 13 del MCOCDE y del MCONU.

por cualquier rendimiento, renta, beneficio o enriquecimiento, aunque no se cumplan los requisitos de periodicidad, y permanencia y habilitación de la fuente<sup>1157</sup>.

Las rentas de las personas jurídicas y auxiliares del comercio se encuentran básicamente reguladas en el Capítulo III, del Título I de la LIG, pero en ningún momento la normativa argentina define qué se entiende por ganancias de capital. Sólo podríamos decir que se trata de toda renta o enriquecimiento que perciben las empresas sin necesitar periodicidad de aquéllos o la permanencia de su fuente generadora.

Recapitulando este apartado, tenemos que el convenio no aporta ninguna definición expresa y concreta en cuanto a las ganancias de capital, sólo establece una regla preferente de estas rentas respecto a los beneficios empresariales<sup>1158</sup>.

De manera que a la hora de aplicar este artículo tendremos que recurrir a las pautas generales de los comentarios de los modelos de convenios (enajenación de propiedad), a la definición que ofrece la normativa española y al concepto que se infiere de la legislación argentina.

En este sentido, podemos concluir diciendo que las ganancias obtenidas por la venta esporádica de DDEE, tanto por personas físicas como jurídicas, ingresa dentro del concepto genérico de ganancias de capital de los modelos de convenios internacionales (se incluyen expresamente los derechos) y en las definiciones expresas e implícitas de la legislación de España y Argentina, respectivamente.

---

<sup>1157</sup> Requisitos éstos que sí se exigen para el resto de sujetos pasivos (Art. 2 de la Ley 20.628).

<sup>1158</sup> Artículo 7.7 del CDIHA.



#### **1.4.2.2. Distribución de la potestad tributaria**

Una vez comprendido el concepto de ganancia de capital del convenio y la inclusión de los DDEE, queda por determinar qué Estado Contratante tiene la competencia fiscal para alcanzar estas rentas.

A estos efectos habrá que ubicar los permisos de emisión dentro de alguno de los 5 apartados del artículo 13, aunque tampoco nos detendremos demasiado ya que es un tema que también hemos visto en el capítulo anterior al analizar el MCOCDE.

De los 5 apartados sólo podrían resultar aplicables el 2º (bienes muebles) o el 5º (ganancias de capital no incluidas). Atento a que el último apartado es una cláusula residual que comprende todos los bienes que no se encuadran en ninguno de los apartados anteriores, resulta aplicable el artículo 13.2.

A partir de esta norma, las ganancias provenientes de la enajenación de bienes muebles de un establecimiento permanente, situado en un Estado diferente al de la casa central, podrán gravarse en aquél (Estado de la fuente). En caso de no haber establecimiento permanente, serán gravadas en el Estado de residencia de la casa central.

Cuando las rentas se obtienen con la intervención de un establecimiento permanente la competencia tributaria no es exclusiva de un solo Estado, de manera que pueden llegar a producirse casos de doble imposición. Ante estas situaciones habrá que recurrir al artículo 23 del CDIHA para neutralizar sus efectos. Este artículo es analizado en el punto siguiente.

Si bien el artículo habla simplemente de “bienes muebles”, entendemos que los DDEE encajan perfectamente en el segundo apartado ya que los propios comentarios del MCOCDE afirman que este apartado comprende también los activos intangibles, como el fondo de comercio, las licencias de uso, etc.<sup>1159</sup>.

A diferencia de lo que ocurría con los modelos de convenios internacionales (Capítulo V), en el CDIHA esta discusión tiene poca trascendencia ya que tanto en el apartado 2 (bienes muebles) como en el 5 (otros bienes) el resultado es el mismo: las ganancias podrán ser alcanzadas por el Estado en el que se encuentre el establecimiento permanente.

El caso de las ganancias derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a la actividad económica, al igual que en el supuesto anterior, también irán por el apartado 2 del artículo 13. El supuesto sería bastante improbable<sup>1160</sup> pero imaginemos una empresa situada en Argentina, cuya actividad está ligada al suministro de energía eléctrica, y que también opera en España mediante un establecimiento permanente. Supongamos que en un momento dado decide vender parte de los DDEE que posee el establecimiento y que éste utiliza para el ejercicio normal de su actividad.

En este caso, la renta derivada de esta enajenación no habitual de permisos de contaminación puede someterse a imposición por el

---

<sup>1159</sup> Párrafo 24 de los comentarios al artículo 13 MCOCDE.

<sup>1160</sup> La improbabilidad estriba en el hecho de que hoy por hoy es complicado encontrar una casa matriz dedicada a la producción de energía que esté radicada en Argentina y que posea establecimientos permanentes en España. En todo caso, lo normal es que se produzca justamente lo contrario, pero en este supuesto el ejemplo no nos valdría para este caso ya que el establecimiento permanente estaría en un país sin restricciones y ya no estaría afecto a la actividad.

Estado donde se encuentra el establecimiento permanente, esto es España.

En definitiva, la renta derivada de la compra y venta aislada de DDEE, incluso aquellos afectos a la actividad, será gravada por el Estado de residencia de la casa central aunque sean obtenidas en otro Estado. Pero si en este otro Estado existe radicado un establecimiento permanente, las rentas podrán ser gravadas por éste último.

### **1.4.3. Métodos para evitar la doble imposición**

El articulado del convenio contiene numerosos supuestos en que la tributación puede resultar compartida por ambos Estados Contratantes. Dentro de estos supuestos se encuentran justamente los beneficios empresariales del artículo 7 y las ganancias patrimoniales del artículo 13.2, que veíamos en los puntos anteriores.

Atento que el objetivo de los CDIs consiste en evitar la doble imposición internacional, es menester que el tratado incluya algún precepto para solucionar los posibles solapamientos de potestad tributaria. Esta cláusula se encuentra en el artículo 23 del CDIHA.

#### **a) España**

En el caso español, se distinguen dos mecanismos: uno para neutralizar la doble imposición jurídica y otro para eliminar la doble imposición económica (para los dividendos). Con el objeto de no desviarnos de nuestro objeto de estudio, nos limitaremos únicamente al primer mecanismo.

A tales fines, cuando un residente de España obtenga rentas que puedan ser gravadas en la Argentina, se permitirá deducir del

impuesto sobre las rentas un importe igual al impuesto efectivamente pagado en aquel país (doble imposición jurídica).

Se entiende que un impuesto efectivamente pagado en la Argentina es el que se habría abonado de acuerdo con el CDIHA de no haberse reducido o exonerado en aplicación de normas argentinas para promover la inversión.

La cláusula recoge el método de imputación limitado, ya que la deducción aplicable no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio (antes de la deducción), correspondiente a las rentas obtenidas en la República Argentina.

Este artículo consagra la medida *tax sparing* a favor de la Argentina, a efectos de no neutralizar las medidas adoptadas en este país en aras de fomentar la inversión y el desarrollo.

España ha establecido métodos para evitar tanto la doble imposición jurídica como la económica. Para ello recurrió al método de exención y al de imputación, los cuales se encuentran regulados en el articulado del TRLIS.

- Método de exención:

El artículo 22 del TRLIS exime de pagar impuesto a las rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera de España, de manera que, en estos supuestos, España cede su potestad tributaria. No obstante, para ello deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) que la renta obtenida por el establecimiento permanente proceda de la realización de actividades empresariales en el extranjero (art. 21 TRLIS);

- b) que el establecimiento permanente haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto; y
- c) que dicho establecimiento no se halle situado en un paraíso fiscal.

En líneas generales, se considera que una entidad opera mediante un establecimiento permanente en el extranjero cuando, por cualquier título, disponga fuera del territorio español, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que realice toda o parte de su actividad.

- Método de imputación:

El artículo 31 del TRLIS consagra el sistema de imputación limitada por países. En primer lugar, permite que en los casos en que la base imponible del sujeto pasivo se integre con rentas obtenidas y gravadas en el extranjero, se deduzcan de la cuota íntegra la menor de las dos cantidades siguientes:

- a) el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por un gravamen de idéntica o análoga naturaleza al Impuesto sobre Sociedades (IS);
- b) el importe de la cuota íntegra que correspondiera pagar en España por las mencionadas rentas de haberse obtenida en territorio español.

Al imponer estas restricciones vemos que España también ha optado por el sistema de imputación limitado, y no íntegro. Asimismo, el importe del impuesto pagado en el extranjero formará parte de la base imponible, aún cuando no fuese plenamente deducible.

Por otra parte, la normativa opta por la modalidad de imputación “por país”, ya que establece que la deducción se realizará agrupando las rentas procedentes de un mismo país.

## **b) Argentina**

El artículo 23.2 comienza diciendo que en el caso de Argentina la doble imposición se evitará de acuerdo con las limitaciones de su legislación interna vigente<sup>1161</sup>. No obstante, a continuación se aclara

---

<sup>1161</sup> La potestad impositiva es un atributo propio de la soberanía de los Estados. Pero el uso simultáneo de dicha facultad, utilizando criterios de sujeción yuxtapuestos, puede llevar a un solapamiento de la competencia tributaria de países. A efectos de paliar este fenómeno de alcance internacional, la legislación argentina prevé una serie de disposiciones unilaterales.

El artículo 168 de la LIG dispone que los residentes en el país que perciban ganancias de fuente extranjera, pueden deducir un crédito por los gravámenes análogos efectivamente pagados en el país de la fuente, incluso aunque fueran determinados de forma presunta.

Este crédito fiscal en ningún caso podrá superar el límite determinado por el monto de ese impuesto. El propio artículo 1 de la ley determina que el límite está dado por el incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia obtenida en el exterior. De manera que para que parte de esas rentas sean gravadas en Argentina, la alícuota del gravamen extranjero deberá ser inferior al 35%. De ser igual o superior a ese porcentaje, no quedará remanente por gravar en territorio nacional.

En este precepto hay dos conceptos claves: la analogía de gravámenes y la efectividad del pago. Se consideran impuestos análogos los que graven las ganancias comprendidas en el artículo 2º de la LIG. Se reputan efectivamente pagados los tributos ingresados a los fiscos extranjeros, siempre que dicho pago esté respaldado por los respectivos comprobantes.

Asimismo, los residentes en el país que sean titulares de los establecimientos estables, computarán los impuestos análogos efectivamente pagados por dichos establecimientos sobre el resultado impositivo de los mismos, que aquellos hayan incluido en sus ganancias de fuente extranjera.

Por otra parte, el reglamento establece que cuando se trate de accionistas residentes en el país de sociedades radicadas en el extranjero, el crédito fiscal también comprende los tributos afrontados por estas últimas, ya sea en forma directa o indirectamente como consecuencia de su inversión en otra sociedad del exterior.

A los requisitos señalados en el caso anterior (analogía de gravámenes y efectividad del pago), se le sumarán una serie de pautas según exista participación directa o indirecta por parte de la sociedad inversora.

a) participación directa

- la calidad de residente en el país.

- que la participación accionaria corresponda a una sociedad constituida, radicada o ubicada en el exterior y que el porcentaje atribuible a dicha participación no sea inferior al 25 % del capital social de la misma.

que la Argentina reconocerá a los sus residentes el monto del impuesto efectivamente abonado en España, en concepto de crédito contra el impuesto a las ganancias.

El importe se basará en la suma del impuesto efectivamente pagado en España. En ningún caso el crédito fiscal excederá del monto previsto en la legislación argentina para el año fiscal.

## **2. Convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito entre España e Italia**

### **2.1. Aclaraciones previas**

A diferencia de lo que ocurría con el CDIHA, en el caso del CDIHI estamos ante un tratado firmado entre dos países desarrollados y, por ende, sometidos a las restricciones ambientales impuestas por el

---

- la documentación que acredite el pago del impuesto análogo y que el mismo corresponde, según la respectiva participación accionaria, al pago de dividendos en efectivo o en especie distribuidos por la sociedad del exterior, extendida por la respectiva autoridad fiscal competente.

- que el gravamen computable como crédito estuviere pagado dentro del plazo de vencimiento fijado para la presentación de la declaración jurada. En caso contrario, podrá ser computado en el período en que se produzca el pago.

b) participación indirecta

- requisitos enunciados en el apartado anterior.

- el accionista residente en el país deberá acreditar que su participación en el capital social de la sociedad emisora de sus acciones, durante el año fiscal inmediato anterior al pago de los dividendos y hasta la fecha de su percepción, supera el 15 % del capital social de la sociedad en la que aquélla realizó su inversión.

- que la sociedad receptora de la inversión no se encuentra radicada en una jurisdicción categorizada como de baja o nula tributación.

A efectos de determinar la ganancia de fuente extranjera los accionistas residentes en el país deberán considerar el importe de los dividendos efectivamente cobrados, incrementado en los gravámenes nacionales análogos efectivamente pagados en los países en que se obtuvieron las ganancias.

En virtud de lo expuesto, la norma argentina se vale del método de la imputación limitada para paliar la doble imposición internacional. Ello es así ya que grava al contribuyente por su renta mundial (país de la residencia), admitiendo que éste deduzca el impuesto extranjero análogo y efectivamente pagado en el Estado donde percibió las rentas (país de la fuente), en relación con el mismo hecho. Su carácter limitado está dado porque la imputación de los tributos extranjeros no puede exceder del importe de la cuota que habría de pagarse en su territorio si las rentas fueran obtenidas en el país.

PK. En virtud de ello, en este apartado las instalaciones contaminantes que necesitan los DDEE para desarrollar su actividad pueden estar radicadas tanto en España como en Italia.

Tal y como explicamos anteriormente, el objeto de analizar el convenio hispano-argentino e hispano-italiano consiste en comparar dos acuerdos concretos suscritos por España. De todos los CDI concluidos por España elegimos estos dos, ya que a partir de las diferentes realidades que presentan Argentina e Italia es posible contrastar dos estructuras normativas dispares.

La diferencias que enmarcan esta comparación se reflejan principalmente en dos aspectos: en primer lugar, respecto al modelo de convenio elegido para la redacción del tratado bilateral, opción que depende fundamentalmente de la estrategia tributaria que adopten los Estados Contratantes; en segundo lugar, en relación a las diferencias fiscales que se pueden presentar por el hecho que Italia, al igual que España, es un país con limitación de emisiones por el PK, mientras que Argentina no.

## **2.2. Introducción**

En repetidas ocasiones hemos visto que existen dos grandes modelos de convenios internacionales para neutralizar los efectos de la doble imposición: el MCONU y el MCOCDE. La principal diferencia que presentan estos dos modelos, pero no la única, está en la elección del Estado donde se gravan las rentas: en el país de la residencia (MCOCDE) o en el país de la fuente (MCONU).

Tanto España<sup>1162</sup> como Italia<sup>1163</sup> poseen una amplia red de convenios para evitar los efectos de la doble imposición internacional

---

<sup>1162</sup> Hoy en día España ha suscrito 71 CDIs. *Vid.* nota 961.



y, a diferencia del caso de Argentina, al tratarse de países desarrollados, normalmente han seguido al MCOCDE.

CDIHI fue suscrito Roma el día 8 de septiembre de 1977. España lo aprobó mediante el Instrumento de Ratificación de 10 de abril de 1978 (BOE N° 306, de 22 de diciembre de 1980). Italia lo ratificó mediante la Ley 663, de 29 de septiembre (GU N° 292, del 23 octubre de 1980), y entró en vigor el 24 de noviembre de ese mismo año.

### **2.3. Cuestiones generales**

De la misma manera que hicimos con el CDIHA, antes de estudiar la distribución de la competencia tributaria que propone el convenio es necesario realizar un análisis previo. A tales efectos, primeramente nos detendremos a examinar una serie de cuestiones generales que son fundamentales de cara a la aplicación del convenio.

Estas cuestiones son las desarrolladas en los primeros cinco artículos del CDIHI: los ámbitos personal y material del convenio; las definiciones generales; el concepto de residencia y el de establecimientos permanentes.

---

<sup>1163</sup> Actualmente Italia ha suscrito 81 CDIs, y están en proceso de negociación los tratados bilaterales con Kenia y el Congo. Los acuerdos suscritos por Italia son los siguientes: Albania, Alemania, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, China, Chipre, Corea del Sud, Costa, de Marfil, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Estonia, España, Etiopía, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Israel, Japón, Kazajistán, Kuwait, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malaysia, Malta, Marruecos, Mauritania, México, Mozambique, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, Senegal, Siria, Singapur, Sri Lanka, Estados Unidos, Sud África, Suecia, Suiza, Tanzania, Tailandia, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Unión Soviética, Uzbekistán, Venezuela, Vietnam, Yugoslavia, Zambia. Esta información se recoge de las cifras oficiales de la página oficial de Hacienda con fecha de 17 de enero de 2011: <http://www.amministrazioneaziendale.com/convenzioni-per-evitare-doppie-imposizioni.php>.

### **2.3.1. Ámbito subjetivo**

Como ocurre normalmente, el CDIHI consagra su primer artículo a delimitar el abanico de personas que se encuentran alcanzadas por su contenido. Esta norma suele repetirse en la mayoría de los convenios y modelos de convenio, ya que normalmente sus disposiciones se aplicarán a las personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes. Más adelante veremos por qué decimos “normalmente”.

La norma habla de las personas que residan en los Estados Contratantes, con lo cual, su contenido se complementa con el artículo 3.1.e), que define a las personas, y con el 4, que aclara el concepto de domicilio fiscal (residencia).

La regla general de esta disposición es que el CDIHI se aplica a todas las personas residentes en alguno de los Estados firmantes. No obstante, al igual que ocurre en el CDIHA, existen algunas excepciones en las que se reemplaza el concepto residencia por el de nacionalidad. Nos referimos concretamente a los artículos 23 y 25 del convenio.

En el artículo 23 se consagra la regla de no discriminación entre los nacionales de los países firmantes, sean o no residentes de uno de dichos Estados. Así las cosas, el ámbito de aplicación de esta norma va más allá de los límites fijados por la regla del artículo 1º.

Por su parte, el 25 establece el intercambio de toda la información que sea necesaria para aplicar las disposiciones del convenio. En su primer apartado aclara expresamente que dicho intercambio no se encuentra limitado por el ámbito personal de aplicación del artículo 1 del CDIHI.

Finalmente, a diferencia del CDIHA, en el convenio con Italia no se contempla la excepción que aquél incorpora en el procedimiento amistoso. El CDI hispano-argentino regula este procedimiento en su artículo 25, en cuyo apartado 1 otorga legitimación activa no sólo a los residentes sino también a los nacionales de cualquiera de los Estados Contratantes. Por el contrario, el artículo 24 del CDIHI, que se regula dicha cuestión, sólo otorga legitimación a los residentes.

### **2.3.2. Ámbito material**

El segundo artículo del convenio describe los tributos comprendidos, es decir, los gravámenes cuya doble imposición se pretende neutralizar. Concretamente, se habla de los impuestos sobre la renta exigibles por cada uno de los Estados Contratantes, de sus subdivisiones políticas o administrativas y de sus entidades locales, cualquiera que sea el sistema de su exacción<sup>1164</sup>.

Tal y como está redactado, el artículo parece definir no sólo el aspecto material de aplicación sino también el parte del ámbito personal. Esto lo decimos porque si bien los sujetos pasivos se encuentran definidos en el artículo 1, este artículo delimita a los sujetos activos de la relación tributaria: los Estados, sus subdivisiones políticas o administrativas y sus entidades locales.

En el punto 2 se define el impuesto sobre la renta como aquellos que gravan la totalidad de la renta o alguna categoría de ella, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, sobre el importe total de los sueldos o salarios pagados por las empresas, así como los

---

<sup>1164</sup> A diferencia de lo que ocurre con el CDIHA, el convenio hispano-italiano hace mención expresa a las “subdivisiones políticas o administrativas y de sus entidades locales” de los Estados Contratantes. Siguiendo de esta manera las disposiciones del MCONU y del MCOCDE. No obstante, no creemos que ello implique un ámbito de aplicación más acotado en el convenio con Argentina, sino que la redacción de este último fue menos precisa.

impuestos sobre las plusvalías<sup>1165</sup>. Acto seguido, el CDIHI realiza una lista flexible de los impuestos concretos que alcanzan sus disposiciones:

- Los impuestos italianos mencionados expresamente por el tratado bilateral son los siguientes:

- el impuesto sobre la renta de las personas físicas (*Imposta sul reddito delle persone fisiche*);
- el impuesto sobre la renta de las personas jurídicas (*Imposta sul reddito delle persone giuridiche*);
- el impuesto local sobre las rentas (*Imposta locales sul reddito*); inclusive si se perciben mediante retención en la fuente.

Hasta el año 1986 el impuesto sobre la renta de las personas físicas y de las personas jurídicas estaba regulado por el DPR N° 597/1973<sup>1166</sup> y N° 598/1973<sup>1167</sup>, respectivamente. Con la confección del TUIR<sup>1168</sup>, que vino a unificar la imposición sobre la renta en Italia, estos gravámenes pasaron a regularse en el Título I y II de dicha normativa, respectivamente.

En último lugar, la norma también menciona el impuesto local sobre las rentas. Este impuesto consistía en un tributo de carácter real que gravaba los rendimientos inmobiliarios, de capital y económicos obtenidos por los contribuyentes dentro de las administraciones locales del Estado. Este gravamen estuvo vigente

---

<sup>1165</sup> Aquí se siguen las líneas generales fijadas para todos los convenios, incluyendo también el CDIHA.

<sup>1166</sup> DPR N° 597, de 29 de septiembre de 1973, sobre las instituciones y disciplina del impuesto sobre la renta de las personas físicas (GU N° 268, de 16 de octubre de 1973).

<sup>1167</sup> DPR N° 598, de 29 de septiembre de 1973, sobre las instituciones y disciplina del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas (GU N° 268, de 16 de octubre de 1973).

<sup>1168</sup> Texto Único 917, de 22 de diciembre de 1986, de los Impuestos sobre la renta (GU N° 302, de 31 de diciembre 1986).

hasta el día 1 de enero de 1998 y se encontraba regulado en el Título III del TUIR<sup>1169</sup>. A partir de ese momento quedó abolido por el artículo 36.1.b) del DL 446/1997<sup>1170</sup> y fue reemplazado por el impuesto regional sobre la actividad productiva, está regulado en el Título I (Art. 1 al 45) de dicha norma.

- Los impuestos españoles que recoge el convenio son textualmente los siguientes:

- el impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas;
- el Impuesto sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas;
- los siguientes impuestos a cuenta: las Contribuciones Territoriales Rústica y Urbana; el Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal; el Impuesto sobre las Rentas del Capital y el Impuesto sobre las Actividades y Beneficios Comerciales e Industriales.
- el Canon de superficie y el Impuesto sobre la Renta de Sociedades, regulados por la Ley de 27 de junio de 1974, aplicable a las empresas que se dedican a la investigación y explotación de hidrocarburos;
- los impuestos locales sobre la renta.

Por la parte española, luego de las importantes reformas fiscales producidas a partir del año 2004, el IRPF se encuentra regulado en la Ley 35/2006<sup>1171</sup> y en el RD 439/2007<sup>1172</sup>; y el IS en el RDL

---

<sup>1169</sup> Anteriormente estaba regulado en el DPR 599/1973, de 29 de septiembre, sobre las instituciones de los impuestos locales sobre la renta (GU N° 268, de 16 de octubre de 1973).

<sup>1170</sup> Decreto Legislativo 446/1997, de 15 de diciembre, en el que se regulan, entre otras cuestiones fiscales, el impuesto regional sobre la actividad productiva (GU N° 298, de 23 de diciembre de 1997).

<sup>1171</sup> Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE N° 285, de 29 de noviembre de 2006).

4/2004<sup>1173</sup> y en el RD 1777/2004<sup>1174</sup>. Estos son los dos primeros tributos que aparecen en la lista del CDIHI.

En tercer punto de la lista hace referencia a una serie de tributos agrupados bajo el título de “impuestos a cuenta”. Dentro de este epígrafe se mencionan, en primer lugar, las Contribuciones Territoriales Rústicas y Urbanas. Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 39/1988, la implantación del Impuesto sobre los Bienes Inmuebles ha supuesto la supresión de estas contribuciones. La lista de este tercer punto continúa con una serie de rentas (sobre el trabajo personal, el capital y las actividades económicas) que actualmente se encuentran englobadas por el IRPF y el IS.

El punto 4 habla del canon de superficie regulado por la Ley 21/1974, de 27 de junio de 1974, del Sector de Hidrocarburos. Esta norma fue sustituida por la Ley 34/1998<sup>1175</sup>.

El último punto hace referencia a los tributos locales sobre la renta. Actualmente no existe ningún tributo local de estas características. El único gravamen local que se le podría aproximar es el Impuesto sobre las Actividades Económicas, pero su hecho imponible no grava las rentas derivadas de estas actividades sino su mero ejercicio.

La equivalencia normativa que hemos realizado tiene mucha importancia de cara al último párrafo del artículo 2. Esta norma aclara que el convenio se aplicará igualmente a los impuestos de

---

<sup>1172</sup> RD 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE N° 78, de 31 de marzo de 2007).

<sup>1173</sup> RDL 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE N° 61, de 11 de marzo de 2004).

<sup>1174</sup> RD 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (BOE N° 189, de 6 de agosto de 2004).

<sup>1175</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que aún se encuentra vigente (BOE N° 241, de 8 de octubre de 1998).

naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a su firma y que se añadan a los actuales o les sustituyan.

Esta disposición se conoce como “cláusula de vigencia permanente”. A partir de ella, en el caso español tenemos que agregar el IRNR, regulado en el RDL 5/2004<sup>1176</sup> y en el RD 1776/2004<sup>1177</sup>; y en el caso italiano, el ya mencionado TUIR.

El problema que presenta la cláusula de vigencia permanente es que ni el CDIHI ni los modelos de convenios especifican qué debe entenderse por “impuestos de naturaleza idéntica o análoga”.

En el ámbito interno español el TRLIS se erige como una herramienta útil a la hora de entender esta cláusula<sup>1178</sup>. De dicha norma se desprenden una serie de criterios que permiten establecer la comparación sustancial de impuestos<sup>1179</sup>:

- la función que desempeñan los tributos en su sistema fiscal;
- su similitud estructural y de naturaleza;
- la incidencia económica de cada uno de ellos con independencia de su denominación;

---

<sup>1176</sup> RDL 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (BOE N° 62, de 13 de marzo de 2004).

<sup>1177</sup> Hasta no hace mucho tiempo la regulación del impuesto sobre la renta distinguía entre un régimen personal aplicable a los sujetos pasivos residentes en territorio español, y un régimen de obligación real para los contribuyentes no residentes en España. Con lo cual, tanto la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) como la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) contemplaban un impuesto sobre la renta desdoblado, con una naturaleza y estructuras bien diferenciadas. Esta situación cambió con la ley 41/1998, actualmente refundida mediante el RDL 5/2004, a partir del cual el impuesto sobre la renta de no residentes se regula de manera independiente.

<sup>1178</sup> Artículo 21 del TRLIS.

<sup>1179</sup> *Vid.* MARTÍN JIMENEZ, A., “Comentarios al artículo 2”, en “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004, p. 163.

- el carácter sustitutivo que puede desempeñar un tributo en relación con el papel con el que opera el otro en su respectivo ordenamiento tributario;
- el examen del objeto imponible de los impuestos concurrentes.

Estos criterios nos dan algunas pautas útiles, pero lo más adecuado para identificar a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga es recurrir a la definición general del artículo 2.2 del CDIHI.

### **2.3.3. Definiciones generales**

Todo CDI necesita establecer definiciones generales que pongan en común aquellos conceptos indispensables para su correcta aplicación. El CDIHI no es la excepción y, por ello, también se dedica a fijar algunos conceptos fundamentales de aplicación directa. Conceptos que el tratado consciente prescindir cuando del contexto se infiera una interpretación diferente.

Como normalmente ocurre, estas definiciones se encuentran enlistadas en el artículo 3 del CDIHI. Entre ellas, las que nos interesan destacar son las siguientes:

- persona: Comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas.

Como vemos, el convenio adopta una concepción sumamente amplia del concepto de persona, ya que comprende, además de las personas físicas, a las personas jurídicas e incluso a otras agrupaciones de personas, como pueden ser los fondos comunes de inversión.

- sociedad: significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que sea considerada persona jurídica a efectos impositivos.



- nacionales: todas las personas físicas que posean la nacionalidad de un Estado Contratante, y aquellas las personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones constituidas según la legislación vigente de uno de los Estados Contratantes.
- autoridad competente: en España es el Ministro de Hacienda u otra autoridad debidamente autorizada por el Ministro, y en Italia el Ministro de Hacienda.

A diferencia de lo que ocurre con el CDIHA este convenio contempla un segundo punto con una cláusula de definiciones residuales. En este apartado se aclara que cualquier expresión no definida en el CDIHI tendrá el significado que le atribuya la legislación del Estado que pretenda aplicarlo, salvo que de su contexto se infiera una interpretación diferente.

#### **2.3.4. Residencia**

Tal y como venimos reiterando, la delimitación de la residencia de los sujetos es fundamental en la distribución de la potestad tributaria entre los países firmantes, ya que es el punto de partida para establecer el Estado de residencia y el de la fuente<sup>1180</sup>. De allí la trascendencia de este artículo y de la normativa interna de los Estados Contratantes que trata esta cuestión.

El artículo 4 del convenio, titulado “domicilio fiscal”, desarrolla el concepto de residencia. A tales efectos, considera a una persona residente de un Estado Contratante cuando, en virtud de la legislación de dicho país, esté sujeta a imposición por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. De la definición se excluyen expresamente las

---

<sup>1180</sup> LEO, M., “Le imposte sui redditi nel testo unico”, T. 1, Ed. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 25

personas que estén sujetas a imposición sólo por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado<sup>1181</sup>.

Consciente de los problemas que pueden producirse, el acuerdo incorpora un segundo punto con una serie de pautas jerarquizadas para solucionar los problemas de doble residencia.

#### **a) Personas físicas**

En el caso de las personas físicas se aplicarán las siguientes reglas:

- la persona será considerada residente del Estado Contratante donde tenga una vivienda permanente a su disposición;
- si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados Contratantes se considerará residente del Estado en el que tenga el centro de intereses vitales, es decir, las relaciones personales y económicas más estrechas;
- si no pudiera determinarse el lugar donde tiene el centro de sus intereses vitales o no tuviera vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados Contratantes, se considerará residente del Estado Contratante donde viva habitualmente;
- si viviera de manera habitual en ambos Estados Contratantes o en ninguno de ellos, se considerará residente del Estado Contratante del que sea nacional; y,
- finalmente, si fuera nacional de ambos Estados o de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados Contratantes resolverán la situación de común acuerdo.

---

<sup>1181</sup> En el CDIHA también se incluyen en esta excepción las rentas derivadas del patrimonio que los sujetos posean en su país de residencia (Art. 4.1, *in fine*, CDIHA).

La residencia de las personas físicas se trata en el artículo 9 de la LIRPF, en España, y en el artículo 2 del TUIR, en Italia. Se pueden advertir diferencias entre la normativa interna de cada uno de los Estados Contratantes, no obstante, la idea central es coincidente.

La ley española se basa inicialmente en el lugar donde se encuentra el núcleo principal o la base de los intereses económicos del individuo. En segundo término, la norma presupone que el contribuyente tiene residencia habitual en España, cuando allí resida habitualmente el cónyuge y los hijos menores a cargo de aquél.

En el caso de Italia, el TUIR establece una regla general y luego una especial para los paraísos fiscales. La regla general se compone de dos criterios: uno de carácter objetivo y el otro de naturaleza temporal.

Concretamente, la normativa considera residentes en territorio italiano a las personas físicas que se encuentren inscritas en el Registro de Población Residente (objetivo) durante la mayor parte del tiempo del período fiscal (temporal) o que posean en Italia un domicilio o residencia en el sentido descrito en el Código Civil (objetivo)<sup>1182</sup>.

El elemento temporal no presenta mayores complicaciones ya que al hablar de más de la mitad del año, habrá que ver si el contribuyente ha estado más de 182 o 183 días, según se trate o no

---

<sup>1182</sup> La inclusión de preceptos de la normativa privada se justifica en la coincidencia de intereses de estas dos ramas del derecho en la búsqueda de una conexión entre el sujeto y el espacio, conexión que normalmente consta de una aspecto económico y patrimonial, por un lado, y de una aspecto social, por el otro (MARINO, G., “La residenza”, en “Diritto tributario internazionale” (Coord.: Victor Ukcmar), 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 2005, p. 349).

de un año bisiesto, inscriptas en el mencionado Registro. Este período puede que incluso no sea continuado<sup>1183</sup>.

Además del elemento temporal, el convenio incorpora dos elementos objetivos: el Registro de Población Residente y la remisión a conceptos del Código Civil italiano.

Por lo que respecta al Registro<sup>1184</sup>, su utilización se ha interpretado como un instrumento sencillo que permite identificar a los ciudadanos italianos que mantienen o han mantenido su residencia o su domicilio en Italia<sup>1185</sup>. Este criterio tiene un carácter puramente formal ya que la inscripción no representa necesariamente la realidad fáctica del contribuyente. De hecho, al tratarse de una presunción *iuris tantum* puede ser desvirtuada por prueba en contrario<sup>1186</sup>. Esta presunción se mantiene a pesar de que:

- el contribuyente esté en el extranjero ejerciendo ocupaciones temporales o por duración limitada; y
- que exista una cancelación en el Registro, siempre que el sujeto mantenga en Italia su vivienda habitual, el centro principal de sus negocios o intereses<sup>1187</sup>.

Además del Registro de la Población Residente tenemos el Registro de los Italianos Residentes en el Extranjero, cuya inscripción implica

---

<sup>1183</sup> LEO, M., *op. cit.*, p. 20.

<sup>1184</sup> El Registro de la Población Residente se encuentra regulado en la Ley 470, de 27 de octubre de 1988 y por el Decreto del Presidente de la República N° 323, de 6 de septiembre de 1989.

<sup>1185</sup> CM N° 304, de 2 de diciembre de 1997.

<sup>1186</sup> Más allá de algunos debates doctrinales, la Corte de Casación ha confirmado que la mera inscripción en el Registro, durante el tiempo que establece la norma, determina la sujeción pasiva del contribuyente respecto al impuesto sobre la renta (Sentencias 1215/1998; 1783/1999 9319/2006).

<sup>1187</sup> LEO, M., *op. cit.*, p. 23; PIAZZA, M., *op. cit.*, p. 84.

la ausencia de residencia del contribuyente en territorio italiano. Se admite prueba para acreditar lo contrario<sup>1188</sup>.

Mediante decreto presidencial se aclara que los ciudadanos residentes en el extranjero en cumplimientos de labores y servicios de carácter público se consideran residentes a efectos impositivos<sup>1189</sup>.

El segundo elemento objetivo es una remisión al concepto de residencia y domicilio del Código Civil italiano. Con lo cual, la primera conclusión que destacamos es que la noción de residencia y domicilio del TUIR es más amplia que la que ofrece el Derecho Privado<sup>1190</sup>.

El Código Civil establece que el domicilio<sup>1191</sup> de una persona es el lugar donde posee la sede principal de sus negocios e intereses, y la residencia aquella que constituya la vivienda habitual del sujeto<sup>1192</sup>. Asimismo, se considera que existe vivienda habitual cuando la persona mantiene en Italia el núcleo familiar y las relaciones sociales. De manera que cuando el Código Civil se refiere a los intereses comerciales debe entenderse en el sentido más amplio posible<sup>1193</sup>.

Esta referencia a la norma civil nos acerca un poco más a los criterios del CDIHI y de los modelos de convenios. Si bien no se establece un orden de preferencia, el Código Civil nos habla, en primer lugar, del lugar relacionado con sus negocios e intereses, que podemos relacionar con el centro de sus intereses vitales (CDIHI) o

---

<sup>1188</sup> Esto suele ocurrir con los supuestos de simulación, cuando el contribuyente mantiene su residencia de hecho en Italia durante la mayor parte del año calendario.

<sup>1189</sup> Artículo 2 del Decreto del Presidente de la República N° 597 de 1993.

<sup>1190</sup> LEO, M., *op. cit.*, p. 20.

<sup>1191</sup> En el Derecho tributario italiano el domicilio no debe confundirse con el domicilio fiscal (MARINO, G., "La residenza", en "Diritto tributario internazionale" (Coord.: Victor Ukcmar), 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 2005, p. 349 – Nota 5).

<sup>1192</sup> Artículo 43 del Código Civil italiano.

<sup>1193</sup> CM N° 304/E, de 2 de diciembre de 1997.

con el lugar donde se encuentra el núcleo principal o la base de los intereses económicos del individuo (TRLIRPF). Por otra parte, cuando habla de la residencia propiamente dicha, la norma italiana se refiere a la vivienda habitual, criterio que se acerca mucho a los del CDIHI, adoptados a su vez de los modelos de convenios.

Más allá del postulado general, tenemos la regla especial del artículo 2.2bis que consagra una presunción *iuris tantum*. El artículo 2.2bis del TUIR tiene su antecedente en el artículo 10 de la Ley 448/1998, de 23 de diciembre (recogido a su vez por la CM N° 140/E, de 24 de junio de 1999).

Este apartado también considera residentes en Italia a los ciudadanos italianos que se han dado de baja en el Registro de Población Residente y se trasladen a un país catalogado como paraíso fiscal. No obstante, se permite ofrecer prueba en contrario.

Por su parte, la CM N° 140/E establece una serie de circunstancias acreditativas del cambio de residencia a un paraíso fiscal. Los puntos de conexión con los países de fiscalidad privilegiada son a grandes rasgos los siguientes:

- la residencia del núcleo familiar;
- la inscripción de los hijos en su sistema escolar;
- gozar de un contrato de trabajo o ejercer cualquier actividad económica con carácter permanente;
- la ejecución de contratos para la compra o arrendamiento de inmuebles residenciales, aptos para la vivienda en dicho país; y
- el pago de facturas de servicios públicos; movilizaciones dinerarias.

## **b) Personas jurídicas**

El tercer punto del artículo 4 del CDIHI se refiere a la residencia de las personas jurídicas. Los supuestos de doble residencia, producidos por la aplicación de la normativa interna de cada Estado Contratante, se resolverán a favor del Estado en el que se encuentre la sede de dirección efectiva de la persona jurídica. Para determinar la residencia de las personas jurídicas debemos acudir a la LIS, en España, y al TUIR, para el caso de Italia.

Según el artículo 8 de la normativa española, una persona jurídica es residente en España cuando:

- se hubieran constituido conforme a las leyes españolas;
- tengan su domicilio social en territorio español; o,
- tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

En el caso italiano, la residencia fiscal de las personas jurídicas está regulada en el artículo 5.3.d) y en el 73.3 del TUIR en donde básicamente se reproducen los mismos criterios.

El legislador italiano recurre nuevamente al elemento objetivo y al temporal. Ambos artículos consideran residentes en territorio italiano las sociedades y los entes que tengan en Italia la sede legal, la sede administrativa o el objeto principal de su actividad (objetivo) durante la mayor parte del período impositivo (temporal). A este precepto genérico, el artículo 73 agrega una presunción *iuris tantum* respecto a los fideicomisos<sup>1194</sup>.

---

<sup>1194</sup> Concretamente, esta norma también considera residentes en Italia, salvo prueba en contrario, a los fideicomisos y entidades similares creadas en países catalogados como paraísos fiscales en las que al menos uno de sus fundadores o beneficiarios tenga su residencia fiscal en territorio italiano.

Volviendo a los criterios generales, la legislación habla de la sede legal, la sede administrativa o el objeto principal de su actividad. La redacción utilizada permite entender que los requisitos no son acumulativos, de manera que basta que se cumpla tan sólo uno de ellos para que estemos ante un residente, sin olvidar, claro está, el elemento temporal. Los supuestos más complejos de identificar y definir son, sin lugar a dudas, los dos últimos<sup>1195</sup>.

La norma menciona en primer a la sede legal, que viene a constituir el domicilio social de la normativa española, es decir, aquel que figura en los estatutos de la sociedad. Este primer criterio presenta el gran problema de la doble sede (la legal y la efectiva).

Al igual que hicimos con las personas físicas recurrimos al Código Civil. El artículo 46, primer párrafo, reafirma el lugar de la sede como la residencia de las personas jurídicas y, en su segundo párrafo, aclara que en caso de que no coincidan la sede registrada (legal) y la efectiva, habrá que estar a esta última

El segundo criterio del TUIR es la sede de administración de la empresa. Se trata del lugar donde se desarrolla la actividad administrativa y de dirección de la empresa. Normalmente esta cuestión se evidencia con la existencia de oficinas administrativas o por la concreción en documentos y facturas<sup>1196</sup>.

Simonetto define a la sede de administración como el lugar de donde proviene el impulso volitivo inherente a la actividad administrativa de la sociedad. En virtud de ello, corresponde indagar

---

<sup>1195</sup> Sentencia de la Corte de Casación 4172/1974.

<sup>1196</sup> LEO, M., *op. cit.*, p. 1323.



quién administra realmente la sociedad y quién lo hace de manera formal<sup>1197</sup>.

El último punto de conexión de la norma es el lugar de realización del objeto principal, es decir, el emplazamiento donde efectivamente se lleva a cabo la actividad substancial de la persona jurídica<sup>1198</sup>.

En virtud de lo expuesto, vemos que de los dos ordenamientos jurídicos, el Derecho italiano es el que más se acerca a la norma convencional, norma que, por otra parte, sigue al pie de la letra el artículo 4 del MCOCDE y del MCONU.

### **2.3.5. Establecimiento permanente**

La definición del establecimiento permanente también es un concepto clave para la aplicación de todo el convenio, ya que permite a un Estado Contratante alcanzar las rentas de un sujeto a pesar de no residir en su territorio<sup>1199</sup>. Esta cuestión se regula en el artículo 5 del CDIHI, cuya redacción se ha inspirado directamente en el MCOCDE (definición más acotada que el MCONU).

A efectos didácticos dividimos su análisis en cinco puntos: noción general del establecimiento permanente; delimitación negativa del concepto de establecimiento permanente; agentes y representantes; y filiales.

#### **a) Noción general**

El CDIHI define al establecimiento permanente como cualquier lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realice total o parte de su actividad. Esta definición coincide con la del derecho

---

<sup>1197</sup> SIMONETTO, E., "Commentario al código civile", Ed. Zanichelli, 1976, p. 388.

<sup>1198</sup> Vid. PIAZZA, M., *op. cit.*, p. 110 y ss.

<sup>1199</sup> PIAZZA, M., *op. cit.*, p. 170.

interno de los Estados Contratantes, la de los modelos de convenio y con la del CDIHA<sup>1200</sup>.

En particular, se consideran establecimientos permanentes las sedes de dirección; las sucursales; las oficinas; las fábricas; los talleres; las minas, canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales; y las obras, construcciones o lugares de instalación o montaje superiores a doce meses.

Esta lista de supuestos concretos tiene un carácter meramente enunciativo. Se trata de una mera enumeración de lugares de negocios que el convenio considera establecimientos permanentes, pero que admite la posibilidad de otros supuestos.

Al igual que ocurre con el CDIHA, de esta definición se pueden extraer una serie de notas definitorias de los establecimientos permanentes<sup>1201</sup>:

- la existencia de una sede de negocios: este concepto comprende todos los lugares e instalaciones utilizados para el desarrollo de la actividad de la empresa, incluso aunque no se utilicen exclusivamente para tales fines.
- la fijación de la sede de negocios: la sede de negocios debe gozar de una cierta estabilidad en un determinado territorio, con lo cual, quedan fuera los emplazamientos temporales.
- realización de la actividad a través del establecimiento permanente: esta característica se relaciona con la primera e implica que la actividad empresarial se lleve a cabo a través de ese lugar fijo de negocios. No se cumple este requisito si la

---

<sup>1200</sup> En todos los casos se trata del artículo 5.1.

<sup>1201</sup> LEO, M., *op. cit.*, p. 2396/2399. *Vid.* también PIAZZA, M., *op. cit.*, p. 192/205.

actividad desarrollada no es económicamente relevante para el sujeto a quien se atribuye.

En líneas generales, la normativa española se vale de criterios similares. El artículo 13.1.a) del TRLIRNR entiende que existe establecimiento permanente en otro Estado cuando por cualquier título se disponga en éste, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad.

No obstante, la enumeración de la ley es más amplia ya que, por un lado, incluye los almacenes y tiendas y, por el otro, recoge las obras de construcción o montaje que tengan un período mínimo de duración de unos seis meses<sup>1202</sup>.

En el caso de Italia los establecimientos permanentes se encuentran regulados en el TUIR<sup>1203</sup>. En virtud de esta norma, la presencia de un establecimiento permanente comporta las siguientes consecuencias<sup>1204</sup>:

- se consideran producidos en Italia las rentas de la empresa derivadas de la actividad ejercitada en territorio italiano mediante el mismo;
- se determina la atracción a imposición en Italia de algunas rentas de la empresa, no obstante estos últimos no sean conseguidos a través de un establecimiento permanente;
- se definen particulares obligaciones contables y tributarias.

---

<sup>1202</sup> Artículo 13.1.a), 3º párrafo de la TRLIRNR. La normativa interna española coincide con el artículo 5.3 del MCONU que también habla de 6 meses de duración.

<sup>1203</sup> Antes del Decreto Legislativo N° 344 de 2003 el TUIR estaba huérfano de una definición de establecimiento permanente, el cual se inspiró directamente en el MCOCDE.

<sup>1204</sup> SOZZA, G., "Criticità fiscali nell'internazionalizzazione dell'impresa", alegato n. 10 a Il Fisco n. 24, del 13/06/2005, p. 34 y ss.

La definición general de esta norma también es muy similar a la convencional, ya que se consideran establecimientos permanentes las sedes fijas de negocios por medio de la cual la empresa no residente ejercita total o parcialmente su actividad en el territorio del Estado<sup>1205</sup>.

Los casos concretos también coinciden en gran medida con los que propone el CDIHI, aunque el TUIR añade los laboratorios; los yacimientos petrolíferos o de gas natural y las cuevas; además de la zona situada en las aguas territoriales<sup>1206</sup>.

A decir verdad, los laboratorios se puede asimilar perfectamente a los talleres, y los yacimientos, cuevas y aguas territoriales se engloban dentro de la amplia cláusula que habla de cualquier lugar de extracción de recursos naturales. De esta forma, podemos decir que la disposición interna y la convencional prácticamente coinciden.

Una de las diferencias más evidentes es el caso de las obras temporales, ya que el TUIR menciona a las obras de construcción, montaje o instalación que tengan una duración superior a tres meses<sup>1207</sup>. La norma italiana presenta un criterio sumamente amplio, superando no sólo los 12 meses del CDIHI y del MCOCDE, sino también a los 6 meses de la normativa española y del MCONU<sup>1208</sup>. Algunos autores sostienen que el plazo de tres meses podría ser utilizado para incrementar el poder de negociación del Estado italiano

---

<sup>1205</sup> Artículo 162.1 del TUIR.

<sup>1206</sup> Artículo 162.2 del TUIR.

<sup>1207</sup> Artículo 162.3 del TUIR.

<sup>1208</sup> Para un análisis más profundo de la regulación de los establecimientos permanentes en Italia consultar DE LUCA, A., "La stabile organizzazione in Italia. Definizione, aspetti patologici, operatività e planning", Ed. Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, 2009.

a la hora de negociar nuevos CDIs o de renegociar los que se encuentran vigentes<sup>1209</sup>.

Al igual que la normativa española, el artículo 162.2 tiene un carácter meramente enunciativo, en el sentido de que la Administración siempre puede demostrar que una instalación no comprendida en dicha enumeración constituye un establecimiento permanente<sup>1210</sup>.

Antes de pasar al siguiente punto, es importante destacar que la definición de establecimiento permanente del convenio impide considerar el registro de los DDEE, por sí solo, dentro de esta categoría. Atento que los argumentos de esta afirmación son los mismos que planteamos en el capítulo V de este trabajo, a ellos nos remitimos.

#### **b) Delimitación negativa del establecimiento permanente**

El CDIHI dedica el artículo 5.2 a delimitar negativamente el concepto del establecimiento permanente. Los supuestos de exclusión son los siguientes:

- la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa<sup>1211</sup>.

---

<sup>1209</sup> STESURI, A., “La stabile organizzazione post riforma fiscale”, in *Il Fisco* n. 17/2005-1, p. 2593.

<sup>1210</sup> LA COMMARA, U., “La nozione di stabile organizzazione secondo l’OCSE in ella legislazione fiscale interna - Monografia n. 1-2007”, in *Il Fisco* n. 4, del 29/91/2007, p. 447 y ss.

<sup>1211</sup> La norma española no hace ninguna referencia al respecto, por lo cual, se considera establecimiento permanente. En Italia este supuesto es igual al del artículo 162.4.a) del TUIR. Por su parte, tanto el MCONU como el MCOCDE, al igual que el CDI, hacen esta exclusión en su artículo 5.4.a). Este artículo se aparta de las disposiciones del MCONU que, a diferencia del MCOCDE y de la normativa interna, no excluye a los lugares de trabajo cuyo única actividad consista en la entrega o compra de mercadería.

- el mantenimiento de un depósito de mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas<sup>1212</sup>.
- el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa<sup>1213</sup>.
- el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar mercancías o de recoger información para la empresa<sup>1214</sup>.
- el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio<sup>1215</sup>.
- el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa publicidad, proporcionar información, investigaciones científicas u otra actividad análoga de carácter auxiliar o preparatorio<sup>1216</sup>.

---

<sup>1212</sup> La norma española no hace ninguna referencia al respecto, por lo cual, se considera establecimiento permanente. En TUIR italiano repite el artículo del CDIHI. Por su parte, tanto el MCONU como el MCOCDE, al igual que el CDI, hacen esta exclusión en su artículo 5.4.b). Aunque el MCONU nuevamente deja el supuesto de la entrega como establecimiento permanente.

<sup>1213</sup> La norma española no hace ninguna referencia al respecto, por lo cual, se considera establecimiento permanente. El Derecho italiano, al igual que el MCONU y el MCOCDE, recoge esta exclusión en su artículo 162.4.c) del TUIR.

<sup>1214</sup> La norma española no hace ninguna referencia al respecto, por lo cual, se considera establecimiento permanente. En Italia se considera el mismo supuesto que el convenio (Art. 162.4.d) del TUIR. Por su parte, tanto el MCONU como el MCOCDE, al igual que el CDI, hacen esta exclusión en su artículo 5.4.d).

<sup>1215</sup> La norma española no hace ninguna referencia al respecto, por lo cual, se considera establecimiento permanente. El ordenamiento jurídico italiano adopta un artículo similar al CDIHI. Tanto el MCONU como el MCOCDE hacen esta exclusión en su artículo 5.4.e).

<sup>1216</sup> Tanto la norma española como la italiana no hacen ninguna referencia al respecto, por lo cual, se considera establecimiento permanente. El TUIR establece en su artículo 162.4.f) un supuesto similar al del MCONU y el MCOCDE que en su artículo 5.4.f) excluyen de la categoría de establecimiento permanente las combinaciones de cualquiera de las actividades mencionadas en los puntos anteriores.

La exclusión de estos supuestos está basada en las siguientes condiciones<sup>1217</sup>:

- 1) que las actividades de la empresa en el otro Estado Contratante tengan un carácter accesorio respecto a las que constituyen el objeto principal de la empresa;
- 2) que dichas actividades constituyen el único fin del establecimiento;
- 3) que se realicen sólo para la propia empresa.

A diferencia de los modelos de convenios y del CDIHI, la normativa española no contiene ninguna disposición que aclare los supuestos negativos de establecimiento permanente, con lo cual, estos casos quedarían inmersos dentro de esta categoría.

El caso de Italia es diferente ya que su artículo 162.4<sup>1218</sup> contiene una disposición prácticamente idéntica a la del artículo 5.4 del CDIHI, con excepción de los últimos dos apartados. El artículo 5.4.e) del CDIHI se refiere actividades de publicidad, suministro de información, investigaciones científicas o cualquier otra actividad análoga de carácter auxiliar o preparatorio.

Por el contrario, el artículo 162.4.e) del TUIR habla simplemente de las actividades auxiliares en general y en la letra f) dispone una cláusula que abarca la combinación de todas las actividades mencionadas en los apartados anteriores.

La diferencia tampoco es tan ostensible respecto a las actividades auxiliares, ya que la letra e) del TUIR también las contempla. Lo que

---

<sup>1217</sup> PELÁEZ MARQUÉS, M., *op.cit.*, p. 33.

<sup>1218</sup> Se trata, pues, de una serie de supuestos agrupados por su naturaleza típicamente preparatoria o auxiliar, ya sea porque no es posible atribuirles ningún rédito, porque no constituyen una parte esencial o significativa de la actividad principal de la empresa; o porque su actividad está dirigida a la misma empresa y no al mercado (LA COMMARA, U., *op. cit.*, p. 447 y ss).

más llama la atención es que el CDIHI no haya previsto la cláusula de combinación de actividades que recoge la normativa italiana y los dos modelos de convenios.

Una diferencia que sí es relevante es el supuesto de delimitación negativa incorporado en el artículo 162.5. Este apartado niega la categoría de establecimiento permanente a los portales electrónicos de recolección y transmisión de datos e información destinada a la venta de bienes y servicios. La disposición hace mención expresa al ámbito del comercio electrónico, especificando que el *server* electrónico, por sí mismo, no constituye un establecimiento permanente<sup>1219</sup>.

Los comentarios del MCOCDE hacen referencia a este punto diciendo que un sitio *Web* es una combinación de software y datos electrónicos que no puede constituir por sí misma un establecimiento permanente<sup>1220</sup>.

Por su parte, el artículo 5 el CDIHI adopta una redacción bastante parecida a la de los modelos, aunque ya veremos que se acerca más a los postulados del MCONU.

Los dos modelos recogen prácticamente los mismos apartados, pero la gran diferencia entre ambos está en los dos primeros puntos del artículo 5.4 en los que el MCONU, además de las actividades de almacenamiento y exposición de bienes y mercancías, incorpora la entrega de éstas. De esta forma, se adopta una delimitación negativa más amplia que la del MCONU. Tal y como hemos visto, el CDIHI recoge la postura de la OCDE.

---

<sup>1219</sup> *Vid.* DEL GIUDICE, M., “La stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall’Italia”, in il Fisco n. 45, del 1/12/2008, p. 34.

<sup>1220</sup> Párrafo 42 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.



Respecto al resto de los apartados del artículo 5.4 no existen diferencias entre los modelos, aunque sí respecto del CDIHI. El convenio bilateral fija sólo 5 apartados, del a) al e), con lo cual, no se añade la cláusula de combinación de actividades que, como apuntamos anteriormente, sí recoge la normativa italiana.

En definitiva, se puede decir que desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos internos, el artículo 5.4 del CDIHI ha seguido más bien a la normativa italiana; y desde el punto de vista de los modelos, el convenio ha sido más fiel al de la OCDE, lo cual es lógico teniendo en cuenta que ambos son países desarrollados.

### **c) Agentes y representantes**

Los supuestos del artículo 5.4 y 5.5 del convenio en cierta medida se escapan de la regla general, ya que se difumina el requisito de la fijación del lugar de negocios. No obstante ello, se incluye en la categoría de establecimiento permanente.

En primer lugar, trataremos el caso de los agentes dependientes (Art. 5.4) para luego analizar a los agentes independientes (Art. 5.5). Al tratar este tema, la doctrina italiana clasifica a los establecimientos permanentes en establecimientos materiales y personales. Los agentes lógicamente ingresan en la segunda categoría, mientras que el resto de supuestos se enmarca dentro de los establecimientos permanentes materiales<sup>1221</sup>.

#### **c.1) Agentes dependientes**

Como en la mayoría de los apartados, el convenio establece una regla general y luego contempla una serie de excepciones. En primer

---

<sup>1221</sup> LOVISOLO, A., “La stabile organizzazione”, en “Diritto tributario internazionale” (Coord.: Victor Ukcmar), 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 2005, p. 487 y ss.

lugar, toda persona que actúe en un Estado Contratante por cuenta de una empresa radicada en el otro Estado, constituye un establecimiento permanente en aquel país. A estos efectos es necesario que tenga y ejerza habitualmente sus poderes para contratar en nombre de la representada.

La excepción a esta regla se da en el caso de personas que se limiten única y exclusivamente a la compra de mercancías para la empresa matriz. En estos supuestos, aún cumpliéndose los requisitos antes mencionados, no existe establecimiento permanente.

Si hablamos de DDEE, recordemos que éstos no pueden considerarse como mercancía. Con lo cual, este supuesto especial no se aplicaría a los agentes que se dediquen únicamente a la compra de derechos de contaminación para la casa central.

La regla general es igual a la de los modelos de convenio, de modo que las discrepancias radican más bien en las excepciones. El MCOCDE entiende que no existe establecimiento permanente cuando el agente dependiente ejerce aisladamente algunas de las actividades mencionadas en el artículo 5.3, es decir, las que delimitan negativamente a estos establecimientos. Así las cosas, se utiliza un criterio más acotado que el CDIHI para asimilar los agentes dependientes a un establecimiento permanente.

Por su parte, el MCONU contempla dos excepciones: una para negar la calidad de establecimiento permanente al agente, aún cumpliéndose con los requisitos generales, y otra para otorgársela, aún sin cumplir con todos los requisitos. La primera excepción es idéntica a la del MCOCDE. La segunda dispone que existe establecimiento permanente incluso cuando el agente no tenga

poderes para contratar, pero habitualmente contrata a nombre de la empresa<sup>1222</sup>.

En la legislación española, simplemente se habla de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes<sup>1223</sup>.

Por su parte, el TUIR considera establecimiento permanente a los sujetos, residentes o no residentes en Italia, que habitualmente concluyan en otro país contratos en nombre de una empresa residente en territorio italiano<sup>1224</sup>. En este caso vemos que la asimilación del agente dependiente es mucho más abarcadora que la del CDIHI, ya que no hace falta un otorgamiento expreso de poderes y tampoco se establecen excepciones exclusivas.

En definitiva, podemos decir que el artículo 5.4 del CDIHI se inspiró más bien en el modelo de convenio de la OCDE; y que en el ámbito nacional, coincide más con la normativa española.

### **c.2) Agentes independientes**

Los agentes independientes están tratados en el artículo 5.5 del CDIHI. Esta norma determina que los corredores, comisionistas o cualquier otro intermediario independiente no se consideran establecimientos permanentes, siempre que realicen sus actividades dentro del marco ordinario de su actividad.

*A contrario sensu*, podemos decir que si estos intermediarios no realizan sus actividades dentro del marco normal de su actividad,

---

<sup>1222</sup> Es lo que se conoce como agente dependiente de hecho, por contraposición al agente dependiente de derecho, que es el que tiene poderes expresos para contratar.

<sup>1223</sup> Artículo 13.1.a), 2º párrafo, del TRLIRNR.

<sup>1224</sup> Artículo 162.6 del TUIR.

aún siendo independientes, se trata de establecimientos permanentes. Este apartado es idéntico al del MCOCDE<sup>1225</sup> y muy similar al del MCONU<sup>1226</sup>.

En el marco del comercio de DDEE participan los agentes independientes que intermedian en la compraventa de estos derechos. Si dicha intermediación se corresponde con su actividad ordinaria, no se consideran establecimientos permanentes. De lo contrario, entran en la excepción prevista en el artículo 5.5 del CDIHI.

El TRLINR de España no ha contemplado la posibilidad de asimilar los agentes independientes con un establecimiento permanente. Pero la norma italiana ha previsto un apartado específico, cuya redacción es igual a la del CDIHI<sup>1227</sup>.

#### **d) Filiales**

El sexto y último apartado del artículo 5 del CDIHI está dedicado a las filiales. Concretamente, viene a aclarar que por el mero hecho que una filial sea controlada por la matriz no la convierte en su establecimiento permanente<sup>1228</sup>.

La *ratio legis* de este punto consiste en que las filiales son entidades jurídicamente independientes de la matriz, con personalidad jurídica propia y sometida a la ley fiscal del país donde reside.

---

<sup>1225</sup> Artículo 5.6 del MCOCDE.

<sup>1226</sup> Artículo 5.6 del MCONU.

<sup>1227</sup> Artículo 162.7 del TUIR.

<sup>1228</sup> Una disposición similar la encontramos en los Comentarios al artículo 5 del MOCDE.

Esta disposición elimina las dudas interpretativas que, en ausencia expresa de una previsión normativa, había llevado a parte de la jurisprudencia a asimilar el requisito del control empresarial a la presencia de un establecimiento permanente<sup>1229</sup>.

De manera que una sociedad de un Estado Contratante que controle a una sociedad de otro Estado Contratante, o viceversa, no basta para equiparar la sociedad a un establecimiento permanente de la otra.

#### **2.4. La tributación de los DDEE según el CDI hispano-italiano**

Luego de este breve pero necesario repaso sobre las cuestiones generales del CDIHI, trataremos los artículos del convenio que se relacionan con la tributación de la renta proveniente del mercado de DDEE.

La metodología de análisis mantendrá, una vez más, la estructura que venimos utilizando a lo largo de todo el trabajo, es decir, diferenciando el tratamiento de las rentas según provengan de actividades económicas o no.

##### **2.4.1. Rendimientos provenientes de una actividad económica (utilidades empresariales)**

###### **2.4.1.1. Introducción**

La obtención de rendimientos derivados de la compraventa de DDEE ejercida dentro del marco de una actividad económica, presupone la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

---

<sup>1229</sup> LA COMMARA, U., *op. cit.*, p. 447 y ss.

En particular, estamos hablando de los siguientes casos:

- personas físicas:
  - que se dedican habitualmente a la compra y venta de DDEE y que no son titulares de instalaciones emisoras de CO<sub>2</sub>;
  - personas físicas, titulares de instalaciones emisoras, y que además se dedican a la compra y venta especulativa de DDEE.
- personas jurídicas:
  - no emisoras que habitualmente se dedican a la compra y venta de DDEE;
  - Personas jurídicas emisoras que también se dedican a la compra y venta habitual de una parte de sus DDEE.

Insistimos en que la habitualidad de estos negocios está dada por la ordenación de medios de producción, y que aquélla puede ser tanto actual como potencial. Tal es así que no tiene por qué tratarse de dos o más actos mercantiles, sino que basta con que exista una vocación de continuidad.

También es dable mencionar que cada supuesto es una cuestión aparte, con lo cual, serán los elementos probatorios que concurran en cada caso los que determinarán o no la calificación de la actividad como empresarial<sup>1230</sup>.

Cuando hablábamos del CDIHA decíamos que las instalaciones contaminantes alcanzadas por el PK siempre estaban situadas en España, ya que el PK no asignó ningún tipo de limitación de emisiones a países en vías de desarrollo, como el caso de Argentina. Pero en el Convenio con Italia, al tratarse de dos Estados desarrollados, las instalaciones pueden encontrarse tanto en España como en Italia.

---

<sup>1230</sup> STS, de 31 marzo de 2010, F. 2º (RJ 2010\2764).

Como estamos ante rendimientos de derechos a contaminar que se derivan de actividades económicas, nos situamos en el artículo 7 del tratado hispano-italiano, cuyo texto contempla los beneficios empresariales.

Cuando la compraventa de DDEE se realiza en el marco de una actividad económica, en una primera instancia, como el artículo 7 tiene carácter residual, podrían resultar aplicables varios artículos del convenio (cánones, ganancias de capital u otras rentas). En el Capítulo VI desplegamos los argumentos que justifican la aplicación de este artículo, y no otro. Es por ello que, a efectos de no ser repetitivos, nos remitimos a dicho capítulo.

El artículo 7 del Convenio regula el reparto de la potestad tributaria entre los Estados Contratantes a la hora de gravar los beneficios empresariales. El primer escollo que nos encontramos, que ocurre en todos los CDIs, es que este tipo de rentas no se encuentran definidas. De manera que para establecer cuáles son los rendimientos incluidos en el artículo debemos recurrir al ordenamiento jurídico interno del Estado Contratante que aplica el Convenio.

Esto mismo acontece en los modelos de convenios, que tampoco definen a las “utilidades empresariales”. Aunque sus comentarios aclaran que, al igual que la mayoría de las legislaciones tributarias internas, el concepto de utilidades tiene un sentido amplio y abarca todas las rentas procedentes de la explotación de una empresa<sup>1231</sup>.

Como hemos visto en más de una ocasión, la legislación española define este tipo de rendimientos en el artículo 21.1 de la LIRPF:

---

<sup>1231</sup> Párrafo 59 de los comentarios al artículo 7 MCOCDE. El artículo 7.6 del MCONU reproduce el contenido y comentarios del artículo 7.7 del MCOCDE.

“Aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”.

La normativa italiana también contempla una definición de los rendimientos empresariales. En primer lugar, el TUIR clasifica las diferentes categorías de rentas:

- inmobiliarias;
- de capital;
- del trabajo dependiente;
- del trabajo independiente;
- empresariales; y
- otras rentas<sup>1232</sup>.

A partir de esta clasificación la normativa va desglosando cada una de estas rentas. En relación a los rendimientos empresariales el TUIR entiende que son aquellos que derivan de la actividad de las empresas comerciales<sup>1233</sup>.

A continuación se define a “la actividad de las empresas comerciales” como el ejercicio habitual de actividades profesionales (aunque no sea de manera exclusiva) y de las actividades fijadas en el artículo 2195 del Código Civil y en el artículo 32.2, puntos b) y c), del

---

<sup>1232</sup> Artículo 6.1 del TUIR.

<sup>1233</sup> Al igual que ocurría con la normativa anterior, se continúa prescindiendo del requisito organizativo (LEO, M., *op. cit.*, p. 1031).



TUIR. Todo ello incluso aunque no exista una organización empresarial propiamente dicha<sup>1234</sup>.

Las actividades que menciona el artículo 2.195 del Código Civil son las siguientes:

- actividad industrial directa relacionada con la producción de bienes y servicios;
- actividad intermediaria en la circulación de bienes;
- actividad de transporte por tierra, agua o aire;
- actividad de bancaria o aseguradora;
- otras actividades que sean auxiliares de las anteriores.

Por su parte, el artículo 32.2 apartado b) y c) del TUIR, a cuyo contenido nos remitimos, se refiere a una serie de actividades agrícolas muy específicas.

Asimismo, el artículo 55.2 del TUIR establece una serie de supuestos particulares que también se consideran rendimientos empresariales:

- los réditos derivados del ejercicio de una actividad organizada en forma de empresa, dedicada a la prestación de servicios que no se encuentren mencionados en el artículo 2195 del Código Civil;
- los réditos derivados de la actividad de explotación de minas, canteras, pantanos, lagos, estanques y otras aguas interiores;
- ciertos rendimientos derivados del trabajo de la tierra ligados con las actividades agrarias del artículo 32 del TUIR.

A diferencia de la legislación española, el TUIR ofrece un concepto más bien enunciativo, en el sentido que en vez de definir de manera

---

<sup>1234</sup> Artículo 55.1 del TUIR.

genérica cuándo estamos ante rendimientos empresariales, se estipulan una serie de actividades concretas de las cuales derivan dichas rentas.

No obstante, a pesar de la metodología utilizada por ambas legislaciones internas, se puede concluir que tanto en uno como en otro caso la renta derivada de la compraventa habitual de DDEE, se ubica dentro de la categoría de beneficios empresariales<sup>1235</sup>.

#### **2.4.1.2. Regla general del artículo 7 del Convenio de doble imposición hispano-italiano**

El artículo comienza con una norma genérica, a partir de la cual, los beneficios empresariales de una empresa de un Estado Contratante sólo podrán ser gravados en dicho Estado, a menos que la empresa desarrolle su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en este último.

La norma es muy clara: las rentas serán alcanzadas por el Estado de la residencia de la empresa, cualquiera que fuere su lugar de percepción, a no ser que los beneficios provengan de un lugar fijo de trabajo establecido en el otro Estado Contratante. En este último caso también podrán ser gravados por el Estado de la fuente. De allí la importancia de identificar en qué país tiene su residencia el sujeto perceptor de las rentas.

En los casos en que existe un establecimiento permanente en el otro Estado, el Convenio permite aplicar una tributación compartida, ya que si bien otorga potestad tributaria al Estado de la fuente, en ningún momento se la priva al de la residencia. Ante estos casos es necesario recurrir al artículo 22 que analizaremos más adelante.

---

<sup>1235</sup> Artículo 21.1 de TRLIRPF (España) y artículo 55.1 del TUIR y 2195 del Código Civil (Italia).

Además de ser genérica, esta norma tiene carácter subsidiario ya que se aplicará siempre y cuando las rentas obtenidas no encuadren en ninguno de los otros artículos del Convenio (intereses, cánones, dividendos, etc.)<sup>1236</sup>.

A continuación veremos la manera en que esta regla general se aplica a los supuestos prácticos planteados:

a) una persona física, residente en Italia, que se dedica habitualmente a la compra y venta de DDEE sin ser titular de instalaciones contaminantes, vende a una persona residente en España una determinada cantidad de derechos.

Si el vendedor realiza esta actividad sin mediación de un establecimiento permanente en España, la Hacienda italiana será la única en gravar los rendimientos que de ella se deriven. Pero si existe un lugar fijo de trabajo radicado en España, la tributación es compartida. Esta situación se resuelve con los mecanismos del artículo 22 del CDIHI que ya mencionamos.

Ocurrirá lo mismo si la persona física reside en España y el comprador en Italia.

b) una persona física, residente en Italia, que habitualmente compra y vende DDEE, y es titular de una instalación contaminante, transfiere derechos contaminantes a una persona residente en territorio español.

Si el vendedor realiza esta actividad sin mediación de un establecimiento permanente en España, sólo podrá gravar los rendimientos que de ella se deriven la Hacienda italiana. Pero si

---

<sup>1236</sup> Artículo 7.5 del CDIHI. Redacción tomada del artículo 7.7 del MCOCDE y del artículo 7.6 del MCONU.

existe un lugar fijo de trabajo radicado en España, la tributación es compartida. Esta situación se resuelve nuevamente con el artículo 22 del CDIHI.

Ocurrirá lo mismo si la persona física reside en España y el comprador en Italia.

c) una persona jurídica residente en Italia, que normalmente comercializa permisos de emisión pero que no posee instalaciones contaminantes, enajena parte de sus derechos a una persona residente en territorio español. El resultado es el mismo que en el punto a).

d) una persona jurídica residente en Italia, dedicada a la mercantilización de DDEE y titular de instalaciones contaminantes, vende permisos contaminantes a una persona que reside en España. El resultado será idéntico al del punto b).

Como podemos observar, los resultados alcanzados son muy parecidos a los que vimos al tratar el convenio hispano-argentino. La diferencia está en que en este caso, las instalaciones contaminantes podían estar radicadas tanto en Italia como en España, ya que ambos países tienen restricciones de emisiones en el Protocolo de Kioto.

#### **2.4.1.3. Criterios de liquidación**

La determinación de los beneficios empresariales está orientada por pautas definidas en el propio artículo 7.

A continuación analizaremos las particularidades de los criterios de liquidación el CDIHI que pueden influir en la compraventa de DDEE.

## a) Imputación

Una vez establecida la regla general, la norma aclara que el Estado de la fuente sólo puede gravar los beneficios imputables al establecimiento permanente<sup>1237</sup>. De manera que el CDIHI se aparta del MCONU y adopta el mismo criterio elegido por el MCOCDE<sup>1238</sup>

La redacción del artículo evidencia la elección del criterio de la fuerza de atracción limitada<sup>1239</sup>, en detrimento del criterio de la *vis expansiva* que, como vimos, sí se acogió en el CDIHA. De esta manera, el establecimiento permanente es considerado como un centro de imputación de rentas.

Arespacochaga<sup>1240</sup> sostiene que este principio nos obliga a considerar separadamente las diversas fuentes de beneficios que la empresa obtenga en el Estado del establecimiento permanente. A partir de ello, a cada renta se aplica el criterio correspondiente y se distinguen aquellas que puedan ser gravadas por el Estado de situación de las que escapan a su imposición<sup>1241</sup>.

---

<sup>1237</sup> Artículo 7.1, segunda parte.

<sup>1238</sup> Artículo 7.1 del MCOCDE.

<sup>1239</sup> El principio de atracción funcional del establecimiento permanente no debe confundirse con el principio de vinculación efectiva que permite el gravamen de las rentas efectivamente vinculadas al mismo generadas o no en el territorio de situación del establecimiento permanente (CALDERÓN CARRERO, J.M., *ob. cit.*, p. 416 – Nota a pie de página nº 11).

<sup>1240</sup> ARESPACOHAGA, J., “Planificación fiscal internacional: convenios de doble imposición, estructuras fiscales y tributación de no residentes”, 2ª Ed., Ed. Marcial Pons, 1998, p. 202/203.

<sup>1241</sup> *Vid.* Párrafo 10 de los Comentarios al artículo 7 del MCOCDE. Los argumentos esgrimidos en contra de esta postura se basan principalmente en que esta norma podría favorecer y aumentar el número de prácticas elusivas. Con muy buen tino los comentarios del convenio señalan que la solución propuesta permite una administración simple y eficaz, y que una disposición en contrario podría interferir seriamente en los procesos empresariales del mundo moderno, en donde resulta muy común que las sociedades se dediquen a actividades muy diversas que operan de forma extensa en muchos países. Los comentarios concluyen diciendo que por más que la medida pueda favorecer los mecanismos de elusión fiscal, es mucho más importante por un lado, promover la neutralidad fiscal; y evitar interferencias en la organización de los negocios y excesivos requerimientos de información a las

Veamos la virtualidad de este principio en un caso concreto relacionado con DDEE. Supongamos que una empresa, residente en España, se dedica a diferentes actividades empresariales en Italia: por un lado, lleva adelante actividades de *renting* de coches y por el otro se dedica a la compra y venta habitual de DDEE. En el primer caso se vale de un establecimiento permanente y en el segundo no. Tal como vimos en el párrafo anterior, la Hacienda italiana sólo podrá gravar las rentas imputables al establecimiento, es decir, las derivadas de la actividad de *renting*. Con lo cual, las rentas derivadas de los permisos de emisión quedan fuera de su potestad tributaria, y serán gravadas por España.

Finalmente, el artículo 7.4 del CDIHI aclara que no se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa. De tal manera, que la sola compra de DDEE por parte de un establecimiento permanente, no habilita para atribuirle beneficios.

A través de los artículos 15.1, 16.2 y 17.1 del TRLIRNR España ha consagrado el mismo criterio que el MCOCDE, es decir, la atracción funcional limitada, ya que sólo cuenta la renta imputable a dicho establecimiento.

En el caso de Italia, antes de la reforma tributaria de 1973, la sola existencia de un establecimiento permanente implicaba la captación de todas las rentas producidas en territorio italiano, aún cuando no se atribuyeran directamente a dicho establecimiento. Bajo esta premisa, se puede decir que se dotaba al establecimiento de una fuerza de atracción plena.

---

empresas extranjeras, por el otro. En definitiva, ésta es la finalidad última del MCOCDE.

Pero la normativa italiana vigente define al establecimiento permanente como “una particular modalidad de producción de las rentas de la empresa”. De esta manera, sólo se le imputarán los ingresos directamente reconocidos (art. 23, 151 y 153 TUIR).

En definitiva, se puede decir que el TUIR también propone el principio de fuerza de atracción limitada<sup>1242</sup>, ya que pone en cabeza de los establecimientos permanentes determinados ingresos<sup>1243</sup>.

### **b) Relación entre la casa central y el establecimiento permanente**

Esta cuestión se desarrolla en el artículo 7, punto 2, del CDIHI. El tratamiento es idéntico al propuesto por los dos modelos de convenio internacionales. En efecto, es una temática que suele permanecer inalterable en los CDIs.

El punto 2 consagra el principio de empresa separada e independiente<sup>1244</sup>. En los casos en que se produce la regla general del artículo 7.1, los rendimientos atribuibles al establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante serán los que hubiera podido obtener si éste y su casa matriz fueran empresas distintas y separadas, que realizasen actividades similares.

El CDIHI ha optado claramente por el principio *arm's length* para regir las relaciones entre los establecimientos permanentes y sus casas centrales. En virtud de ello, estos establecimientos podrán

---

<sup>1242</sup> Artículos 151.1 y 153.1 del TUIR.

<sup>1243</sup> PIAZZA, M., op. cit., p. 289; y LOVISOLO, A., “La stabile organizzazione”, en Diritto tributario internazionale (Coord.: Victor Ukcmar), 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 2005, p. 496.

<sup>1244</sup> El establecimiento permanente debe tributar como un centro de imputación de rentas similar al integrado por la formación de una empresa separada y residente que opera de forma independiente en relación con las operaciones que realice con personas vinculadas, incluyendo a su propia casa central (PRATS GARCÍA, F. A., op. cit., p. 308).

deducir todos los gastos relacionados con la casa central, pero siempre basados en los valores de mercado.

En caso que sea necesario realizar ajustes, se sustituirán los valores facturados por los precios de mercado ordinarios para los mismos productos, suministrados en las mismas o similares condiciones.

El TRLIRNR español se decanta expresamente por el principio *arm's length* que establece la LIS<sup>1245</sup> se aplica a la relación entre la casa central y sus establecimientos permanentes<sup>1246</sup>.

Por su parte, el ordenamiento jurídico italiano también contempla este principio pero respecto a los precios de transferencia, sin hacer mención sobre la relación de las casas centrales con sus establecimientos permanentes. No obstante, a través de la interpretación ministerial reflejada en la CM 32/1980<sup>1247</sup>, el artículo 110.7 del TUIR también se aplica a los establecimientos permanentes<sup>1248</sup>.

Si traspasamos esta cuestión a los DDEE puede ocurrir que las transferencias realizadas entre la casa central y sus establecimientos permanentes no respeten el principio de *arm's length*. Llegado el caso, hemos visto que el valor de facturación se ha de sustituir por el valor normal de mercado, y esto no es tan sencillo como parece.

El problema que se presenta en este supuesto es que no existe un mercado oficial de DDEE y, por ende, tampoco un precio único de referencia. La tarifa de estos derechos sólo puede hallarse en los

---

<sup>1245</sup> Artículo 16 del TRLIS.

<sup>1246</sup> Artículo 15.2 del TRLIRNR.

<sup>1247</sup> CM N° 32, de 22 de septiembre de 1980.

<sup>1248</sup> SFONDRINI, A, "*La stabile organizzazione*", en *Manuale di fiscalità internazionale* (DRAGONETTI, A.; PIACENTINI, V. e SFONDRINI, A.), 3ª Ed., Ed. IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2008, p. 856.



mercados no oficiales que se encuentran dispersados en el mundo bajo la denominación de “bolsas de derechos de emisión”<sup>1249</sup>.

A continuación veremos cómo se resuelve esta cuestión en el Derecho tributario interno de los Estados Contratantes. A decir verdad, no existe ninguna normativa interna que dé una solución específica sobre los DDEE, pero sí se prevé una noción legal de “precio normal de mercado”.

En España, es el TRLIS el encargado de determinar el precio normal de mercado al regular las operaciones de empresas vinculadas. Es el propio TRLIRNR remite al TRLIS para determinar las relaciones entre las empresas y operaciones vinculadas<sup>1250</sup>, y la relación entre la casa central y sus establecimientos permanentes entran dentro de esta categoría<sup>1251</sup>.

El valor normal de mercado es aquél que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia<sup>1252</sup>. A continuación, el TRLIS ofrece una serie de métodos para determinar este valor.

En primer lugar, se recomiendan tres mecanismos (que seguidamente veremos) y luego, se ofrecen dos métodos alternativos

---

<sup>1249</sup> Entre las bolsas de DDEE más importantes del mundo encontramos las siguientes: Bluenext (Francia); Chicago Climate Exchange (EEUU); Chicago Climate Futures Exchange (EEUU); Climex (Holanda); Energy Exchange Austria (Austria); Envex (Australia); European Climate Exchange (Londres); European Energy Exchange (Alemania); Montreal Climate Exchange (Canadá); Nord Pool (Escandinavia); Powernext (Francia); Sendeco (España) Tianjin Climate Exchange (China).

<sup>1250</sup> Artículo 15.2 del TRLIRNR.

<sup>1251</sup> Artículo 16.2, punto j) y k), del TRLIS.

<sup>1252</sup> Artículo 16.1.1 del TRLIS.

para el caso que las operaciones comerciales así lo requieran. Los primeros métodos son básicamente los siguientes<sup>1253</sup>:

- método del precio libre comparable: consiste en comparar el precio del bien o servicio que se ha utilizado con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares, en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables.
- método del coste incrementado: al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicios se añade el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes.
- método del precio de reventa: del precio de venta de un bien o servicio se sustrae el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes.

Cuando la complejidad o la información de las operaciones impidan aplicar adecuadamente los mecanismos anteriores, la normativa permite utilizar métodos alternativos: método de la distribución del resultado y método del margen neto<sup>1254</sup>. Pero entendemos que éste no es el caso, ya que para calcular el precio normal de mercado de los DDEE en principio bastaría con los mecanismos enunciados anteriormente.

En el caso de Italia tenemos que recurrir nuevamente al TUIR. La legislación ofrece una definición general<sup>1255</sup> y luego algunos supuestos especiales de valoración<sup>1256</sup>. De manera que si la operación

---

<sup>1253</sup> Artículo 16.4.1 del TRLIS.

<sup>1254</sup> Artículo 16.4.2 del TRLIS.

<sup>1255</sup> Artículo 9.3 del TUIR.

<sup>1256</sup> Artículo 9.4 del TUIR.

comercial no ingresa en estos últimos casos, recurriremos a la regla general. Esto es lo que ocurre con los DDEE.

Según la regla general<sup>1257</sup>, se considera valor normal de mercado al precio medio asignado a los bienes y servicios:

- de la misma o similar especie;
- en condiciones de libre competencia y en el mismo ámbito de comercialización;
- teniendo en cuenta el momento y lugar en que se realice, o se prometa, la operación comercial sobre dichos bienes y servicios.

A estos fines, la norma propone tener en cuenta la lista de precios del transmitente o suministrador, pero en caso que ello no sea posible se recurrirá a las lista tarifaria de la Cámara de Comercio o a las tarifas profesionales.

En líneas generales, el método general del Derecho italiano se corresponde claramente con el método de precio libre comparable de la norma española. En ambos casos confluyen los mismos elementos:

- bienes o servicios de características idénticas o similares;
- condiciones de libre competencia;
- independencia entre partes; y
- condiciones comerciales similares.

Teniendo en cuenta las características que rodean la compraventa de DDEE, entendemos que éste sería el mecanismo adecuado para

---

<sup>1257</sup> El artículo 9.2 del TUIR aclara que cuando las operaciones se realicen en moneda extranjera, se tendrá en cuenta el tipo de cambio del día en que aquéllas se lleven a cabo. Si ello no fuera posible, se atenderá al tipo de cambio anterior más próximo. En última instancia, también se puede recurrir al tipo de cambio medio del mes en que se realizó la compraventa.

establecer el precio normal de mercado que exige el principio de empresa separada e independiente.

Atento que estos permisos contaminantes no cuentan con un mercado oficial, su valor debe basarse en el precio medio de venta registrado en los diferentes mercados mundiales en el momento en que se realiza la transferencia.

No obstante, entendemos que no es necesario tener en cuenta todos los mercados en todas las operaciones. En virtud del criterio de localización de la transacción, bastará con identificar la media de los mercados pertenecientes a los países en cuyo territorio residen las partes intervinientes en la transacción<sup>1258</sup>.

### **c) Dedución de los gastos del establecimiento permanente**

La deducibilidad de los gastos efectuados en relación con el establecimiento permanente se establece en el artículo 7.3 del CDIHI, cuyo análisis va ligado al punto anterior. Concretamente, este artículo se refiere a los gastos efectuados para la realización de los fines del establecimiento permanente, incluyendo los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines.

La particularidad de esta norma es que incluye tanto los gastos realizados en el Estado de radicación del establecimiento como los efectuados en cualquier otro país. Aunque en todo caso, estos gastos siempre han de respetar el principio de empresa separada e independiente que veíamos en el punto anterior.

---

<sup>1258</sup> Respecto a la localización de la transacción, Marco Piazza dice que para encontrar el precio de la transacción comparable es necesario identificar el mercado relevante, es decir, aquellos que se relacionen con las partes de la compraventa (PIAZZA, M., *op. cit.*, p. 1107).

Por su parte, el Protocolo del CDIHI aclara que los gastos efectuados para la realización de los fines del establecimiento permanente son aquellos que se encuentran directamente afectos a la actividad de dicho establecimiento<sup>1259</sup>.

El TRLIRNR español recoge expresamente una serie de disposiciones sobre la deducción de los gastos del establecimiento permanente.

En primer lugar establece que no serán deducibles los pagos que el establecimiento permanente efectúe a la casa central en concepto de cánones, intereses o comisiones, abonados en contraprestación de servicios de asistencia técnica o por el uso o la cesión de bienes o derechos. La única excepción a esta regla son los intereses abonados por los establecimientos permanentes de Bancos extranjeros a su casa central, o a otros establecimientos permanentes, para la realización de su actividad<sup>1260</sup>.

A continuación, la normativa establece un precepto muy similar al del artículo 7.3 del CDIHI, ya que permite la deducción de los gastos que razonablemente se haya incurrido para la dirección y los generales de administración del establecimiento permanente<sup>1261</sup>. Para que esto sea posible deben cumplirse los siguientes requisitos:

- reflejo en los estados contables del establecimiento permanente;
- constancia, mediante memoria informativa presentada con la declaración de los importes, criterios y módulos de reparto;
- racionalidad y continuidad de los criterios de imputación adoptados. La normativa entiende que se cumple el requisito de racionalidad de los criterios de imputación cuando éstos se

---

<sup>1259</sup> Punto b) del Protocolo del CDIHI.

<sup>1260</sup> Artículo 18.1.a) del TRLIRNR.

<sup>1261</sup> Artículo 18.1.b) del TRLIRNR.

basen en la utilización de factores realizada por el establecimiento permanente y en el coste total de dichos factores.

Cuando no fuese posible utilizar este criterio, la imputación podrá realizarse según la relación en que se encuentre alguna de las siguientes magnitudes:

- cifra de negocios;
- costes y gastos directos;
- inversión media en elementos de inmovilizado material afecto a actividades o explotaciones económicas;
- inversión media total en elementos afectos a actividades o explotaciones económicas.

En Italia no existe una norma que se refiera específicamente a las deducciones que pueden realizar los establecimientos permanentes. En virtud de ello, la cuestión fue resuelta a través de la interpretación administrativa y los precedentes jurisprudenciales<sup>1262</sup>.

Siguiendo los criterios internacionales, la doctrina administrativa y jurisprudencial mayoritaria reconoce la posibilidad de deducir los gastos de dirección y administración. El reparto de los costos se realizará en proporción a los ingresos percibidos y la deducción siempre está sujeta a la acreditación de la certeza, inherencia y congruencia de los gastos efectuados<sup>1263</sup>.

---

<sup>1262</sup> Vid. PIAZZA, M., *op. cit.*, p. 1168/1183; TUNDO, F., “I redditi d’impresa nel Modello di Convenzione OECD (Art. 7)” (Coord.: Victor Ukmar), 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 2005, p. 413/419; SFONDRINI, A., “La stabile organizzazione”, en *Manuale di fiscalità internazionale* (DRAGONETTI, A.; PIACENTINI, V. e SFONDRINI, A.), 3ª Ed., Ed. IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2008, p. 854/858.

<sup>1263</sup> En el ámbito administrativo tenemos: las Resoluciones Ministeriales N° 9/427, de 8 de abril de 1980 y N° 9/2555, de 31 de enero de 1981; la Circular N° 32/9/2267, de 22 de septiembre de 1980; y la Circular Ministerial 271/E, de 21 de

La doctrina también ha confirmado que los gastos de dirección y administración del establecimiento permanente deben satisfacer los requisitos de certeza y objetiva determinación, además del principio de inherencia<sup>1264</sup>. La Corte de Casación tiene dicho que los gastos de la sede central pueden calificarse como “inherentes” cuando son funcionales a la coordinación entre los establecimientos y la sede central<sup>1265</sup>.

#### **d) Relación entre empresas asociadas**

Finalmente, dentro de este apartado es interesante incluir una breve referencia a las relaciones entre empresas asociadas, ya que no resulta extraño que existan transferencias de DDEE entre empresas controlantes y controladas.

Este aspecto se encuentra tratado en el artículo 9 del CDIHI. El convenio comienza el artículo delimitando los supuestos en que existen empresas asociadas, y esto se produce cuando:

- c) una empresa de un Estado Contratante participa, directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa del otro Estado contratante;
- d) unas mismas personas participan, directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado.

Seguidamente, la norma convencional establece un supuesto especial de distribución de potestad tributaria para los casos de

---

octubre de 1997. En el ámbito jurisprudencial contamos fundamentalmente con la sentencias de la Cámara de Casación de 17 de mayo de 2000 (Nº 10062, de 1 de agosto de 2000).

<sup>1264</sup> CACCIAPUOTI, E., *op. cit.*, p. 198.

<sup>1265</sup> Sentencias de la Cámara de Casación de 14 de diciembre de 1999 (Nº 14016, de 13 de julio de 1999) y de 17 de mayo de 2000 (Nº 10062, de 1 de agosto de 2000).

empresas asociadas, previamente definidas, cuando se cumplan una serie de requisitos.

Concretamente, cuando las relaciones comerciales o financieras de este tipo de empresas se enmarquen en condiciones diferentes a las establecidas por empresas independientes, los beneficios que una de las empresas habría obtenido de no existir estas condiciones, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición por el Estado donde se encuentre.

Esta disposición intenta evitar que las empresas asociadas, aprovechándose de esa condición, dejen de percibir los ingresos que hubieran obtenido en caso de ser empresas independientes, y por ende, dejen de ingresar los tributos que hubieran correspondido<sup>1266</sup>.

Atento a que las rectificaciones en la contabilidad de las operaciones entre empresas asociadas que propone el primer punto, puede originar supuestos de doble imposición económica<sup>1267</sup>, el MCOCDE agregar un segundo punto al artículo. Esta norma establece que, ante tales circunstancias, el Estado B procederá a practicar un ajuste apropiado para evitar la mencionada doble imposición<sup>1268</sup>.

Muchos de los Convenios firmados por España, entre ellos el CDIHI, no cuentan con una disposición de esta naturaleza. No obstante, los Comentarios del MCOCDE<sup>1269</sup> señalan expresamente que el procedimiento amistoso previsto en este artículo es aplicable,

---

<sup>1266</sup> La *ratio legis* de esta norma se encuentra en la voluntad, por parte de las Administraciones tributarias, de evitar, generalmente en el seno de grupos multinacionales, la transmisión de bases imponibles entre distintas jurisdicciones mediante la determinación de precios de forma artificiosa distintos al valor de mercado (HORTALÁ I VALLVÈ, J., *op. cit.*, 2007, p. 281).

<sup>1267</sup> Imposición de la misma renta en manos de personas diferentes.

<sup>1268</sup> Párrafo 5 de los comentarios al artículo 9 del MCOCDE.

<sup>1269</sup> Párrafo 6 de los comentarios al artículo 9 del MCOCDE.



aún cuando no exista una disposición similar al artículo 9.2 en el Convenio en cuestión<sup>1270</sup>.

La amplia terminología utilizada por el artículo 9 del convenio respecto a lo que debe entenderse por vinculación, nos obliga a acudir a la normativa interna de los Estados Contratantes, en virtud de lo previsto en el artículo 3.2 del MCOCDE<sup>1271</sup>.

El Derecho español regula a las empresas asociadas en el artículo 15.2 del TRLIRNR y en el artículo 16.2 del TRLIS. En estos artículos se enmarcan todos los supuestos de empresas vinculadas<sup>1272</sup>, entre las cuales se encuentran las empresas asociadas que define el CDIHI. Decimos esto porque el TRLIS regula una serie de casos en los que existe una participación, directa o indirecta, en la dirección, control o capital de otra empresa.

Dentro de este artículo 16.2 del TRLIS se destaca particularmente la remisión al artículo 42 del Código de Comercio español que establece que se presume que existe control cuando una sociedad

---

<sup>1270</sup> GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 120.

<sup>1271</sup> HORTALÁ I VALLVÈ, J., *op. cit.*, p. 279.

<sup>1272</sup> a) Una sociedad y sus socios; b) Una sociedad y sus consejeros o administradores; c) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores; d) Dos sociedades que, a partir del artículo 42 del Código de Comercio reúnan las circunstancias requeridas para formar parte de un mismo grupo de sociedades; e) Una sociedad y sus socios de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades (Art. 42 CCom); f) Una sociedad y los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades (Art. 42 CCom); g) Una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades (Art. 42 CCom); h) Una sociedad y otra sociedad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25% del capital social; i) Dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25% del capital social; j) Una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero; k) Una sociedad residente en el extranjero y sus establecimientos permanentes en territorio español; l) Dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas; m) Dos sociedades, cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra.

(dominante) se encuentre en relación con otra sociedad (dependiente), en alguna de las siguientes situaciones:

- a) posea la mayoría de los derechos de voto;
- b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;
- c) pueda disponer, en virtud de acuerdos con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; y
- d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Respecto a la determinación de la renta, el propio artículo 16 faculta a la Administración a tomar el valor normal de mercado como tarifa de las transacciones efectuadas entre estos sujetos, es decir, como si se trataran de empresas independientes. Respecto al valor normal de mercado nos remitimos al punto 2.4.1.3.b).

Por su parte, Italia desarrolla esta cuestión en el artículo 110.7 del TUIR. Al respecto dispone que la renta derivada de operaciones entre empresas que se controlen directa o indirectamente, se determinan según el valor normal de mercado de los bienes y servicios respectivos. Para calcular es valor de mercado, el artículo 110.2 nos remite al artículo 9 del TUIR, que vimos en el punto 2.4.1.3.b).

La definición de control y la participación empresarial se encuentra en el artículo 167 del TUIR, en cuyo punto 3 se remite al artículo 2359 del Código Civil italiano. También contamos con la interpretación administrativa que vino a confirmar lo dispuesto en el Derecho privado.

El Código Civil italiano propone dos tipos de control empresarial: el control de derecho y el control de hecho. El primero se produce

cuando una sociedad dispone de la mayoría de los votos ejercitables en la asamblea ordinaria de otra sociedad.

El control de hecho es aquel en el que se verifica alguna de las siguientes hipótesis:

- una sociedad dispone de los votos suficientes per ejercitar una influencia dominante en la asamblea ordinaria de otra sociedad;
- una sociedad tiene la posibilidad de ejercitar una influencia dominante sobre otra sociedad en virtud de particulares círculos contractuales.

El Decreto Legislativo 127/91 establece que son consideradas empresas controladas aquellas que se indican en el artículo 2359, punto 1) y 2)<sup>1273</sup>. No obstante, también considera controladas aquellas sociedades sobre las cuales una empresa ejercita una influencia dominante en virtud de un contrato o de una cláusula estatutaria y son controlantes aquellas que, en base a un acuerdo con otros socios de una empresa, poseen la mayoría de derechos de votos.

Por otra parte, esta cuestión también fue tratada en diversas interpretaciones de la Administración, en las que se han aplicado los criterios del mencionado artículo 2359. Estos precedentes son los siguientes: la Circular N° 320, de 19 de diciembre de 1997; la Circular N° 76, de 6 de marzo de 1998; y la Circular N° 16, del 28 de febrero de 1986.

Volviendo a los DDEE, a la disposición del artículo 9 del CDIHI es perfectamente aplicable a las transacciones con este tipo de bienes,

---

<sup>1273</sup> Artículo 26 del DL 127/91.

ya que nada impide que dos empresas asociadas acuerden un tratamiento diferenciado para la transmisión de estos derechos.

Si en virtud dicho acuerdo obtienen una renta menor que la que se hubiera percibido, la Hacienda del país donde debieron haberse obtenido estos beneficios adicionales, podrá someterlos a imputación junto con los efectivamente percibidos<sup>1274</sup>.

## **2.4.2. Rendimientos que no provienen de una actividad económica (ganancias de capital)**

### **2.4.2.1. Introducción**

En este punto nos centramos en los rendimientos provenientes de la compra y venta no habitual de DDEE y en los elementos patrimoniales afectos a la actividad. Se trata de actividades esporádicas que, por ende, no presuponen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos que veíamos en el punto 2.4.1. Estas circunstancias de hecho nos depositan automáticamente en el artículo 13 del Convenio, en el que se regulan las ganancias de capital.

Tal y como ocurría con el convenio hispano-argentino, el CDIHI no contiene ninguna definición expresa sobre la definición de las ganancias de capital. Los modelos de convenio tampoco arrojan demasiada luz a la cuestión.

---

<sup>1274</sup> En este mismo sentido, Gallego López afirma que "...en el caso de que el titular de los derechos de emisión, residente en España, los transmitiera, incumpliendo su obligación de valorarlos por el valor de mercado, a una empresa residente en otro Estado contratante de un Convenio para evitar la doble imposición, la Administración española podría corregir la base imponible de la empresa residente, realizando el correspondiente ajuste (conocido como ajuste primario)" (GALLEGO LÓPEZ, J. B., *op. cit.*, p. 120).

Los comentarios al MCOCDE simplemente se limitan a mencionar que las ganancias de capital son aquellas que se derivan de la enajenación de propiedad. El concepto de enajenación de propiedad, para dicho modelo, comprende la venta o permuta de bienes, la enajenación parcial, la expropiación, las aportaciones a sociedades, la venta de derechos, la donación e incluso la transmisión *mortis causa*<sup>1275</sup>.

Ante esta situación recurrimos, una vez más, a la definición de ganancia de capital dispuesta por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado<sup>1276</sup>.

En el caso de España, la norma regulatoria (el TRLIRNR) nos remite a la definición de la LIRPF, en donde reciben el nombre de ganancias y pérdidas patrimoniales<sup>1277</sup>. La legislación define a las ganancias de capital como aquellas variaciones del valor del patrimonio del contribuyente que se manifiestan con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que se califiquen como rendimientos<sup>1278</sup>.

Los puntos centrales de las ganancias de capital están en la variación del valor del patrimonio y en la alteración del capital. Con lo cual, para constituir ganancia o pérdida sujeta al impuesto, ha de manifestarse como consecuencia de un cambio en los elementos que integran el patrimonio del contribuyente.

La normativa le ha otorgado un carácter sumamente amplio a este tipo de rentas, ya que abarcan cualquier enriquecimiento que se

---

<sup>1275</sup> Párrafo 5 de los comentarios al artículo 13 MCOCDE y párrafo 4 de los comentarios al artículo 13 del MCONU.

<sup>1276</sup> GALLEGO LÓPEZ, J.B., *op. cit.*, p. 100; CALDERÓN CARRERO, J.M., *ob. cit.*, p. 747.

<sup>1277</sup> Artículo 13.3 del MCOCDE.

<sup>1278</sup> Artículo 33.1 del la LIRPF.

manifieste como consecuencia de cambios en la composición del patrimonio. Es por ello que el artículo 33.1 excluye esta categoría de rentas de modo expreso cuando coincida con la definición de rendimientos de la Sección III, Capítulo II, Título III de la LIRPF<sup>1279</sup>. En virtud ello, la regla de subsidiariedad de la normativa española es justamente la opuesta que la que ofrece la normativa convencional<sup>1280</sup>.

En el caso de Italia, la legislación interna no es tan diáfana como la española pero igualmente hace una referencia a las ganancias de capital, bajo la denominación de “rentas diversas”. En líneas generales, se trata de rentas que se traducen en un incremento patrimonial imputable a una fuente productiva<sup>1281</sup>.

Haciendo gala de su nombre, estas rentas se definen como aquellas otras ganancias que no constituyen rendimientos de capital, utilidades empresariales ni rendimientos del trabajo<sup>1282</sup>. A continuación de esta noción, marcada por un carácter excluyente y subsidiario, el TUIR comienza a enumerar caso a caso los diferentes supuestos que ingresan dentro de la categoría de “rentas diversas”, entre los cuales nos interesa destacar el de las rentas derivadas de la actividad comercial no ejercida habitualmente<sup>1283</sup>. Este supuesto comprendería a las ganancias obtenidas por la compraventa esporádica de DDEE de CO<sub>2</sub>.

---

<sup>1279</sup> GARCÍA BERRO, F., “Curso de Derecho Tributario. Parte Especial” (Coordinador: Fernando Pérez Royo), 3º Ed. Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 197/198.

<sup>1280</sup> El artículo 7.5 del CDIHI sostiene que “cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo”. Esta norma coincide exactamente con el artículo 7.7 del MCOCDE y el artículo 7.6 del MCONU.

de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo.

<sup>1281</sup> LEO, M., *op. cit.*, p. 1133.

<sup>1282</sup> Artículo 7.1 del TUIR.

<sup>1283</sup> Artículo 67.1.i) del TUIR.

Con respecto a las reglas de preferencias de rentas en el TUIR ocurre algo similar al Derecho español, ya que las ganancias de capital tienen un carácter subsidiario.

La utilización del ordenamiento jurídico interno sólo persigue definir el concepto de ganancia de capital, pero no las reglas que resuelven los casos de dudas y preferencias, porque el CDIHI ya las explica muy claramente.

Con lo cual, si bien es cierto que el MCOCDE nos deriva a las definiciones del derecho interno de los Estados Contratantes, las reglas de preferencia y de subsidiariedad son las que dispone el propio tratado internacional.

De manera que si una renta puede encajar tanto en la categoría de beneficios empresariales como en la de ganancia de capital, habrá que ubicarla dentro de esta última, tal y como dispone el artículo 7.5 del Convenio.

Recapitulando este apartado, tenemos que el convenio hispano-italiano no aporta ninguna definición expresa y concreta sobre las ganancias de capital. Sólo dispone una regla de preferencia en favor de estas rentas sobre los beneficios empresariales<sup>1284</sup>.

En virtud de ello, al aplicar este artículo hemos de recurrir a las pautas generales de los comentarios de los modelos de convenios (enajenación de propiedad), a la definición que ofrece la normativa española y al concepto que se infiere de la legislación italiana.

En definitiva, las ganancias obtenidas por la venta esporádica de DDEE ingresan perfectamente en el concepto genérico de ganancias de capital del modelos de convenios internacionales (se incluyen

---

<sup>1284</sup> Artículo 7.5 del CDIHI.

expresamente los derechos) y en las definiciones de la legislación de España e Italia.

#### **2.4.2.2. Distribución de la potestad tributaria**

Una vez que hemos comprendido el concepto de ganancia de capital, queda por determinar qué Estado Contratante tiene la potestad fiscal para alcanzar las rentas esporádicas derivadas de los DDEE. Para ello tenemos que recurrir al artículo 13 del tratado.

A diferencia de lo que ocurre con el MCOECDE (4 apartados), el CDIHA (5 apartados) y el MCONU (6 apartados), el artículo 13 del CDIHI sólo cuenta con 3 apartados.

El primero de ellos trata sobre los bienes inmuebles; el segundo sobre los bienes muebles, los elementos patrimoniales afectos a la actividad y los buques y aeronaves (este último caso normalmente se reproduce en un punto separado) y un apartado final que abarca los bienes no comprendidos en los anteriores.

De esta forma, la redacción del artículo 13 del convenio con Italia se acerca más a las disposiciones del modelo de la OCDE, la diferencia es que aquél unifica en el punto 2 lo que éste trata en el 2 y el 3.

Si hablamos de DDEE, de los 3 apartados del artículo 13 del CDIHI, de entrada se excluye el primero ya que se refiere a los bienes inmuebles. Así las cosas, sólo podrían aplicarse el 2º (bienes muebles) y el 3º (ganancias de capital no incluidas). El contenido de estos apartados ya fue debidamente explicado en el capítulo VI, al cual nos remitimos. Nos limitaremos a mencionar que atento que el último apartado es una cláusula residual, resulta aplicable el artículo 13.2.



A partir de esta norma, las ganancias provenientes de la enajenación de bienes muebles de un establecimiento permanente, situado en un Estado diferente al de la casa central, podrán gravarse en aquél (Estado de la fuente). En caso de no existir un establecimiento permanente, serán gravadas única y exclusivamente en el Estado de residencia de la casa central.

Cuando las rentas se obtienen con la intervención de un establecimiento permanente la competencia tributaria no es exclusiva de un solo Estado, de manera que pueden llegar a producirse casos de doble imposición. Ante estas situaciones habrá que recurrir al artículo 22 del CDIHI para neutralizar sus efectos. Este artículo es analizado en el punto siguiente.

Si bien el artículo habla simplemente de “bienes muebles”, entendemos que los DDEE encajan perfectamente en su segundo apartado, ya que los propios comentarios del MCOCDE afirman que este punto comprende también los activos intangibles, como el fondo de comercio, las licencias de uso, etc.<sup>1285</sup>.

De la misma manera que ocurre con los modelos de convenios internacionales (Capítulo VI), pero a diferencia del CDIHA, la aplicación de uno u otro apartado es sumamente importante ya que los resultados varían considerablemente.

El CDIHI dispone que las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los apartados 1 y 2, pueden someterse a imposición sólo en el Estado Contratante en el que resida el transmitente. Por el contrario, en el segundo apartado se concede a ambos Estados Contratantes la posibilidad de gravar las rentas.

---

<sup>1285</sup> Párrafo 24 de los comentarios al artículo 13 MCOCDE.

El caso de las ganancias derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a la actividad económica, al igual que en el supuesto anterior, también irán por el apartado 2 del artículo 13.

Veamos un caso concreto: una empresa situada en Italia, cuya actividad está ligada al suministro de energía eléctrica, también opera en España mediante un establecimiento permanente. Supongamos que en un momento dado decide vender parte de los DDEE que posee el establecimiento y que éste utiliza para el ejercicio normal de su actividad. En tal caso, la renta derivada de esta enajenación no habitual de permisos de contaminación podrá gravarse tanto en el Estado de la residencia (Italia) como en el de la fuente (España).

En definitiva, la renta derivada de la compra y venta aislada de DDEE, incluso aquéllos afectos a la actividad, será gravada por el Estado de residencia de la casa central aunque sean obtenidas en otro Estado. Pero si en este otro Estado existe radicado un establecimiento permanente, las rentas podrán ser gravadas por éste último.

### **2.4.3. Métodos para evitar la doble imposición**

A lo largo de este trabajo hemos visto que muchas de las disposiciones del CDIHI permiten una tributación compartida entre los Estados Contratantes, entre las que destacamos los artículos 7 y 13 del convenio. Estos supuestos, en determinadas circunstancias, permiten a ambos países gravar las rentas derivadas de la compraventa de DDEE, ya sea habitual como esporádica.

Para neutralizar los efectos de la doble imposición que puede generar esta tributación compartida, el CDIHI establece el artículo 22, fijando un tratamiento separado para cada uno de los Estados contratantes.

## **a) Italia**

En lo que respecta a Italia el CDIHI dispone lo siguiente:

“Cuando un residente en Italia obtenga rentas que puedan gravarse en España, al determinar sus impuestos sobre la renta, la Hacienda italiana puede incluir estas rentas en la base imponible de los mismos”<sup>1286</sup>.

De forma tal que cuando se producen estas situaciones, Italia debe deducir el impuesto sobre la renta pagado en España. No obstante, el convenio limita esta deducción a la parte del impuesto italiano, imputable a dichas rentas, en la proporción en que estas rentas participen en la formación de la renta total.

Es evidente que de los mecanismos utilizados para evitar la doble imposición internacional, nos encontramos ante el método de la imputación o crédito fiscal ordinario, que es el sistema más utilizado por los CDIs.

Este método concede al contribuyente el derecho de deducir del impuesto sobre la renta debido en el Estado de la residencia por las categorías de rentas obtenidas en el extranjero, el importe correspondiente al impuesto pagado en el extranjero<sup>1287</sup>.

De esta manera, si la cuota tributaria extranjera es mayor a la italiana, sólo se deducirá la misma proporción que corresponda a la cuota italiana (límite). Pero si la cuota foránea es menor, el impuesto español se deducirá íntegramente y la Hacienda italiana podrá percibir la proporción que resta para llegar al límite.

---

<sup>1286</sup> Artículo 22.2 del CDIHI.

<sup>1287</sup> TAVEIRA TÔRRES, H., “La plurimposizione internazionale, i trattati e le misure unilaterali”, 3ª Ed., Ed. CEDAM, en Diritto tributario internazionale (Coord.: Victor Ukcmar), Padova, 2005, p. 250/251.

En definitiva, el Convenio adopta el método de la imputación o crédito fiscal ordinario, ya que el tributo es deducible hasta el límite del monto tributario debido (sobre las rentas extranjeras) en el Estado de la residencia, es decir que no se considera el importe superior al respectivo crédito tributario.

Seguidamente, el acuerdo bilateral aclara que no procede ningún tipo de deducción cuando la renta sea gravada en Italia a través de una retención impositiva de carácter definitivo, cuando realice a petición del beneficiario y de conformidad con la legislación italiana.

Al igual que el CDIHI, el Derecho interno italiano también acude al método de crédito fiscal ordinario para los impuestos pagados en el extranjero. Cuando existan rentas obtenidas en el extranjero el TUIR permite deducir los impuestos foráneos, siempre que hayan sido pagados a título definitivo.

Cuando la norma habla de “título definitivo” significa que el tributo no puede ser repetido o devuelto. En virtud de ello, no se consideran definitivos los impuestos pagados a cuenta (de carácter provisorio), ni en general todos aquellos para los cuales está prevista la posibilidad de reembolso, ya sea total o parcial<sup>1288</sup>.

El crédito fiscal deducible no podrá superar la proporción que existe entre los ingresos producidos en el extranjero y los ingresos totales, exceptuando las pérdidas de los períodos fiscales precedentes que se puedan deducir. En consecuencia, si las rentas de fuente extranjera equivalen al 25% de la renta total, el crédito fiscal

---

<sup>1288</sup> Circular N° 3/7/360, de 8 de febrero de 1980 y la Circular N° 50, de 12 de junio de 2002.

deducible no podrá superar el 25% del impuesto que se paga en Italia por el total de las rentas<sup>1289</sup>.

Los ingresos producidos en el extranjero son los mismos que establece el artículo 23 del TUIR para individualizar las rentas obtenidas por no residentes en territorio italiano<sup>1290</sup>.

## **b) España**

En el caso de España, se establece nuevamente el método del crédito fiscal ordinario, con el mismo límite de deducción. Es decir que cuando un residente de España obtiene rentas que puedan someterse a imposición en Italia, la Hacienda española concederá una deducción de un importe igual al impuesto pagado en Italia.

Igualmente, la suma deducida no puede exceder la fracción de impuesto, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas percibidas en Italia.

Si comparamos la parte de España con la de Italia, vemos que son prácticamente idénticas, aunque cuando el convenio habla de España

---

<sup>1289</sup> Si la renta obtenida en Italia es de 1.500€ y la obtenida en el extranjero es de 500€, éstas últimas equivalen al 25% de las rentas totales. Si el tipo de gravamen en Italia fuera del 33%, por el total se pagarían 660€, de manera que el límite total de deducción será 165€, que equivale al 25% de 660. Finalmente, si el impuesto pagado en el extranjero es de 115€, éste se deducirá íntegramente, pero si fuera de 180€, sólo se deducirán los 165€ que marcan el límite máximo de detracción (Ejemplo tomado de PIAZZA, M., *op. cit.*, p. 1046).

<sup>1290</sup> En relación al impuesto sobre la renta de no residentes, se consideran obtenidos en territorio italiano: a) Los rendimientos inmobiliarios; b) Los rendimientos de capital pagados por el Estado; c) Los rendimientos del trabajo en relación de dependencia, cuando haya sido realizado en Italia; d) Los rendimientos del trabajo autónomo, obtenidos en territorio italiano; e) Los rendimientos empresariales derivados de la actividad empresarial desarrollada en Italia; f) Las rentas diversas obtenidas de la actividad desarrollada en territorio italiano y de los bienes situados en su territorio, y la plusvalía derivada de la transmisión de título oneroso de participaciones en sociedades residentes; g) Los rendimientos indicados en el artículo 5, 115 y 116 imputables a los socios, asociados o participantes no residentes.

aclara expresamente que la deducción impositiva se aplica tanto a los impuestos generales como a los impuestos a cuenta.

España ha establecido métodos para evitar tanto la doble imposición jurídica como la económica. Para ello recurrió al método de exención y al de imputación, los cuales se encuentran regulados en el articulado del TRLIS.

- Método de exención:

El artículo 22 del TRLIS exime de pagar impuesto a las rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera de España, de manera que, en estos supuestos, España cede su potestad tributaria. No obstante, para ello deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) que la renta obtenida por el establecimiento permanente proceda de la realización de actividades empresariales en el extranjero (art. 21 TRLIS);
- b) que el establecimiento permanente haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto; y
- c) que dicho establecimiento no se halle situado en un paraíso fiscal.

En líneas generales, se considera que una entidad opera mediante un establecimiento permanente en el extranjero cuando, por cualquier título, disponga fuera del territorio español, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que realice toda o parte de su actividad.

- Método de imputación:

El artículo 31 del TRLIS consagra el sistema de imputación limitada por países.

En primer lugar, permite que en los casos en que la base imponible del sujeto pasivo se integren rentas obtenidas y gravadas en el extranjero, se deduzcan de la cuota íntegra la menor de las dos cantidades siguientes:

- a) el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por un gravamen de idéntica o análoga naturaleza al Impuesto sobre Sociedades (IS);
- b) el importe de la cuota íntegra que correspondiera pagar en España por las mencionadas rentas de haberse obtenida en territorio español.

Al imponer estas restricciones vemos España también ha optado por el sistema de imputación limitado, y no íntegro. Asimismo, el importe del impuesto pagado en el extranjero formará parte de la base imponible, aún cuando no fuese plenamente deducible.

Asimismo, la normativa opta por la modalidad de imputación “por país”, ya que establece que la deducción se realizará agrupando las rentas procedentes de un mismo país.

Para concluir con el artículo 22 del CDIHI, el 4º párrafo dispone que cuando las rentas percibidas por un residente de cualquiera de los Estados Contratantes sean eximidas en alguno de ellos, el Estado eximente podrá calcular el importe del impuesto que grava las restantes rentas de ese residente teniendo en cuenta las rentas exentas.

Esta norma, que coincide con el MCOCDE, tiene por objeto salvaguardar la progresividad impositiva del sistema. En otras palabras, se trata de asegurar la aplicación de uno de los principios constitucionales-tributarios propios de los países occidentales, posibilitando considerar la renta exenta para determinar el tipo de gravamen progresivo que se aplicará sobre el resto de la renta<sup>1291</sup>.

### **3. Consideraciones finales**

Los resultados impositivos de las rentas derivadas de derechos de emisión son bastante similares en ambos convenios. No obstante, algunas de estas consideraciones reflejarán aquellas cuestiones en las que existen diferencias.

1. La renta derivada de la compraventa habitual de derechos de emisión se ubica dentro de la categoría de beneficios empresariales, regulada en el artículo 7 de los convenios.
2. Los beneficios empresariales que una empresa de un Estado Contratante obtenga de la compraventa de derechos de emisión, sólo podrán ser gravados en dicho Estado. Pero en el caso que la empresa desarrolle su actividad en el otro Estado por medio de un establecimiento, la tributación será compartida.
3. La aplicación práctica de la consideración anterior se materializa de la siguiente manera:
  - a) Una persona física, residente en el Estado Contratante A, que se dedica habitualmente a la compra y venta de derechos de emisión, sin ser titular de instalaciones contaminantes, vende a una persona

---

<sup>1291</sup> CALDERÓN CARRERO, J. M., *op. cit.*, p. 489; VALENTE, P., “Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni”, 2ª Ed., Ed. Ipsoa, Rozzano, 2001, p. 329.



residente en el otro Estado Contratante B, una determinada cantidad de derechos.

Si el vendedor realiza esta actividad sin mediación de un establecimiento permanente en el Estado B, sólo podrá gravar los rendimientos que de ella se deriven, la Hacienda del Estado A. Pero si existe un lugar fijo de trabajo radicado en el Estado B, la tributación es compartida. Esta situación se resuelve con los métodos que establece el convenio para evitar la doble imposición.

Ocurrirá lo mismo en el caso contrario, es decir, si la persona física reside en el Estado B y el comprador en el Estado A.

b) Una persona física, residente en el Estado A, que habitualmente compra y vende derechos de emisión, y es titular de una instalación contaminante, transfiere derechos contaminantes a una persona residente en territorio del Estado B.

Si el vendedor realiza esta actividad sin mediación de un establecimiento permanente en el Estado B, sólo la Hacienda del Estado A podrá gravar los rendimientos que de ella se deriven. Pero si existe un lugar fijo de trabajo radicado en el Estado B, la tributación se comparte nuevamente. Esta situación también se ha de resolver con los mecanismos que prevé el convenio para tales efectos.

Ocurrirá lo mismo en el caso contrario. La persona física reside en el Estado B y el comprador en el Estado A. Pero para que el supuesto tenga sentido, la instalación contaminante del vendedor nunca puede estar localizada en Argentina, ya que es un país sin restricciones de emisión.

c) Una persona jurídica residente en el Estado A, que normalmente comercializa permisos de emisión pero que no posee instalaciones

contaminantes, enajena parte de sus derechos a una persona residente en territorio del Estado B. El resultado es el mismo que en el punto a).

d) Una persona jurídica residente en el Estado A, dedicada a la comercialización de derechos de emisión y titular de instalaciones contaminantes, vende permisos contaminantes a una persona que reside en el Estado B. El resultado será idéntico al del punto b). Aquí también vale la aclaración de las instalaciones contaminantes en territorio argentino.

4. Ambos convenios adoptan el método de imputación de rentas para atribuir los beneficios a los establecimientos permanentes, aunque en el caso del Convenio con Argentina es mucho más amplio.

En virtud de ello, cuando las operaciones que se realicen en el marco del Convenio con Italia, se atribuirán al establecimiento permanente única y exclusivamente las rentas imputables al mismo.

Pero cuando se aplique el Convenio con Argentina, no sólo se atribuyen al establecimiento las rentas de la compraventa de derechos de emisión imputables directamente al mismo, sino también las derivadas de los siguientes rubros:

- Las ventas de derechos de emisión realizadas en el Estado del establecimiento permanente, aunque no se imputen directamente al mismo;
- Las actividades de compra y venta de derechos de emisión realizadas en el Estado del establecimiento permanente, incluso aunque no haya existido mediación alguna por parte de éste.

Esto implica que si las actividades de los establecimientos permanentes nada tienen que ver con la compra y venta de derechos

de emisión o similares, las rentas derivadas de estos últimos sólo podrán ser gravadas por el Estado de la casa matriz.

En ambos tratados se afirma que la sola compra de derechos de emisión por parte de un establecimiento permanente para la casa central, no habilita para atribuirle beneficios.

5. Cuando las transferencias de derechos de emisión realizadas entre la casa central y sus establecimientos permanentes no respeten el principio de *arm's length*, el valor de facturación se ha de sustituir por el valor normal de mercado.

Para ello se utilizará el método del precio libre comparable. En el caso de los derechos de emisión, su valor debe basarse en el precio medio de venta registrado en los mercados mundiales en el momento en que se realiza la transferencia. Basta con revisar los precios de los mercados de los países donde residen las partes de la transacción económica.

6. Si bien es cierto que los dos tratados recurren a la misma noción general de establecimientos permanentes, la definición del Convenio con Argentina, por influencia del Modelo de la ONU, acaba siendo más amplia que la del Convenio con Italia.

Las principales razones de esta dicotomía son las siguientes:

- Cuando se establece el supuesto especial de las obras e instalaciones temporales, el Convenio con Argentina toma un plazo de 6 meses frente a los 12 meses del Convenio con Italia;
- El Convenio con Italia adopta una definición negativa más amplia que su homólogo con Argentina. El primero incluye las instalaciones y depósitos de mercancías con el único fin de

almacenarlas, exponerlas o entregarlas; mientras que el Convenio con Argentina omite la entrega;

- En el caso de los agentes independientes, el Convenio con Argentina restringe los supuestos en los que no se considera establecimientos permanentes. Concretamente, son establecimientos cuando el representante realiza todas o gran parte de sus actividades en nombre de la empresa.

7. Si dos o más empresas asociadas acuerdan un tratamiento diferenciado para la transmisión de los derechos de emisión y, en virtud de ello, obtienen una renta menor de la que se hubiera percibido, la Hacienda del país donde debieron haberse obtenido los beneficios adicionales, podrá someterlos a imputación junto con los efectivamente percibidos.

En este punto existe una diferencia entre ambos convenios, más formal que operativa. El Convenio con Argentina agrega un apartado específico para determinar la manera en que los Estados realizarán estos ajustes. Pese a esta omisión del Convenio con Italia, la cuestión puede solucionarse perfectamente con el procedimiento amistoso.

8. La renta obtenida por la venta esporádica de derechos de emisión, tanto por personas físicas como jurídicas, ingresa en el concepto de ganancias de capital del artículo 13 de los convenios. Los derechos de emisión entran en el artículo 13.2 (bienes muebles), dejando de lado el último y quinto apartado (otros bienes).

En el caso del Convenio con Italia esta distinción es sumamente importante, ya que mientras que en el punto 2 la tributación es compartida, en el último apartado se atribuye únicamente al Estado donde reside el transmitente. Diferencia que no presenta el Convenio con Argentina.

9. Las utilidades derivadas de la compraventa aislada de derechos de emisión, incluso aquellos elementos patrimoniales afectos a la actividad, serán gravadas por el Estado de residencia de la casa central, aunque sean obtenidas en otro Estado. Pero si en este otro Estado existe radicado un establecimiento permanente, las rentas podrán ser gravadas por éste último.

10. Los convenios utilizan el método de imputación o crédito fiscal para eliminar la doble imposición, permitiendo deducir un importe igual al impuesto pagado en el otro país. Dentro de las diferentes variantes se optó por el método limitado, ya que la deducción no puede exceder de la fracción de impuesto (antes de la deducción) correspondiente a las rentas percibidas en el otro país.

Los tratados bilaterales presentan algunas diferencias a la hora de regular el método del crédito fiscal. Entre las más importantes se encuentran las siguientes:

- El Convenio con Argentina recoge la cláusula *tax sparing* a favor de Argentina, para no neutralizar las medidas de fomento de la inversión adoptado por este país (cláusula menos común entre países OCDE);
- El Convenio con Italia consagra expresamente la cláusula de progresividad fiscal, ya que posibilita considerar la renta exenta para determinar el tipo de gravamen progresiva que se aplicará sobre el resto de la renta.

## **CONCLUSIONES**

Manteniendo la estructura y la metodología inicial del presente trabajo, consideramos conveniente exponer las conclusiones en cuatro partes, las cuales se corresponden con los cuatro bloques temáticos que componen la tesis.

### **PRIMERA PARTE: Evolución normativa del mercado de derechos de emisión de CO<sub>2</sub>**

1) Estamos ante un mercado sumamente novedoso, cuyo objeto de comercialización escapa a todo lo conocido hasta el momento. Ante ello, resulta fundamental la claridad de la regulación.

Tanto a nivel internacional como a nivel interno, el proceso normativo se ha ido gestando gradualmente, y si bien hay cosas que han quedado claras, aún faltan muchas cuestiones por definir. Entre las cuestiones más prioritarias está la continuación del sistema después del año 2012.

2) A juzgar por los intereses en juego, es evidente que para acordarse otro Protocolo se producirán grandes cambios. Entre los más importantes podemos mencionar el número de países con restricciones ambientales, los porcentajes de emisión asignados a cada Estado Parte y los plazos de cumplimiento.

3) Más allá de los grupos escépticos, hoy por hoy se puede decir que los resultados de este mercado han sido favorables. Por un lado, está comprobado que la emisión de CO<sub>2</sub> ha disminuido a nivel mundial; y por el otro, que además de los resultados ecológicos existe un importante beneficio económico, ya que es un mercado que cada año mueve un mayor volumen de dinero.

4) No vamos a negar que el sistema está expuesto a numerosas y fundadas críticas, pero a juzgar por los resultados ambientales y económicos obtenidos hasta el momento, no caben dudas que el mercado de derechos de emisión tiene vida más allá del Protocolo de Kioto, y que sobrevivirá a su fecha de caducidad inicial: el año 2012.

### **SEGUNDA PARTE: Aspectos jurídicos del mercado de derechos de emisión de CO<sub>2</sub>**

1) El intercambio de derechos de emisión es un mecanismo estatal de protección ambiental de carácter permisivo-mixto, basado en el sistema de mercado *cap-and-trade*.

2) Su utilización como mecanismo es sumamente útil ya que no sólo protege al medioambiente sin anular la voluntad de los administrados, sino que su implantación genera consecuencias económicas positivas.

3) Este mercado sólo transfiere la titularidad de derechos que permiten liberar CO<sub>2</sub>, pero en modo alguno esta transacción implica la transmisión de la propiedad de la atmósfera. Su objetivo es justamente proteger la capa de ozono como bien común a todos los seres humanos, bajo la premisa de quien contamina debe pagar.

4) Aunque parezca paradójico, al permitirse la emisión de gases contaminantes de manera controlada y limitada, lejos de perjudicar al medioambiente, se lo está protegiendo. De esta manera, partiendo de la base que es imposible desarrollarnos como seres humanos sin contaminar el ambiente que nos rodea, se procura que todos podamos seguir disfrutando de sus bondades.

### **TERCERA PARTE: Tributación sobre la renta de los residentes en España**

1) El presente trabajo nos permite advertir la marcada multifuncionalidad de los derechos de emisión. Su tenencia y comercialización puede responder a los más variados fines y esta circunstancia acaba repercutiendo en su tratamiento fiscal.

2) Este mercado se complica aún más si consideramos la gran variedad de sujetos que pueden participar en el mismo. Inicialmente tenemos al Estado, pero luego intervienen tanto personas físicas como jurídicas, sean o no emisoras de gases contaminantes.

3) La aplicación de la normativa fiscal interna está supeditada en gran medida a la clase de sujeto que se trate, ya que el tratamiento tributario de las personas físicas y jurídicas es diferente. Tanto en uno como en otro caso, resulta fundamental determinar si se trata de un beneficio empresarial o de una ganancia o pérdida patrimonial.

4) La determinación del tipo de rentas está marcada por la vocación de continuidad y habitualidad de las actividades del contribuyente. Si se dan estas notas estamos ante rendimientos empresariales, en caso contrario, se trata de ganancias o pérdidas patrimoniales.

5) Resulta sumamente complicado establecer *a priori* una fórmula o regla capaz de solucionar el encuadramiento de rentas de los derechos de emisión (rendimientos empresariales o ganancias patrimoniales). Son tan amplias las posibilidades que presenta este mercado que sólo nos queda recurrir a un análisis casuístico, tarea ésta propia de los tribunales y la administración.

6) La contabilización de los permisos negociables es un paso inevitable para la posterior liquidación del impuesto sobre la renta. Si



bien contamos con la RICAC de 2006 que determina la contabilidad de estos derechos, se trata de una normativa insuficiente ya que sólo se aplica a las instalaciones contaminantes, dejando fuera innumerables supuestos y sujetos.

Ante esta situación, cuesta entender que al configurar el nuevo Plan General Contable de 2007 no se haya aprovechado la oportunidad para regular íntegramente la contabilidad de los permisos de contaminación.

7) El trabajo demuestra que la regulación del plano contable y fiscal no sólo es esencial en la tributación de estos derechos, sino que también constituye una herramienta imprescindible en la planificación tributaria de las empresas.

Si a ello le sumamos que cada país confecciona libremente las normas contables y fiscales que atañen a este mercado, se abre un sinfín de posibilidades especulativas para sus operadores.

8) Esta falta de homogeneidad y cohesión normativa trae aparejada, al menos, dos grandes peligros: por un lado, la posible afectación de los principios fundamentales que rigen el libre mercado europeo; y por el otro, la eventual distorsión de los objetivos iniciales de este mecanismo ambiental, ya que la contaminación se puede acumular allí donde sea más rentable contaminar o hasta incluso, donde salga más económico transgredir las bases de dicho mercado.

9) A modo de propuesta, y en vistas del escenario planteado, somos partidarios de coordinar la regulación contable-jurídica de estos derechos, pero no sólo a nivel europeo (aquí sólo solucionaríamos el primer problema) sino a nivel mundial. Estamos ante un fenómeno que nació en la Organización de las Naciones Unidas y que sus

efectos trascienden las fronteras comunitarias, con lo cual, su regulación debe seguir el mismo camino.

Sabemos que se trata de una propuesta claramente ambiciosa, y hasta en cierto sentido utópica, debido a que si ya es complicado que los Estados acuerden la continuidad del Protocolo de Kioto, mucho más lo será respecto a cuestiones normativas que atañen a las empresas y economías de los países. Es por ello que creemos que la vía natural para lograr una efectiva coordinación es mediante el *soft law*.

#### **QUARTA PARTE: Tributación de la renta de los no residentes en España**

1) La aplicación de la normativa española sobre los no residentes está marcada por numerosas alternativas, fruto de la ya mencionada multifuncionalidad y complejidad de los derechos de emisión.

2) Se echa en falta una norma interna actualizada que sea capaz de dar solución a las nuevas realidades y relaciones jurídicas que presenta este mecanismo.

La novedad y complejidad de los permisos de emisión hace que sea difícil encuadrarlos dentro de sus disposiciones. Esto nos obliga a que en muchos casos prescindamos de la literalidad de la legislación para recurrir a su espíritu y así evitar caer en vacíos legales. Situación que se enmendaría con una nueva redacción.

3) La aplicación e interpretación del TRLIRNR nos deja interesantes reflexiones sobre la tributación de las rentas de estos derechos:

3.a) Respecto a los beneficios empresariales, la mera inscripción de estos derechos en los registros pertinentes nunca puede considerarse como un establecimiento permanente.

3.b) Respecto a las ganancias patrimoniales, el punto de conexión es el lugar donde se encuentran los permisos de contaminación, es decir, donde estén registrados y no donde se ejerciten.

La combinación de estas consideraciones nos permite concluir que el registro de los derechos, por sí sólo, no puede hacer que la transmisión de aquéllos tribute según el régimen de los beneficios empresariales, pero sí que lo haga según el régimen de ganancias patrimoniales.

4) El vasto ámbito material de aplicación de los modelos de convenio, comprensivo de todo tipo de rentas, hace que sea imposible dejar fuera de su contenido a los ingresos derivados de permisos negociables. Pero esto no significa que la tarea sea sencilla.

Existen una serie de cláusulas de carácter subsidiario que nos reenvían de un artículo a otro, y suelen generar confusiones. Para superar este obstáculo es fundamental no perder de vista la naturaleza jurídica de los permisos de emisión de CO<sub>2</sub>: bienes muebles intangibles.

5) La aplicación del MCOCDE y del MCONU no presenta mayores diferencias en relación a las rentas de las cuotas de emisión. No obstante hemos de estar atentos a una serie de cuestiones que pueden alterar el tratamiento fiscal dependiendo del modelo utilizado.

5.a) El concepto de establecimiento permanente es más restrictivo en el Modelo de la OCDE que en el de la ONU, tanto en su delimitación positiva como negativa. Esta cuestión es trascendental, no sólo

porque la existencia o no de un establecimiento permanente es clave en la aplicación de los convenios sino porque las transacciones de derechos de emisión se suelen valer de estos establecimientos.

5.b) A la hora de atribuir las utilidades a los establecimientos permanentes ambos convenios utilizan el principio de la fuerza de atracción limitada, pero en el MCOCDE, al atribuirle sólo las rentas que le sean imputables, su aplicación es mucho más estricta que en su homólogo de la ONU. Esto hace que los convenios que siguen al Modelo de la OCDE permitan obtener simultáneamente utilidades empresariales y ganancias de capital de los derechos de emisión.

5.c) A diferencia del MCONU, el MCOCDE no atribuye utilidades a un establecimiento permanente por la mera compra de bienes o mercaderías para la empresa. Las disposiciones de este último permiten una mayor flexibilidad fiscal en la compra de derechos para la casa central por parte de un establecimiento. No obstante, recordemos que esta operatoria será viable hasta que se renueven o se suscriban los convenios de doble imposición, ya que el MCOCDE 2010 se equipara al MCONU en esta cuestión.

6) Mediante el estudio de los convenios con Argentina e Italia hemos comprobado que en general ambos acuerdos se inspiran, como era de esperar, en los respectivos modelos internacionales: El MCONU, en el caso de Argentina, y el MCOCDE, en el caso de Italia. Esta circunstancia podrá modificarse con el tiempo a partir de la postura que adopten estos convenios bilaterales de cara al MCOCDE 2010.

7) La citada correspondencia de convenios y modelos se ha de matizar en el acuerdo con Argentina. El artículo 7.4 se aparta del su modelo guía (MCONU) al no atribuir ningún beneficio a los

establecimientos permanentes por el mero hecho de que éste compre bienes para la empresa.

Estamos ante un precepto que puede ser muy útil respecto a los derechos de emisión, y en el que ambos convenios coinciden en seguir al MCOCDE. Pero no podemos olvidar que éste fue uno de los puntos revisados por el MCOCDE 2010.

8) Es una realidad que el mercado de derechos de contaminación comenzó a operar hace más de cinco años en Europa y tres años en el mundo entero, asimismo hemos visto que, haya o no reemplazo del Protocolo de Kioto, lo más probable es que este mecanismo continúe. Esto nos lleva a reclamar una urgente modificación del TRLIRNR que añada una mención expresa a la fiscalidad internacional de estos derechos. Esta medida sería un paso más de la tan anhelada seguridad jurídica que viene reclamando este mercado.

9) Uno de los temas de investigación que nos interesarían desarrollar en un futuro es la aplicación de los nuevos preceptos del MCOCDE 2010 una vez recogidos por los convenios bilaterales.

Por otra parte, también nos gustaría realizar un estudio comparativo entre la fiscalidad internacional de los derechos de emisión y los certificados de emisiones reducidas, como mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto.

Más allá de estas conclusiones, el sistema aún arroja muchas dudas e interrogantes que no tardarán en aparecer en la práctica. Esta circunstancia no debe sorprendernos ya que es inevitable cada vez que se intenta regular un nuevo negocio jurídico, y máxime cuando es tan complejo como éste.

Estamos ante un nuevo mercado cuyas connotaciones tributarias resultan imposibles de concretar desde un primer momento. Los contribuyentes aprovecharán estos vacíos legales y, haciendo uso de la economía de opción, escogerán por el tratamiento fiscal que les sea más favorable. Ante este panorama resultará fundamental la interpretación que adopten las Haciendas y los tribunales cuando se enfrenten ante casos concretos.

En definitiva, la tarea de identificar las repercusiones fiscales de este nuevo fenómeno es un largo proceso que requiere, por un lado, la puesta en marcha de este mercado para evidenciar sus disfunciones y, por el otro, la consecuente aparición de los operadores jurídicos encargados de la interpretación jurídica.



## **CONCLUSIONS**

Maintaining the initial structure and methodology of the present work, we consider convenient to expose the conclusions in four parts corresponding to the four areas in which this thesis is divided.

### **FIRST PART: Regulatory evolution of the market of emission rights of CO<sub>2</sub>**

1) This is a new market, different to anything we have seen before. For that reason, it is essential that its regulations be clear and that they stand on their own. The regulatory process has evolved gradually. Whereas some issues are clear, there are many questions to resolve. Among the most critical is how the system will continue after 2012.

2) Judging by the interests at play, it is clear that any new Protocol will contain many changes. These changes will particularly involve the number of restricted countries, the percentages of allowed emissions assigned to each country and the deadlines for compliance.

3) Beyond the skepticism of some, today we can say that the results have been favorable. The emission of CO<sub>2</sub> has diminished worldwide. In addition to the ecological benefits, there has been an important economic benefit. Each year the market of control of emissions moves a greater volume of money.

4) It cannot be denied that the system is vulnerable to numerous and well founded criticism, but given the ecological and economic benefits obtained to date, the market of rights of emission will undoubtedly continue beyond its initial expiration date of 2012.



## **SECOND PART: Legal aspects of the market emission rights of CO<sub>2</sub>**

1) The emission rights exchange it is a government mechanism of environmental protection, permissive and mixed, based in the cap-and-trade market system.

2) It is an extremely useful mechanism because it protects the environment without frustrating the individual will and creating positive economic consequences.

3) Participants in this market transfer only the CO<sub>2</sub> emission rights ownership, and never the ownership of the atmosphere. The purpose of this trade it is to protect the ozone layer, shared by all humans, based on the premise that polluters should pay.

4) By allowing a limited and controlled emission of greenhouse gases not only we are not damaging the environment, but we are also protecting it. Taking into account the proved fact that it is impossible to achieve an economic development without contaminating the environment in any way, this new mechanism intends that people can enjoy it with minimum damages.

## **THIRD PART: Taxation of income for Spain residents**

1) This thesis underlines the marked multi-functionality of the emission rights. The possession of these rights can be motivated by a different purposes and this situation will influence its fiscal treatment.

2) This market is furthered complicated if we consider the variety of entities that can participate in it. Initially we have the State, but then

there is the intervention of individuals and legal entities, whether or not they generate contamination.

3) At the time of applying internal tax regulations, the great variety of entities involved in the process forces us to implement rules applicable to the particular legal nature of the participant, individuals or legal entities. In either case, it is essential to determine whether to a business profits or a capital gain.

4) In order to determine the exact category of income, we have to pay attention to the business activity having certain continuity (present or potential). If it has, we will be dealing with business profits; if not, they would be capital gains or losses.

5) It is highly complicated to establish a general rule able to categorise properly the emission rights incomes. The capabilities that this market presents are so large that we are obligated to resort to case by case analysis. This duty is proper of the Courts and the Administration.

6) The accounting of the emission rights it is a necessary step to tax return the income tax. The Resolution of 2006 determines the accounting of these rights, but it is insufficient given that it only applies to contaminant installations leaving unregulated innumerable situations and persons. Knowing this, it is a shame that the new Plan General Contable de 2007 did not take the opportunity to completely regulate the accounting of the emission rights.

7) The thesis proves that the accounting and fiscal regulation is not only essential in the emission rights taxation, but it also represents an important instrument for the companies tax planning. But if we throw in that each country determines its own accounting and fiscal

rules for this new market, a large number of speculative possibilities open up for its participants.

8) This lack of regulatory homogeneity and cohesion brings with it at least two serious dangers. On one hand it affects the fundamental principles that govern the free European market. On the other hand, it may bring the possible distortion of the initial objectives of this environmental mechanism. This is because contamination may prevail where it is more profitable to contaminate, or even where it is more economical to violate the rules of the market.

9) In view of this scenario, we support the coordination of the accounting-law regulation of the emission rights, not only in Europe (here we will only solve the first problem) but worldwide. We are dealing with phenomena born out of the United Nations affecting the whole world. Therefore, its regulation must follow the same path.

We know that our proposal is extremely ambitious, perhaps utopian in a way. If it will be difficult to get the nations to agree to continue the Protocol of Kyoto, it will be even more so to get consensus on regulatory issues affecting commercial enterprises and economies of those nations. For that reason we think that soft law it is the natural way to achieve an effective.

#### **FOURTH PART: No-resident income taxation**

1) The application of the Spanish law for no-residents incomes presents a large number of alternatives because of the aforementioned multi-functionality and complexity of the emission rights.

2) It is fundamental to achieve an updated internal law able to find solutions for the new market and legal relationships that emission rights trade presents.

The innovation and complexity of this market makes it difficult to frame the emission rights. This situation forces us in many cases to do without the written law, focusing upon the spirit of it in order to solve the current legal vacuum. A new writing of the law would put matters right.

3) The implementation and interpretation of the TRLIRNR allows us to draw interesting reflections about the taxation of emission rights income:

3.a) Business profits: The only registration of the emission rights can never be considered like a permanent establishment.

3.b) Capital gains: The connection point is the place where the emission rights are registered.

The combination of this consideration allows us to conclude that the only registration cannot mean that the taxation of these rights will be according to the business profits system, but under the capital gains treatment.

4) The wide scope of model convention relates with practically all the income categories. This involves that it is impossible to consider the emission rights income out of its contents. But this do not means its inclusion will be easy.

The large quantity of model convention subsidiary clauses sends us to a lot of articles and it is normal to incur in mistakes. In order to

overcome these obstacles it is fundamental to do not forget the legal nature of the emission rights: intangible asset.

5) The OECDMC and UNMC implementation do not practically present differences in relation with the emission rights incomes. Nevertheless we have to pay attention to several issues that could change the taxation treatment depending from the used model.

5.a) The concept of permanent establishment it is more restrictive in the OECD model than the UN's, both in the positive delimitation and in the negative's. This issue it is very important because considering the existence or not of this establishment it is essential in the convention implementation and because the emission rights trade usually use the permanent establishment.

5.b) When is time to attribute the profits to the permanent establishment both models convention use the force of attraction rule, but in the OECD one it is much more restrictive than in the UN model. So when a bilateral convention adopts the OECD criterion allows obtaining simultaneously business profits and capital gains.

5.c) Differently from the UNMC, the OECDMC do not attributes profits to a permanent establishment merely because of purchase of emission rights for its company. The regulation of the OECD model concedes larger tax flexibility in all these cases. Nonetheless we must remind that the OECDMC 2010 version gives the same legal treatment than the UNMC, in this way the new bilateral conventions or the updated agreements will adopt this new OECD criterion.

6) The Argentinean and Italian bilateral tax treaty analysis shows that both agreements are normally inspired by the respective model convention: The UNMC for Argentina and the OECDMC for Italy. This

circumstance could be altered by the criterion of the bilateral conventions after the OECDMC 2010.

7) The cited model and bilateral convention correspondence has its exceptions in the case of Argentina. Article 7.4 moves away from its natural model (UNMC) because does not attribute any profit to the permanent establishment for the only reason that this purchases goods for its company.

We are in front of a very useful disposition related the emission rights and both tax treaties are coincident to the OECD model. But we cannot forget that this was one of the revised points by the OECDMC version.

8) Everybody knows that emission rights market started since more than five years ago in Europe and since three years in the whole word. We also know it is quiet certain that this market will be continuing in spite of Kyoto Protocol. For this reason we claim an urgent modification of the TRLIRNR which would be able to regulate these rights in a specific way. This measure will be an important step in order to achieve the awaited legal certainty.

9) One of the future research issues that we are interested in it is the OECDMC 2010 rules implementation related with the new bilateral convention.

Anyway we also are interested in developing a comparative study between two flexible mechanisms of the Kyoto Protocol: The emission rights and the certificated emissions reduction (CERs).

Beyond all these conclusions there are a lot of doubts and unanswered questions around this market system that will appear

soon in the practice. But this circumstance it is inevitable when some new legal business it is regulated.

We are in front of a new market which tax consequences are impossible to define at the first moment. The contributors will probably take the advantage of these legal vacuums choosing the fiscal treatment more favourable for them. Considering that reality it will be essential the interpretation taken by the Courts and the Tax Administrations in the specifics cases.

In short, the task to identify the tax connotations of this new phenomenon it is a large process that require, on the one hand, the running of this market in order to show the possible mistakes and wrong consequences and, on the other hand, the opinion and criterion of the legal interprets.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

- ABBOTT, K. W. and SNYDAL, D., “Hard and soft law in international governance”, in 45° International Organization, 2000, p. 405/415;
- AGULLÓ AGÜERO, A., “Estructura de la imposición sobre la renta y el principio de capacidad contributiva”, en Revista Española de Derecho Financiero, N° 37, 1983, p. 23/60;
- AGULLÓ AGÜERO, A., “Operaciones vinculadas”, en Estudios sobre el impuesto de sociedades (Coord.: Perfecto Yebra Martul-Ortega, César García Novoa y Antonio López Díaz), 1998, p. 167/186;
- AGULLÓ AGÜERO, A., “Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas”, en Presente y futuro de la imposición directa en España (Coord.: Antonio Miguel Cayón Galiardo, Juan Arrieta y Martínez de Pisón), 1997, p. 601/618;
- AGULLÓ AGÜERO, A., “Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario”, en Civitas Revista Española de Derecho Financiero N° 36, 1982, p. 555/562;
- AIZEGA ZUBILLAGA, J. M., “La imposición ecológica dentro de la tributación extra-fiscal”, en Fiscalidad Ambiental, abril-1998, p. 327/332;
- AIZEGA ZUBILLAGA, J. M., “La utilización extra-fiscal de los tributos y los principios de justicia tributaria”, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001;
- ALBADALEJO, M., “Derecho Civil”, 16° Ed., Tomo I, Madrid, 2004;
- ALENZA GARCÍA, J. F. y SARASÍBAR IRIATE, M., “Cambio climático y energías renovables”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007;
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M., “Los impuestos autonómicos de carácter extra-fiscal”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994;
- ALONSO OROZA, S. y otros, “Política ambiental y desarrollo sostenible”, Instituto de Ecología y Mercado, Madrid, 1999;



- AMATUCCI, A., “La riserva di legge”, in “Tratatto di Diritto Tributario” (Dir.: Andrea Amatucci), V. I-1, Ed. Cedam, Padova, 1994;
- AMATUCCI, A., “L’Ordinamento Guiridico Finanziario”, Nápoles, 1979;
- ARBOUR, J. M. y LAVALLÉE, S., “Droit international de l’environnement”, Ed. Éditions Yvon Blais, Québec, 2006;
- ARESPACOHAGA, J., “Planificación fiscal internacional: convenios de doble imposición, estructuras fiscales y tributación de no residentes”, 2ª Ed., Ed. Marcial Pons, 1998;
- ARREGUI ARRIAGA, J., "Fiscalidad de las operaciones sobre derecho de emisión de gases de efecto invernadero", en Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, 2004, Vol. III, 1ª Ed., T. XIII, Ed. Thomsom Aranzadi;
- ARTOLA GONZÁLEZ, M., “La Unión Europea apuesta por el Protocolo de kioto: el mercado europeo de derechos de emisión ya está en marcha”, MEDA: Medio ambiente, biodiversidad y desarrollo, N° 21, 2004;
- BAENA AGUILAR, A., “La obligación real de contribuir en el impuesto sobre la renta de las personas físicas”, Ed. Aranzadi, 1994;
- BAENA AGUILAR, “Protección impositiva del medio natural”, en CISS Noticias de la Unión Europea, N° 122, 1995, p. 4/20.
- BAENA AGUILAR, A.; CALDERÓN CARRERO, J.M.; GARCÍA PRATS, A.; y OTROS, "Comentarios a la ley del impuesto sobre la renta de no residentes", Ed. Civitas, Madrid, 1999;
- BARCELONA LLOP, J., “Consideraciones sobre el dominio público natural”, RArAP, N° 13 (1998);
- BARDE, J. P., "Economie et politique de l’environnement”, Ed. Puf, París, 1991;
- BARRETT, S., “Environment and Statecraft, The Strategy of Environmental Treaty-making”, Oxford University Press, New York, 2003;

- BILBAO ESTRADA, I.; GARCÍA PRATS, F.A.; CORNEJO PÉREZ, A. y OTROS, “La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro” (Coord.: Iñaki Bilbao Estrada; Francisco A. García Prats y Alberto Cornejo Pérez), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009;
- BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., "El impuesto sobre sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero" en CEF, Contabilidad y Tributación, N° 285, diciembre 2006;
- BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., "Régimen tributario de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>", en CISS - Tribuna Fiscal, N° 190 - 191, agosto - sept. 2006;
- BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., "Régimen tributario de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>", en CISS - Tribuna Fiscal, N° 194, diciembre 2006;
- BODANSKY, D., “The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary”, Yale Journal of International Law, Vol. 18, N° 2, 1993;
- BREIDENICH, C. L.; MAGRAW, D.; ROWLEY, A. y RUBIN, J. W., “The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change”, Ajil, 1998;
- BUÑUEL GONZÁLEZ, M., “El Uso de instrumentos económicos en la política del medio ambiente”, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 1999;
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Convenios Fiscales Internacionales”, Ed. CISS, Valencia, 2005;
- CALVO ORTEGA, R., “Las tasas de las Haciendas Locales: aspectos problemáticos”, en Revista Crónica Tributaria, N° 6, 1973;
- CAMERON, P. D. y ZILLMAN, D., “Kyoto: from Principles to Practice”, Ed. Klumer Law International, 2001;

- CAMPIGLIO, L. y Otros, "The Environment alter Río. International Law and Economics", Graham & trotman/Martines Nijhoff, 1994;
- CACCIAPUOTI, E., "I rapporti tra casa madre e stabile organizzazione: tra valore di mercato e costo storico", in Rassegna tributaria N° 1, di gennaio-febbraio 2010, p. 173 y ss;
- CARBAJO VASCO, D., "Algunas notas sobre la tributación del comercio de derechos de emisión", en Noticias de la Unión Europea, N° 258, Año XXII, julio 2006;
- CAMPINS ERITJA, M. (Coord.), "Los retos de la aplicación del Protocolo de Kioto en España y Canadá", Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2005;
- CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Guía del impuesto sobre la renta de no residentes", 1° Ed., Ed. CISS, Bilbao, 2003;
- CASTILLO DAUDI, M., "La protección internacional de la atmósfera: De la contaminación transfronteriza al cambio climático, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales", Ed. Vitoria, Gasteiz, 1994;
- CASTILLO I SOLSONA, M.; ENCISO I RODRÍGUEZ, J. P. y FARRÉ I PERDIGUER, M., "Fiscalitat autonòmica i medi ambient", Ed. Atelier, Generalitat de Catalunya (Institut d'Estudis Autonòmics), Barcelona, 2002;
- CASAS, J. O.; GUTMAN, M. G. y NAVEIRA DE CASANOVA, G., "Residencia y domicilio: Aspectos de derecho común y tributario en el derecho argentino", en Revista Latinoamericana de Derecho Tributario, N° 0, 1996, p. 131/180;
- CASTILLO SOLSONA, M., "La imposición sobre la renta de no residentes en la legislación española", Ed. Universitat de Lleida, Lérida, 2001;
- CHECA GONZÁLEZ, C., "Impuesto sobre la renta de no residentes", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999;

- CHUECA SANCHO, Á. G., “Cambio Climático y Derecho Internacional”, Fundación Ecología y Desarrollo, Zaragoza, 2000;
- CORCELLE, G., 20 ans après Stockholm: “La conférence des Nations Unies de Río de Janeiro sur l’environnement et le développement: Point de départ ou aboutissement? », Revue du Marché Commun et de l’UNIÓN Européenne, Février, 1993;
- CORDÓN EZQUERRO, T., “Utilidades empresariales con y sin establecimiento permanente”, en “Manual de fiscalidad internacional” (Dir: Teodoro Cordon Ezquerro), Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007;
- CRUZ AMORÓS, M., "Fiscalidad de los derechos de emisión de gases contaminantes", en Estrategia Financiera, N° 236, febrero 2007 ;
- CUERDO MIR, M. y RAMOS GOROSTIZA, L., “Economía y naturaleza”, Ed. Síntesis, Madrid, 2000;
- DALES, J. H., “Pollution property and prices”, Universidad de Toronto Press, Toronto, 1968;
- DAVID, M.; COTTRELL, P. and NANCE, M. T., “Soft law, hard law and European integration: toward a theory of hybrid”, November 2005, University of Wisconsin legal studies research paper N° 1002, p. 29 y ss.;
- DAVIES, P. G., “European Union Environmental Law”, Ed. Ashgate, England, 2004;
- DE EMITA, E., “Principi di diritto tributario”, 4ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2007;
- DE LUCA, A., “La stabile organizzazione in Italia. Definizione, aspetti patologici, operatività e planning”, Ed. Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, 2009;
- DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., “Medio ambiente y empresa: de la confrontación a la oportunidad”, 1º Ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2001;

- DEL GIUDICE, M., “La stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall’Italia”, in il Fisco n. 45, del 1/12/2008;
- DÍEZ PICAZO, L., “Responsabilidad civil ambiental”, en Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa”, Madrid, 2003;
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLON, A. “Sistema de derecho civil”, 11º Ed., Vol. I, Madrid, 2003;
- DOMÍNGUEZ RUÍZ DE HUIDOBRO, A., "Contabilidad de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero" en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año N° 25, N° 102, 2006;
- DOMÍNGUEZ SERRANO, J., “La prevención y control integrado de la contaminación”, Ed. Montecorvo, Madrid, 2003;
- DRAGONETTI, A.; PIACENTINI, V. e SFONDRINI, A., “Manuale di fiscalità internazionale”, 3ª Ed., Ed. IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2008;
- ELVIRA BENITO, D., “El establecimiento permanente. Análisis de sus definiciones y supuestos constitutivos en Derecho español”, Ed. Tirant monografías, Valencia, 2007;
- ENGELEN, F., “Interpretation of tax treaties under international law”, IBFD Publications, Amsterdam, 2004, p. 457/476;
- ESPLUGUES MOTA, C., “Derecho del comercio internacional”, 2ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006;
- ESTEVE PARDO, J., “Derecho del medio ambiente”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005;
- FANTOZZI, A., “Diritto tributario”, 2ª Ed., Ed. Utet, Torino, 1998;
- FEDELE, A., “Corrispettivi di pubblici servizi, prestazioni imposte e tributi”, in Rivista di Diritto Financiero, 1971;
- FERNÁNDEZ CUESTA, C., MONEVA, J.M. y LARRINAGA, C., "Derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Registro,

- valoración e información", en Partida Doble, Año XVI, N° 182, noviembre 2006;
- FERNÁN DE GATTA SÁNCHEZ, D., "Unión Europea y cambio climático: el régimen europeo del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, N° 5, 2004;
  - FERREIRO LAPATZA, J. J., "Curso de derecho financiero español. Instituciones", 25° Ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006;
  - FICHERA, F., "Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale", Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1973;
  - FIORENTINO, S., "Valutazione al fair value delle immobilizzazioni materiali: trattamento fiscale e risvolti applicativi dell'eventuale "plusvalore" imputato direttamente a patrimonio (con particolare riferimento agli enti bancari e creditizi), in Innovazione e Diritto (Revista online), N° 6-2006, p. 58/66;
  - FORTE, F., "Il problema della progressività con particolare risguardo al sistema tributario italiano", in Rivista di Diritto Finanziario, 1952;
  - FOY, P.; NAMIHAS, S.; NOVAK, F. y VERA, G., "Derecho Internacional Ambiental", Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Ambientales, Fondo Editorial 2003, Lima, 2003;
  - FRANCO SALA, L., "Política Económica del Medio Ambiente", Ed. Cedecs, Barcelona, 1995;
  - FREESTONE, D. y STRECK, C., "Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms. Making Kyoto Work", Oxford University Press, 2005;
  - FREESTONE, D. y HEY, E., "The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation", Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1996;

- FUENTES BODELÓN, F., “Derecho Administrativo de los bienes (Dominio Público y Patrimonio)”, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977;
- FUSTER, R., "Fiscalidad de los derechos de emisión de CO2", en Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural (Ejemplar dedicado a: Tributación ambiental en España), Nº 12, 2007;
- GAFFURI, G., “L’attitudine alla contribuzione”, Giuffrè Editore, Milano, 1967;
- GALLEGO LÓPEZ, J.B., "La tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito de la imposición directa", en Nueva Fiscalidad, Nº 4, 2008;
- GARCÍA BELSUNCE, H. (Director), “Tratado de tributación, derecho tributario”, Tomo I – Volumen 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003;
- GARCÍA ETCHEGOYEN, M. F., “El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004;
- GARRIDO FALLA, F., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III, 11ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2002;
- GIL PÉREZ, A.; TERRASA MONASTERIO, M. y SÁNCHEZ LÓPEZ, A. (Directores), "Comentarios al impuesto sobre la renta de las personas físicas y al impuesto sobre la renta de no residentes", Cuatrecasas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000;
- GIL RODRÍGUEZ, J., “Manual de Derecho Civil”, Ed. Marcial Pons, 3ª Ed., Madrid, 2001;
- GISPERT, C., “Grandes biografías”, Ed. Océano, DL 1993;
- GILLESPIE, A., “Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution – Legal Commentaries with Policy and Science Considerations”, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006;
- GINER INCHAUSTI, B., "La contabilidad de los derechos de emisión: una perspectiva internacional", en Revista Española de Financiación y contabilidad, Vol. XXXVI, Nº 133, enero - marzo 2007;

- GONZÁLEZ POVEDA, V.: “Tributación de no residentes”, Ed. La Ley, 2ª Ed., Las Rozas, 1993;
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Thomson Aranzadi, Año 2005 -1, N° 7;
- GRUBB, M.; VROLJK, C. y BRACK, D., “The Kyoto Protocol: A Guide and Assessment”, Royal Institute of International Affaire, Earthscan, 1999;
- GUARDIOLA SACARRERA, E., “La compraventa internacional”, 2ª Ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2001;
- GUTIERREZ FRANCO, Y., “El sistema europeo de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Análisis de la propuesta de Directiva europea de 23 de octubre de 2001”, Noticias de la Unión Europea, N° 223, 2003;
- HANISH, T. (ed.), “A comprehensive Approach to Climate Change, Center for International Climate and Energy Research”, Oslo, 1991;
- HERRERA MOLINA, P. M., “Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998;
- HERRERA MOLINA, P. M., “Desgravaciones tributarias y protección del medio ambiente (análisis a la luz de los principios constitucionales y del derecho europeo), en Fiscalidad Ambiental, abril-1998, p. 133/159.
- HERRERA MOLINA, P. M. y SERRANO ANTON, F.: “Aspectos constitucionales y comunitarios de la tributación ambiental (especial referencia al impuesto sobre el dióxido de carbono y sobre la energía)”, Civitas. Revista Española de Derecho Financiero, N° 83, 1994;
- HERRERA MOLINA, P. M. y SERRANO ANTÓN, F., “El tributo ecológico balear: ¿Un impuesto sobre el volumen de ventas?”, en Noticias de la Unión Europea, N° 119, 1994, p. 41/50;



- HERRERO DE LA ESCOSURA, P. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.I., “Impuesto sobre la renta de los no residentes”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007;
- HORTALÁ I VALLVÈ, J., “Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición”, Ed. Thomson-Aranz--adi, Navarra, 2007;
- HUNTER, D.; SALZMAN, J. y ZAELKE, D., “International Environmental Law and Policy”, 2º Ed., Ed. Foundation Press, New York, 2002;
- IRANZO, J. E. (Director), “Medio ambiente y mercado en España”, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000;
- JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P., “El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente”, Ed. Ecoiuris, Madrid, 2001;
- JUNCEDA, J., “Cuestiones medioambientales”, Ed. Colex, Madrid, 1999;
- JUSTE RUIZ, J., “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999;
- JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección de la atmósfera y el Derecho Internacional”, Gestión Ambiental, N° 2, Madrid, 1999;
- KISS, A. y BEURIER, J. P., “Droit International de l’environnement”, 2º Ed., Ed. Pedone, París, 2000;
- LA COMMARA, U., “La nozione di stabile organizzazione secondo l’OCSE en ella legislazione fiscale interna - Monografia n. 1-2007”, in Il Fisco n. 4, del 29/91/2007, p. 447 y ss.;
- LÁZARO CALVO, T., “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Ed. Atelier, Barcelona, 2005;
- LEJEUNE VALCARCEL, E., “Aproximación al principio de igualdad tributaria”, en Seis Estudios de Derecho Constitucional e Internacional Tributario, Edersa, Madrid, 1980;

- LEO, M., “Le imposte sui redditi nel testo unico”, T. 1, Ed. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007;
- LEÓN JIMÉNEZ, R., “El comercio de emisión de gases propuesto por el Protocolo de Kyoto: perspectiva internacional y europea”, Unión Europea Aranzadi, N° 10, octubre de 2003;
- LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., "El protocolo de Kioto y la contabilidad de los derechos de emisión" en Técnica Contable, Año LVI, N° 670, diciembre 2004;
- LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., "La armonización del registro contable de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero: dificultades para el consenso", en Alta Dirección, N° 259/260, 2008;
- LÓPEZ GORDO, J.F., “La armonización de la imposición energética o un mercado sobre emisiones de gases de efecto invernadero”, Ed. La Ley, Madrid, 2008;
- LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F., "Normativa sobre el registro contable de los derecho de emisión", en Ecosistemas, N° 1, 2007;
- LOZANO CUTANDA, B., “Derecho ambiental administrativo”, 8° Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2007;
- LOZANO CUTANDA, B., “Diccionario de Derecho Ambiental”, Ed. Iustel, Madrid, 2006;
- LOZANO SERRANO, C., “Consecuencias de la Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho financiero y tributario”, Ed. Civitas, Madrid, 1990;
- MAGADÁN DÍAZ, M. y RIVAS GARCÍA, J., “Fiscalidad y medio ambiente en España”, 2° Ed., Septem Ediciones, Oviedo, 2004;
- MARTÍN JURADO, J.A. y MARTÍN ZAMORA, M.P., "El mercado de derechos de emisiones y su incidencia en el resultado empresarial", en Decisiones basadas en el conocimiento y en el papel de la

- empresa: XX Congreso anual de AEDEM, Vol. 2, 2007 (Comunicaciones);
- MARTÍN JURADO, J.A. y MARTÍN ZAMORA, M.P., "La contabilidad del mercado de emisiones de CO2. Consecuencias del protocolo de Kyoto", en Técnica Contable, Año LVII, N° 680, noviembre 2005;
  - MARTÍN MATEO, R., "Tratado de Derecho Ambiental", Vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991;
  - MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., "El nuevo PGC '07 y los derechos de emisión de CO2", en CISS - Tribuna Fiscal, N° 214-215, agosto-septiembre, 2008;
  - MANZONI, I., "Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano", Ed. Giappichelli, Torino, 1965;
  - MAFFEZZONI, F., "Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario", Ed. Utet, 1970;
  - Mc LOUGHLIN, J. y BELLINGER, E. G., "Environmental Pollution Control. An Introduction to Principles and Practice of Administration", International Environmental Law and Policy Series, Ed. Graham & Trotman/Martines Nijhoff, 1993;
  - MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M. y URÍA, R., "El contrato de compraventa mercantil: disciplina general", en Curso de Derecho Mercantil II (Coord.: Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez), 2ª Ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2007;
  - MICHELI, G.A., "Profili critici in tema di potestà di imposizione", in Rivista di Diritto Finanziario, 1964-I;
  - MORA RUÍZ, M., "La gestión ambiental compartida: Función pública y mercado", Colección de Derecho Público, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007;
  - NAVEIRA DE CASANOVA, G., "Acerca de los fines extra-fiscales de la tributación", en Derecho Tributario, T. XII, N° 69, marzo-1996, Buenos Aires, 151/165;

- NAVEIRA DE CASANOVA, G., “La política fiscal del medio ambiente y para la protección de los consumidores en la comunidad europea”, en *El Derecho*, T. 157, Buenos Aires, junio-1994, p. 798 a 809;
- NAVEIRA DE CASANOVA, G., “Las políticas comunitarias de medio ambiente y para la protección de los consumidores: su incidencia en el derecho comunitario europeo”, en *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, V. 44, N° 233, 1994, p. 1005/1024;
- NAVEIRA DE CASANOVA, G., “Principios jurídicos constitucionales del derecho tributario: la capacidad contributiva y la no confiscatoriedad. Sus posibles vinculaciones”, en *Periódico Económico Tributario*, N° 97, noviembre-1995, Buenos Aires, p. 1/15;
- NAWIASKY, H., “Cuestiones fundamentales de derecho tributario”, traducción y notas de J. Ramallo, Instituto de Estudios Fiscales, 1982;
- NEUMARK, F., “Principios de la imposición”, 2° Ed., Ed. IEF, Madrid, 1994;
- OBERTHÜR, S. y OTT, H. E., “UN/Convention on Climate Change. The First Conference of the Parties”, EPL, Berlin, 1996;
- OBERTHÜR, S. y OTT, H. E., “The Kyoto Protocol – International Climate Policy for the 21st Century”, Ed. Springer, Berlin, 1999;
- OCDE, “Politique de l’environnement comment appliquer les instruments économiques”, Paris, 1991;
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. y otros, “Lecciones de derecho del medio ambiente”, 4° Ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005;
- OSCULATI, F., “La tassazione ambientale”, Ed. Cedam, Padova, 1979;
- PAGÈS I GALTÉS, J., “La fiscalidad de las aguas (especial referencia a la legislación catalana)”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995;
- PAGÈS I GALTÉS, J., “Fiscalidad de las aguas. Especial referencia a la legislación catalana”, en *Derecho del medio ambiente y*

- administración local, Ed. Diputación de Barcelona-Civitas, Madrid, 1996, p. 705/732;
- PATERSON M. y GRUBB M., "The International Politics of Climate Change", Ed. International Affaire, 1992;
  - PELÁEZ MARQUÉS, M., "Convenio para evitar la doble imposición internacional entre España y Argentina", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004;
  - PÉREZ DE AYALA, J. L., "Fundamentos de derecho tributario, 6º Ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2004;
  - PÉREZ GIL, A.; TERRASA MONASTERIO, M. y SÁNCHEZ LÓPEZ, A. (Directores), "Comentarios al impuesto sobre la renta de las personas físicas y al impuesto sobre la renta de no residentes", Cuatrecasas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000;
  - PÉREZ ROYO, F., "Derecho financiero y tributario. Parte general", 20º Ed., Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2009;
  - PÉREZ ROYO, F., "Curso de Derecho Tributario. Parte Especial" (Coordinador: Fernando Pérez Royo), 3º Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009;
  - PIAZZA, M., "Guida alla fiscalità internazionale. Tassazione dei redditi prodotti in Italia e all'estero Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", 9ª Ed., Ed. Il Sole 24 ore, Milano, 2004;
  - PICCIAREDDA, F. e SELICATO, P., "I tributi e l'ambiente. Profili ricostruttivi", Giuffrè Editore, Milano, 1996;
  - PICHOT, F. y RAPADO, J. R., "La fiscalidad y el medio ambiente. Políticas complementarias", Versión Española, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 1994;
  - PIGOU, A. C., "The economics of Welfare", Ed. Macmillan, Londres, 1920;
  - PISTONE, P., "Medidas contra la doble imposición internacional: la experiencia europea y América Latina", en Estudios de derecho

- tributario constitucional e internacional: Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar, Depalma, Buenos Aires, 2005, 727/741;
- PISTONE, P., “Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente, in Diritto Pratico Tributario, 1998/2, II, p. 361/393;
  - PISTONE, P., “Soft tax coordination: a suitable path for the OECD and the EU to address the challenges of international double (non) taxation in VAT/GST systems, in Lang, M. et al. (eds.), Value Added Tax and Direct Taxation—Similarities and Differences, IBFD Publications, Amsterdam, p. 1161/1170;
  - PISTONE, P., “Soft tax law: steering legal pluralism towards international tax coordination, in Weber, D. (ed.), Traditional and alternative routes to European tax integration, IBFD Publications, Amsterdam, p. 97/116;
  - PISTONE, P., “Tratados fiscales internacionales y *soft law*”, en El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 1197/1208;
  - PLASS, G. N.: “Infrared Radiation in the Atmosphere”, American Journal of Physics 24, Issue 5, 1956;
  - PRATS GARCÍA, F. A., “El establecimiento permanente”, Ed. Tecnos, Madrid, 1996;
  - PRATS GARCÍA, F. A., “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, Revista Crónica Tributaria N° 133/2009 (101-123), 2009;
  - PUERTA, J.F., “¿Son socialmente responsables las empresas?”, en Partida doble, N° 182, Noviembre 2006, Año XVI;
  - QUERALT, J. M.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., “Curso de derecho financiero y tributario”, 21° Ed., Revisada y puesta al día, Ed. Tecnos, Madrid, 2010;
  - RAIMONDI, C.A. y ATCHABAHIAN, A., “El impuesto a las ganancias”, 5ª Ed. integralmente revisada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010;

- RAMOS MARTÍN, J., “De Kyoto a Marrakech: historia de una flexibilización anunciada”, *Ecología Política*, N° 22, 2002;
- REOL JIMÉNEZ, T. y VELAYOS JIMÉNEZ, F., “Utilidades empresariales con y sin establecimiento permanente”, en “Manuel de fiscalidad internacional” (Dir: Teodoro Cordón Ezquerro), Vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007;
- REVESZ, R. L.; SANDS, P. y STEWART, R. B., “Environmental law, the economy and sustainable development. The United States, the European Union and the International Community”, Cambridge University Press, Cambridge, 2000;
- ROBILANT, A., “Genealogies of soft law”, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, 2006, p. 499/525;
- RODRIGUEZ ARIZA, L.; FERNÁNDEZ PAVÉS, M.; LÓPEZ GORDO, M. G. y LÓPEZ GORDO, J. F., “El Mercado Europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 232, 2004;
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., “El registro de los derechos de emisión de dióxido de carbono”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Thomson Aranzadi, Año 2007-2, N° 12;
- RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, A., “Fiscalidad y planificación fiscal internacional”, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2003;
- ROJAS QUIÑONEZ, C. M., “Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia”, Universidad Externado de Colombia, Ed. Sigma Editores Ltda., Bogotá, 2004;
- ROSEMBUJ, T., “Elementos de Derecho Tributario”, PPU, Barcelona, 1988;
- ROSEMBUJ, T., “Los tributos y la protección del medio ambiente”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995;

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

- ROSEMBUJ, T., “Tributos ambientales”, en *Fiscalidad Ambiental*, abril-1998, p. 43/62;
- ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F.: “El precio del aire. Aspectos jurídicos del mercado de derechos de emisión”, Ed. El Fisco, Barcelona, 2005;
- ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F., “La posible calificación de la unidad de carbono: qué son y qué pueden llegar a ser en Derecho Español”, *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, N° 44-45 (2002);
- ROUSSEAU, S., “Changement climatique et Droit Communautaire. Étude sur la régulation juridique des émissions de gaz à effet de serre par des mesures internes”, *Faculté de Droit et des Sciences Juridiques*, Université de Nantes, 2001;
- RUESCA, S. M. y DURÁN, G. (Coordinadores), “Empresa y Medio Ambiente”, Ed. Pirámides, Madrid, 2000;
- RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)” (Coord.: José Ramón Ruiz García y José Manuel Calderón Carrero), Ed. Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004;
- RUSSO, P., “Manuale di diritto tributario”, Giuffrè Editore, Milano, 1994;
- SAINZ DE BUJANDA, F., “Lecciones de derecho financiero”, 10ª Ed., Universidad Complutense – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, Madrid, 1993;
- SALA ARQUER, J.M., “¿Derecho a contaminar?”, *La Razón*, 21 de julio de 2004;
- SÁNCHEZ LÓPEZ, A. (Director), “Comentarios al impuesto sobre la renta de no residentes”, Cuatrecasas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003;



- SANDS, P., "Principles of international environmental law", 2º Ed., Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
- SANDS, P. y GALIZZI, P., "Documents in International Environmental Law", 2º Ed., Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2004;
- SANTOS BRIZ, J.; SIERRA GILDE DE LA CUESTA, I.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y PAZ RUBIO, J.M., "Tratado de derecho civil. Teoría y práctica", T. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 2003;
- SANZ RUBIALES, I., "El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España", 1ª Ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007;
- SANZ RUBIALES, I., "Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", CIVITAS – Revista Española de Derecho Administrativo, 2005, Tomo I;
- SARASÍBAR IRIARTE, M., "Régimen jurídico del cambio climático", Colección DP. Derecho Público, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006;
- SAURA ESTAPÁ, J., "El cumplimiento del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático", Ed. Publicaciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2003;
- SCHRIJVER, N. y WEISS, F., "International Law and Sustainable Development, Principles and Practice", Martinus Nijhoff Publishers, Oegstgeest, 2004;
- SERRANO ANTÓN, F., "Fiscalidad Internacional" (Coordinador: Fernando Serrano Antón), 3º Ed., Ed. CEF, Madrid, 2007;
- SILVERIO, A., "La tutela ambientale in campo internazionale", Le monografie de Contratto e impresa, Serie diretta da Francesco Galgano, Ed. CEDAM, Padova, 1996;
- SIMONETTO, E., "Commentario al código civile", Ed. Zanichelli, 1976;

LA TRIBUTACIÓN EN ESPAÑA DE LA RENTA DERIVADA DEL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE CO<sub>2</sub>

- STAVINS, R. N., "Transaction costs and the performance of markets for pollution control", Discussion paper núm. QE93-16, Resources for the Future, 1993;
- SOLER ROCH, M. T., "Incentivos a la inversión y justicia tributaria", Ed. Civitas, Madrid, 1983;
- SOLER ROCH, M.T. y NÚÑEZ GRAÑÓN, M., "El impuesto sobre la renta de no residentes: Hecho imponible y criterios de sujeción", en *Fiscalidad Internacional* (Coordinador: Serrano Antón, F.), 3º Ed., Ed. CEF, Madrid, 2007;
- SOZZA, G., "Criticità fiscali nell'internazionalizzazione dell'impresa", alegato n. 10 a *Il Fisco* n. 24, del 13/06/2005, p. 34 y ss.;
- STESURI, A., "La stabile organizzazione post riforma fiscale", in *il Fisco* n. 17/2005-1, p. 2587 y ss. ;
- TESAURO, F., "Istituzioni di diritto tributario", V. 1, Parte generale, 7ª Ed., Ed. Utet, Torino, 2000;
- TOLBA M. K. y RUMMEL-BULSKA I., "Global Environmental Diplomacy: Negotiating Environmental Agreements for the World, 1973-1992", Ed. The MIT Press, Cambridge y London, 1998;
- UKCMAR, V., "Diritto tributario internazionale" (Coord.: Victor Ukcmar), 3ª Ed., Ed. CEDAM, Padova, 2005;
- URQUIZU CAVALLÉ, À., "La tributación de las rentas derivadas de la transmisión de derechos de emisión de gases contaminantes en el marco del comercio internacional (especial incidencia del IRNR)", en "La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro" (Coord.: Iñaki Bilbao Estrada; Francisco A. García Prats y Alberto Cornejo Pérez), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009;
- URQUIZU CAVALLÉ, À., "Los impuestos medioambientales autonómicos", en *El Fisco*, N° 117, 2006, p. 57/64;
- VACCA, I. "Gli IAS/IFRS e il principio della prevalenza della sostanza sulla forma: effetti sul bilancio e sul principio di derivazione

- nella determinazione del reddito d'impresa”, in *Rivista di diritto tributario*, N° 10/2006, p. 757/784;
- VALDÉS COSTA, R., “Curso de Derecho Tributario”, 2° Ed., Ed. Depalma – Temis – Marcial Pons, 1996;
  - VALENTE, P., “Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni”, 2ª Ed., Ed. Ipsoa, Rozzano, 2001;
  - VAQUERA GARCÍA, A., “Fiscalidad y medio ambiente”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999;
  - VICENTE-ARCHE DOMINGO, “Consideraciones sobre el hecho imponible”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, N° 39, 1960;
  - VOGEL, K., “Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar”, 3ª Ed., Munich, Ed. C.H. Beck, 1966;
  - WERKSMAN, J., “Compliance and the Kyoto Protocol: building a backbone into a ‘flexible’ regime”, *Yearbook of International Environmental Law*, N° 9, 1998;
  - VILLEGAS, H. B., “Manual de Finanzas Públicas, La economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000;
  - WOODSIDE, G. y AURRICCHIO, P., “Auditoría de sistemas de gestión medioambiental. Introducción a la norma ISO 14001”, Traducción y revisión técnica Invarig-ingeniería, Ed. Antonio García Brage, Madrid, 2001;
  - YÁBAR STERLING, A. (Directora), “La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002;
  - YAMIN, F. y DEPLEDGE, J., “The International Climate Change Regime. A Guide to Rules, Institutions and Procedures”, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2004.