



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

Capítulo 7
EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS CERs EN EL IMPUESTO
SOBRE SOCIEDADES¹

Juan Ignacio Gorospe Oviedo

Profesor Agregado de Derecho Financiero y Tributario
Cátedra ENDESA de Fiscalidad y Cambio Climático
Instituto CEU de Disciplinas y Estudios Ambientales
Universidad CEU San Pablo

SUMARIO: 1. La Base Imponible del Impuesto Sobre Sociedades y los MDL. 2. La controvertida naturaleza de los créditos resultantes de los MDL. 3. Los CERs en el régimen de operaciones vinculadas. 4. Valoración Fiscal de los CERs: Titularidad y registro. 5. El Gasto Fiscal por CERs: Pérdidas por deterioro y provisiones. 6. Transmisión, cancelación y entrega de los CERs. 7. Aplicación a los CERs de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios. 8. Deducciones por inversiones medioambientales. 9. Conclusiones. Bibliografía.

1. LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y LOS MDL

La Cumbre climática de Copenhague de diciembre de 2009 pretendía cerrar un pacto vinculante de reducción de emisiones a nivel mundial, pero se tuvo que posponer para la conferencia de México, celebrada a finales de 2010²: La 16ª edición de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en Cancún, se limitó a mantener vivo el proceso de negociaciones internacionales sobre el Cambio Climático en el marco de la ONU. También se reforzaron los MDL para traducir más inversiones mayores y tecnología de los países desarrollados en proyectos ambientalmente seguros y sostenibles de reducción de emisiones en el mundo en desarrollo. En definitiva, habrá que esperar a la cumbre de Durbán (Sud-

¹ Trabajo realizado en el marco de los proyectos de investigación «La tributación del comercio de derechos de emisión y su problemática legal y contable» (USP/BSCH-04/08) y «Fiscalidad y Cambio Climático» del Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2010/14799).

² El principal escollo fue que EEUU no quería perder competitividad y que países como China (la principal emisora), La India o Brasil se negaban asumir compromisos por no ser responsables de las emisiones en la misma medida que los países desarrollados. No obstante, se fijaron unos objetivos de mitigación de los efectos del cambio climático, y también se estableció un sistema para informar sobre el nivel de emisiones de los países y un marco para la transferencia de tecnología, elemento muy importante para los Estados en vías de desarrollo. En todo caso, para dotar de credibilidad al sistema a nivel mundial será preciso que la UE ponga en marcha rápidamente el mecanismo de financiación a corto plazo destinado a apoyar a los países pobres. Como dijo Gro Harlem Brundtland, ex primera ministra Noruega y desde 2007 enviada especial de Naciones Unidas para el Cambio Climático «proporcionar mecanismos de financiación estables para favorecer estas políticas de mitigación (II Convención sobre Cambio Climático y Sostenibilidad, Albacete, 12-2-2010)».

áfrica), en diciembre de 2011, y considerar que el Protocolo de Kyoto vence a final de 2012 y hay, que garantizar que a partir de esa fecha los países sigan conteniendo sus emisiones en unos límites seguros.

Sin embargo, en Europa continuamos con nuestra hoja de ruta. La Directiva 2004/101/CE, por la que se modificó la Directiva 2003/87/CE, profundizó el vínculo entre el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión y el Protocolo de Kioto, haciendo compatibles con dicho régimen los mecanismos basados en proyectos del Protocolo: el desarrollo limpio y la aplicación conjunta. La Directiva 2003/87/CE fue objeto de transposición en la Ley 1/2005, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, desarrollada por el Real Decreto 1031/2007, de 20 de julio, por el que se desarrolla el marco de participación en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kyoto.

Esta normativa se ha visto afectada por la aprobación, entre noviembre de 2008 y abril de 2009, de las Directivas 2008/101/CE y 2009/29/CE, que revisan la Directiva 2003/87/CE, reformando el régimen europeo de comercio de derechos de emisión y extendiendo su ámbito de aplicación³. Los cambios han obligado a modificar la Ley 1/2005, a través de la Ley 13/2010, de 5 de julio, con dos variaciones sustanciales a partir del uno de enero de 2013. De un lado, se suprimen los Planes nacionales de asignación adoptándose un enfoque comunitario para determinar el volumen total de derechos de emisión y su metodología de asignación. Se sustituyen por los denominados períodos de comercio, con una duración de ocho años. De otro, se reemplaza el sistema de gestión mediante registros nacionales de derechos de emisión por un registro comunitario único.

Los Mecanismos de Desarrollo Limpio se aplican entre países desarrollados y economías en transición⁴, mientras que la aplicación conjunta se utiliza entre países desarrollados y permite la transferencia tanto de tecnologías limpias como de las consiguientes reducciones de emisión originadas por los citados proyectos conjuntos. Aunque estos instrumentos no están directamente relacionados con el régimen de comercio, generan créditos homologables a derechos de emisión de GEI que pueden ser comercializados en el mercado internacional. El resultado será una reducción de los costes de cumplimiento de las instalaciones a las que se aplica el régimen.

Además, resultan beneficiosos para ambas partes involucradas, dado que en el supuesto de que el proyecto conlleve una reducción efectiva de las emisiones o un

³ Son la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, cuyo objeto es reducir el impacto en el cambio climático atribuible a la aviación, mediante la inclusión de las emisiones de las actividades de este sector en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión, y la directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, que revisa en profundidad el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión —según se expone en el texto—, al tiempo que se incluyen sectores industriales nuevos. Por último, se suprime la posibilidad de formar agrupaciones de instalaciones a partir de 2013.

⁴ La imposición a los países no incluidos en el Anexo I de limitaciones a sus emisiones de gases de efecto invernadero supondría en la práctica obstaculizar significativamente sus posibilidades de desarrollo. Consciente de esta realidad, el Protocolo de Kyoto ha reconocido la posibilidad de que dichos países puedan aumentar sus emisiones conforme demande su crecimiento económico, mostrando, no obstante, su interés por contribuir a que lo hagan mediante el desarrollo de prácticas respetuosas con el medio ambiente. Por esta razón creó los mecanismos de desarrollo limpio, mecanismos que buscan incentivar a los países del Anexo I para que se involucren en el desarrollo de estos países mediante el desarrollo en los mismos de proyectos dirigidos a reducir las emisiones o incrementar la absorción de gases de efecto invernadero.

increme
evaluad
créditos
sion Re
diente

En l
vías de
cutiva d
sin asis
reconoc
excepci
derecho

a) F

b) U

c) U

d) U

⁵ Le
o «Unid
a partir
Reducci
de proy
nes» (C
dades g
use char
Emision
Mecanis
das de
ción en
Emision
aún no
menor
RA DA
⁶ S

yectos
el ámbi
un núm
RCE».
comun
cohere
y a las
mático

incremento de la absorción de gases de efecto invernadero —cuestión que deberá ser evaluada y certificada por un experto independiente—, el inversor en los MDL recibirá créditos denominados «reducciones certificadas de emisiones», RCE (Certified Emission Reductions, CERs, en inglés)⁵, y el país anfitrión se beneficiará de la correspondiente mejora medioambiental y tecnológica.

En los MDL el protocolo establece la posibilidad de que sean los propios países en vías de desarrollo los que, previa autorización del organismo supervisor —la Junta Ejecutiva de los Mecanismos de Desarrollo Limpio—, lleven a cabo sus propios proyectos sin asistencia exterior y vendan los créditos resultantes en el mercado⁶. La Directiva reconoce de esta manera la validez de los créditos resultantes de los MDL, con las excepciones recogidas más abajo. En efecto, según el art. 20. 6 de la Ley 1/2005, los derechos de emisión pueden tener su origen en:

- a) El Plan Nacional de asignación de España.
- b) Un Plan Nacional de asignación de otro Estado miembro de la Unión Europea.
- c) Un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del Protocolo de Kioto o la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático, siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional.
- d) Una reducción certificada de emisión o una unidad de reducción de emisiones procedentes de los mecanismos de desarrollo limpio o de aplicación conjunta que sea expedida de conformidad con lo establecido en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, el Protocolo de Kioto y su nor-

⁵ Los títulos jurídicos de reducción de emisiones reconocidos por el Protocolo de Kyoto son: los AAUs o «Unidades de la Cantidad Atribuida» (Assigned Amount Units), unidades generadas por los países Anexo I a partir de sus inventarios nacionales en el año base y sus cantidades atribuidas; los ERUs «Unidades de Reducción de Emisiones» (o en su acepción inglesa Emission Reduction Units), unidades generadas a partir de proyectos de Implementación o Aplicación Conjunta; los CERs o «Reducciones Certificadas de Emisiones» (Certified Emission Reductions), ya citados; los RMUs o «Unidades de Absorción» (Removal Unit), unidades generadas por actividades domésticas de secuestro de carbono en el sector LULUCF (land use, land-use change and forestry activities conforme Artículos 3.3 y 3.4 PK); los tCER o «Reducciones Certificadas de Emisiones Temporales», unidades generadas a partir de actividades de forestación o reforestación en el Mecanismo de Desarrollo Limpio (Art. 12 del PK (LA LEY 224/2005)); los ICER o «Reducciones Certificadas de Emisiones a Largo Término», unidades generadas a partir de actividades de forestación o reforestación en el Mecanismo de Desarrollo Limpio (Art. 12 del PK); y los VERs o «Reducciones Verificadas de Emisiones», unidades generadas a partir de proyectos que reduzcan emisiones de dióxido de carbono, que aún no fueron certificadas y que son adquiridas contra entrega del informe de verificación. Su precio es menor que el de los CERs porque presentan mayores riesgos de no ser certificados y expedidos. Cfr. ROVIRA DAUDÍ, M^a, «El mercado de carbono», *Diario La Ley*, núm. 6916, 2008, pp. 4 y ss.

⁶ Según el art. 11.4 ter Directiva 2004 «hasta el 31 de diciembre de 2012, para las actividades de proyectos AC y MDL que reduzcan o limiten indirectamente el nivel de emisiones de instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, las URE y RCE podrán expedirse únicamente si se cancela un número igual de derechos de emisión del registro nacional del Estado miembro de origen de las URE o RCE». El plan especificará la cantidad máxima de RCE y URE que pueden utilizar los titulares en el régimen comunitario como porcentaje de la asignación de derechos de emisión a cada instalación. El porcentaje será coherente con las obligaciones de complementariedad del Estado miembro con arreglo al Protocolo de Kioto y a las decisiones adoptadas conforme a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático o a dicho Protocolo.

mativa de desarrollo y sea reconocida a los efectos de cumplir con la obligación de entrega de derechos de emisión. El reconocimiento podrá tener lugar siempre que:

- no hayan sido generadas por instalaciones nucleares,
- no hayan sido generadas por actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra o selvicultura,
- en el caso de proceder 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.

El Plan Nacional de Asignación 2008-2012 indica que España tiene que adquirir 289,39 millones de reducciones de emisión de carbono durante este periodo. De estas emisiones, el Gobierno va a asumir el 55% del total. Por lo tanto, tiene que adquirir 159,15 millones de las emisiones. Hasta la fecha, el Ejecutivo se ha comprometido a alcanzar 60 millones de toneladas. A lo que hay que añadir los 6,65 millones de toneladas ya adquiridas con un acuerdo con Hungría.

España ha hecho una clara apuesta a favor del Mecanismo de Desarrollo Limpio, basado en proyectos, en especial en América Latina, en el norte de África y en los países de Europa del Este⁷. Nuestro país ya ha participado de manera voluntaria en 84 proyectos con los que se va a reducir más de 120 millones de emisiones.

El art. 91 de la ley 2/2011 de Economía Sostenible creó un fondo de carbono de carácter público, adscrito a la Secretaría de Estado de Cambio Climático, con el objeto de generar actividad económica baja en carbono y contribuir al cumplimiento de los objetivos sobre reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos por España mediante actuaciones de ámbito nacional. No obstante, el crecimiento del mercado de carbono se ha estancado en el último año por la incertidumbre ante el futuro del mismo a partir del 2012 y por falta de impulso político fuera de la Unión Europea. Como revela el estudio «State and Trends of the Carbon, Market 2011», el Mercado primario de CERs (*Certified Emissions Reductions*) que agrupa la mayor parte de las transacciones basadas en proyectos, registró caídas de dos dígitos*. La razón de dicha caída se debe, entre otros motivos, a una menor demanda de créditos y a la elección de otros productos con un comportamiento más predecible (Derechos de Emisión Asignados o CERs del mercado secundario). Por su parte, el mercado de MDL se encuentra en sus niveles más bajos desde la entrada en vigor del Protocolo de Kyoto en 2005, con caídas del 46%, hasta situarse en los 1.500 millones de dólares en transacciones relacionadas con nuevos proyectos. Los autores del informe prevén que, en los próximos dos años, la diferencia entre la oferta acumulada y la demanda de crédi-

⁷ Véase el «Informe de España: demostración de progreso en virtud del artículo 3.2 del Protocolo de Kyoto», 2005 (<http://unfccc.int/resource/docs/dpr/esp1.pdf>).

* Puede verse en la web del Banco Mundial: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/ENVIRONMENT/EXTCARBONFINANCE/0,contentMDK:22928492~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:4125853,00.html>.

tos de carbono bajo los mecanismos del Protocolo de Kyoto será ligeramente inferior a los 140 millones de dólares. Prácticamente toda la demanda procederá de los gobiernos europeos. A partir del 2012, aunque la demanda de reducción de emisiones podría superar los 3.000 millones de toneladas, a día de hoy la única demanda realmente sustancial e incondicional proviene de Europa, con 1.700 millones de toneladas estimadas. La demanda esperada entre 2013 y 2020 se cree que podría ser satisfecha a través de los proyectos ya existentes, lo cual reduce los incentivos para los inversores a seguir invirtiendo y, así, continuar generando oferta de créditos de carbono.

La base imponible en estimación directa, régimen que normalmente se aplicará en el supuesto objeto de estudio, se calcula partiendo del resultado contable realizando, en su caso, los ajustes de acuerdo con el TRLIS (artículo 10.3 TRLIS). El resultado contable debe calcularse según la normativa mercantil vigente⁸.

Concretamente, los ajustes pueden obedecer a tres causas: diferencias de calificación, de valoración y de imputación temporal. Pueden distinguirse:

- Ajustes por diferencias de calificación. En este caso el ajuste obedece al hecho de que la norma contable considera como ingreso o como gasto algo que, desde una óptica fiscal, no merece tal consideración. O, a la inversa, la norma fiscal considera como gasto o ingreso algo que, desde la óptica contable no se califica como tal. Por ejemplo, la sanción de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso que contempla el art. 30 de la Ley 1/2005, cuando a 30 de abril no se han entregado los derechos de emisión equivalentes a las emisiones del año precedente, no es fiscalmente deducible pese a contabilizarse como tal.
- Ajustes por diferencias de valoración. En este caso el ajuste obedece al hecho de que la normativa contable y la normativa fiscal presentan reglas distintas para la valoración de ingresos y gastos.
- Ajustes por diferencias de imputación temporal. En este caso las diferencias obedecen al hecho de que las reglas contables y las reglas fiscales contemplan convenciones distintas respecto al periodo impositivo o ejercicio al que deben imputarse los ingresos y los gastos.

Desde el punto de vista contable se distingue entre diferencias permanentes y diferencias temporarias. Las primeras son las que no revierten en el futuro mediante un ajuste de signo opuesto. Son diferencias relativamente irrelevantes en términos cuantitativos y como regla general son diferencias conceptuales de calificación contable diferente a la fiscal. Por el contrario, las llamadas diferencias temporarias se identifican con aquéllas que revierten en periodos futuros. Es decir el ajuste surge en un determinado ejercicio con signo positivo o negativo y, en ejercicios posteriores, revierte con signo contrario. La gran mayoría de ajustes obedecen a esta idea pues, en definitiva, todos los ajustes por diferencias de valoración e imputación temporal comportan la

⁸ Arts. 34 a 39 del Código de Comercio, tras la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, y de forma más Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, ambos de 16 de noviembre y que aprueban, respectivamente, el Plan General de Contabilidad y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

necesidad, a efectos fiscales, de comprobar en ejercicios sucesivos los diferentes criterios que manejan las normativas contable y fiscal.

En los siguientes epígrafes se recogen estas cuestiones al hilo de la fiscalidad de los CERs. Primero se analizará la naturaleza y calificación jurídica de estos certificados, como paso previo al estudio de la tributación. A continuación se abordará su valoración y el cómputo de los ingresos percibidos por su transmisión. Después se mencionará los gastos deducibles que, en algunos casos, pueden constituir herramientas de planificación fiscal. Finalmente se tratarán las deducciones aplicables a las operaciones con MDL.

2. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA DE LOS CRÉDITOS RESULTANTES DE LOS MDL

El art. 2 del Real Decreto 1031/2007, de 20 de julio, por el que se desarrolla el marco de participación en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto, define la reducción certificada de emisiones como «una unidad expedida de conformidad con el artículo 12 del Protocolo de Kioto a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático».

El art. 12.3.b) del Instrumento de Ratificación del Protocolo de Kyoto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997, dispone que «las Partes incluidas en el anexo I podrán utilizar las reducciones certificadas de emisiones resultantes de esas actividades de proyectos para contribuir al cumplimiento de una parte de sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones». Ello implica su utilización como los derechos de emisión, que el art. 20 de la Ley 1/2005, bajo el título «naturaleza jurídica», configura como el derecho subjetivo a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley. Pero ello requerirá que se cumpla todo el proceso del proyecto de MDL: diseño, validación, registro, implementación, monitoreo, verificación y certificación. En total suelen transcurrir entre 12 y 19 meses hasta la obtención de los CERs⁹. Además, los CERs tienen una limitación de uso por complementariedad¹⁰.

⁹ Véase I. A. SÁNCHEZ: «El ciclo de proyectos del mecanismo de desarrollo limpio», AEA (http://www.serna.gob.hn/comunidad/unidades/cambio_climatico/Eventos%202009/Documents/EI%20Ciclo%20de%20Proyectos%20bajo%20el%20MDL.pdf). La verificación es la revisión periódica y la determinación ex post de las reducciones de emisiones de GEI. La certificación es la garantía escrita por una entidad operacional de que durante un tiempo específico la actividad del proyecto ha reducido una cantidad de emisiones verificada de acuerdo con todos los criterios previamente establecidos en el Protocolo de Monitoreo.

¹⁰ El Protocolo de Kyoto prevé que los «mecanismos flexibles» (implementación conjunta, mecanismo de desarrollo limpio y comercio de emisiones) sean suplementarios a las acciones domésticas de los países desarrollados para abatir las emisiones de efecto invernadero. De tal suerte que, bajo ciertos criterios, los países en desarrollo podrían ser restringidos en el uso de estos mecanismos. A medida que cae el precio de mercado de las RCE por la restricción de la demanda, disminuyen los beneficios. Un estudio de los MDL en Zimbabwe y Colombia muestra que en el primer país las ganancias por exportaciones bajan de 34 millones al año (si no existen límites) a 7,8 millones en el caso más restrictivo, y el superávit del productor se reduce en casi la mitad. En el caso colombiano, este estudio concluye que los impactos económicos de las restricciones a la complementariedad son severos. Conforme cae el precio, disminuye el número de proyectos viables a valores de venta reducidos, al igual que la cifra de toneladas de dióxido de carbono a recortar (<http://www.tierramerica.net/2000/suplemento/pag%2015.htm>).

En torno a la naturaleza jurídica de los CERs expedidos conforme a la reducción de emisiones certificada a través del Registro Nacional¹¹, puede hacerse un paralelismo con los derechos de emisión. Éstos han sido conceptuados en materia de IVA por diversas contestaciones de la Dirección General de Tributos como una licencia administrativa que habilita a su titular a la emisión a la atmósfera de un volumen determinado de dióxido de carbono proveniente de la producción de energía (DGT CV 5-7-06; 27-12-06). Pero, al margen de que las calificaciones jurídicas en el IVA y en el Impuesto sobre Sociedades no tienen por qué coincidir, ni tales derechos ni la expedición de los CERs constituyen una verdadera licencia administrativa. En efecto, una cosa es la autorización de emisión —auténtica autorización— y otra el CER —que no lo es—. Ni siquiera es obligatoria su tenencia antes de emitir, bastando con tener las cuotas suficientes cuando haya que entregar los derechos; ni se prevé actuación administrativa alguna sobre la cuota (poder de anulación y/o revocación). Tampoco cuadra con su naturaleza «autorizatoria» que puedan transmitirse a sujetos no autorizados para emitir GEI¹².

Otra alternativa es configurarlo como concesión demanial, pero la atmósfera no es un bien demanial, un bien de dominio público que pueda concederse otorgando un derecho real, sino un bien colectivo. Además, la compraventa de créditos permite que los CERs certificados en España (y afectados a la atmósfera «española») se consuman en otro Estado miembro, con lo que la atmósfera afectada no sería la española. Tampoco hay un uso exclusivo en el aprovechamiento del bien, como ocurre en las concesiones, que impiden a los demás el ejercicio del derecho de usar la cosa, mientras que aquí podrán usarla todos los que no perjudiquen gravemente el medio ambiente atmosférico. En realidad la titularidad de la Administración sobre los CERs no responde a la que se ejerce sobre un bien susceptible de concesión, sino que se trata de asegurar la protección de la atmósfera otorgando competencias al órgano que verifica y valida el proyecto para su certificación; no se reserva la titularidad del bien —que nunca ha tenido— sino los poderes de control ambiental. Finalmente, la transmisión de una concesión demanial debe estar previamente autorizada, la transmisión de CERs no precisa autorización, bastando su inscripción en el Registro¹³.

¹¹ La secretaría de la Convención, bajo la autoridad de la Junta Ejecutiva del MDL, ha puesto en marcha el registro del MDL para la asignación de CERs y su expedición a los registros nacionales. El registro MDL incluye las siguientes cuentas: 1. Una cuenta de transición a nombre de la Junta Ejecutiva, en la que se depositarán los CERs antes de su transferencia a las cuentas de haberes correspondientes; 2. Una cuenta de haberes para cada Parte no Anexo I en donde se realizarán actividades de proyectos MDL, y 3. Una cuenta para transferir el 2% de los CERs generados por el proyecto, destinados al fondo de adaptación del MDL. Toda la información mantenida en el Registro del MDL será accesible a través de un sistema público y transparente. La información contendrá el nombre del proyecto, la ubicación del proyecto, los años por los que los CERs fueron expedidos, la identidad de las Entidades Operacionales Designadas involucradas, los participantes en la validación, verificación y certificación del proyecto, así como las versiones electrónicas de todos los informes relacionados a la actividad de proyecto MDL. Además el Registro también deberá hacer pública la información no confidencial disponible de que dispone: la identidad de cada titular de cuentas, el nombre y la dirección de la entidad legal que representa a esa cuenta, el número serial de los CERs expedidos para esa cuenta, la identidad de las cuentas y sus respectivos registros nacionales. Cfr. ROVIRA DAUDÍ, M^a.: «El mercado de carbono...», ob.cit., p. 8.

¹² En suma, la calificación de las cuotas como autorizaciones puede servir para explicar su origen público pero no explica satisfactoriamente el libre intercambio de estos derechos. Cfr. AA.VV. (dir. SANZ RUBIALES, I.: *El mercado de derechos a contaminar (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 195 y 196.

¹³ Cfr. Ob. últ. cit., pág. 198 a 200. Al igual que la expedición, titularidad, transferencia, transmisión, entrega y cancelación de los derechos de emisión deberá ser objeto de inscripción en el Registro nacional de derechos de emisión.

Por tanto, la certificación y posterior expedición de CERs constituye una autorización administrativa *sui generis* que habilita para emitir determinados gases¹⁴, pero en todo caso debe haber una autorización administrativa constitutiva, no meramente declarativa, que permita la emisión de los gases previstos en la Ley¹⁵. Dicha autorización confiere el derecho de propiedad sobre los CERs, que son bienes incorpóreales de propiedad privada, libremente transmisibles pero con limitaciones temporales y de utilización, y sujetos a la obligatoria inscripción en un registro público.

En cuanto a la calificación jurídica de las operaciones realizadas con los CERs dependerá del régimen legal aplicable en cada Estado miembro, pues la Directiva no determina su naturaleza¹⁶. En el Impuesto sobre Sociedades la calificación variará en función de la finalidad que se persiga con la comercialización de los CERs, de igual forma que un inmueble puede conceptuarse como inmovilizado tangible, mercadería o activo financiero, según se trafique con el mismo de forma esporádica, habitual o sea objeto de titulación. Por tanto, hay que determinar en primer término su posible uso, bien para cumplir con la entrega de derechos impuesta por la Directiva 2003/87/CE, bien para realizar con ellos el tráfico habitual de la empresa, bien para comercializarlos y obtener una rentabilidad con fines meramente especulativos¹⁷.

Para las empresas de los sectores incluidos en la Ley 1/2005¹⁸, partiendo de que los CERs generados o adquiridos constituyen derechos de propiedad sobre bienes inmateriales (la emisión de gases a la atmósfera), de carácter temporal por cada período de asignación, y susceptibles de intercambio económico, lo más correcto es calificarlos como activos intangibles. Específicamente, puede asimilarse su tratamiento al que para los derechos de emisión estableció la Resolución del ICAC de 8 de febrero de 2006 —que fija el tratamiento contable bajo el anterior Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) pero puede aplicarse al nuevo, según dispone la DT 5ª del nuevo PGC aprobado por RD 1514/2007, siempre que no lo contravenga—, integrándose en el

¹⁴ En tal sentido se pronuncia SANZ RUBIALES en relación a los derechos de emisión. Ob. últ. cit., pág. 200.

¹⁵ Consideramos aplicable en este punto lo que señala VIÑUELA HOJAS en relación a los derechos de emisión. Cfr. VIÑUELA HOJAS, M.: «Naturaleza jurídica de los derechos de emisión negociables generados a raíz del protocolo de Kyoto y sus consecuencias», *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 14, pág. 98.

¹⁶ Cfr. FIELD en relación con los derechos de emisión (Foundation for International Environmental Law and Development), «Internacional Workshop on The Legal Nature of Emissions Reductions», 25-26 mayo, 2004, Londres, pág. 16.

¹⁷ Esta diferenciación es apuntada en relación a los derechos de emisión por BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A. I.: «El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 78, 2006, pág. 110. También la propone GALLEGU LÓPEZ, J. B.: «La tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito de la imposición directa», *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, 2008, págs. 83 y ss. Anteriormente se había pronunciado sobre su calificación como activo intangible o mercadería CSIKÓS, K., «Internacional Tax Implications of Tradable Allowances», *European Taxation*, vol. 47, núm. 3, 2007, cuando afirma que «if a company holds the allowance for compliance purposes, it should be treated as an intangible asset. Where the company holds the allowance for trading purposes, it should be classified as inventory» (p. 143).

¹⁸ A los incluidos en la redacción inicial de la Ley hay que añadir, en virtud de la reforma operada por la Ley 13/2010, sectores industriales como la producción de aluminio, cobre, zinc y metales no férricos en general, el secado y calcinado de yeso, la producción de ácido nítrico, ácido adípico, glioxal y ácido glioxálico, amoníaco, compuestos orgánicos de base, hidrógeno y carbonato sódico, y la captura, transporte por tubería, y almacenamiento de CO. Asimismo, aparecen por primera vez en el ámbito de aplicación gases distintos del CO₂: los perfluorocarburos en la producción de aluminio, y el óxido nitroso en la fabricación de algunos productos en la industria química.

inmovilizado inmaterial. En cuanto al exceso de CERs sobre los gases emitidos¹⁹ podría incluirse en la categoría de «Activo no corriente mantenido para la venta» en cuanto que se trata de un elemento de activo que va a estar destinado a la venta²⁰, lo cual supondría cuantificarlos por el menor de los dos importes siguientes: su valor contable y su valor razonable menos los costes de venta. Ello requeriría un plan de venta preestablecido con la previsión de hacerlo en el plazo de un año y a un precio adecuado en relación con su valor razonable actual²¹. Sin embargo, consideramos mejor mantener su calificación como activos intangibles pues no se perjudica la imagen fiel y redunda en una mayor seguridad jurídica. Además, la norma de valoración 7ª obliga a contabilizarlo en el momento de su clasificación por el menor de los dos valores apuntados, lo que impediría su revalorización, y en un mercado tan volátil como éste no reflejaría la imagen fiel.

En las empresas que trafiquen habitualmente con ellos se trataría de «activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación», definición que coincide con la contenida en el grupo 3 del Plan General de Contabilidad relativa a las existencias, y al tratarse de bienes adquiridos por la empresa y sometidos a venta sin transformación, serían asimilables a las mercaderías aunque de naturaleza intangible.

En el tercer supuesto, empresas que los comercialicen con un fin especulativo, considerando que la regulación de estos créditos y su contenido homogéneo permiten su asignación individualizada —convirtiendo un bien común o libre en propiedad privada— y su integración en un certificado o título para facilitar su transacción en mercados organizados y su internacionalización, podrían conceptuarse como activos financieros²². De hecho, aunque también pueden adquirirse fuera del mercado, existen diversos mercados de carbono organizados en los que se comercializan tales certificados como el Europe-

¹⁹ Teóricamente es factible en cuanto que una empresa puede invertir en un MDL y generar más CERs de los necesarios para cumplir con sus compromisos de emisión.

²⁰ Véase «La tributación del comercio de los derechos de emisión...», ob.cit., pág. 80.

²¹ Según el PGC, la empresa clasificará un activo no corriente como mantenido para la venta si su valor contable se recuperará fundamentalmente a través de su venta, en lugar de por su uso continuado, y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El activo ha de estar disponible en sus condiciones actuales para su venta inmediata, sujeto a los términos usuales y habituales para su venta; y
- b) Su venta ha de ser altamente probable, porque concurren las siguientes circunstancias:
 - b1) La empresa debe encontrarse comprometida por un plan para vender el activo y haber iniciado un programa para encontrar comprador y completar el plan.
 - b2) La venta del activo debe negociarse activamente a un precio adecuado en relación con su valor razonable actual.
 - b3) Se espera completar la venta dentro del año siguiente a la fecha de clasificación del activo como mantenido para la venta, salvo que, por hechos o circunstancias fuera del control de la empresa, el plazo de venta se tenga que alargar y exista evidencia suficiente de que la empresa siga comprometida con el plan de disposición del activo.
 - b4) Las acciones para completar el plan indiquen que es improbable que haya cambios significativos en el mismo o que vaya a ser retirado.

²² La Directiva prevé en su art. 12. 1 que «los Estados miembros velarán por que los derechos de emisión puedan transferirse entre a) personas en la Comunidad; y b) personas en la Comunidad y personas en terceros países donde tales derechos de emisión sean reconocidos de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 25, sin más restricciones que las consideradas en la presente Directiva o las adoptadas de conformidad con ésta. El art. 25 menciona la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros países mencionados en el anexo B del Protocolo de Kioto que hayan ratificado dicho Protocolo, a efectos de establecer el reconocimiento mutuo de los derechos de emisión entre el régimen comunitario y otros regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

an Climate Exchange (ECX)²³ en Londres, el Blue Next en París, y el mercado financiero organizado de los países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca), el Nord Pool²⁴. En todos ellos encontramos mercados spot para contratos físicos y también opciones y futuros. Concretamente, se trata de un instrumento financiero derivado cuyo valor deriva del comportamiento de un activo subyacente, el certificado que acredita la reducción de emisiones²⁵. Contablemente se refleja en el apartado 5.4 de la norma de registro y valoración 9ª del PGC, relativa a los «contratos que se mantengan con el propósito de recibir o entregar un activo no financiero», siendo un caso particular de instrumento financiero. Según este apartado «se reconocerán y valorarán según lo dispuesto en esta norma para los instrumentos financieros derivados, aquellos contratos que se puedan liquidar por diferencias, en efectivo o en otro instrumento financiero, o bien mediante el intercambio de instrumentos financieros o, aun cuando se liquiden mediante la entrega de un activo no financiero, la empresa tenga la práctica de venderlo en un periodo de tiempo corto e inferior al periodo normal del sector en que opere la empresa con la intención de obtener una ganancia por su intermediación o por las fluctuaciones de su precio, o el activo no financiero sea fácilmente convertible en efectivo». Al ser un derivado financiero a corto plazo se incluirá como «Derivados financieros a corto plazo» (559) dentro de los «activos financieros mantenidos para negociar» y el aumento o pérdida de valor se llevará directamente a pérdidas y ganancias. Aunque no es lo habitual, si la intención fuese mantenerlo durante más de un año se encuadraría en los «activos por derivados financieros a largo plazo» (255)²⁶.

3. LOS CERs EN EL RÉGIMEN DE OPERACIONES VINCULADAS

El régimen de operaciones vinculadas operará cuando no haya un mercado organizado, ante la inexistencia de un precio cierto que permita a la Administración cuantificar el valor de mercado si no lo ha hecho el contribuyente.

El marco jurídico del régimen de comercio no regula cómo ni donde tendrá lugar el mercado de los CERs. Hay tres opciones para la compra de certificados:

²³ El principal mercado de emisiones de la UE es el ICE Futures Europe de Londres y el mercado de futuros ECX de Londres es la principal Bolsa donde se negocian las transacciones del plan EU Emissions Trading Scheme (EU ETS)

²⁴ El Nord Pool es un mercado en el que agentes con diferentes capacidades de generación y necesidades de consumo venden y compran energía eléctrica. Gran parte de estas transacciones se hacen con contratos bilaterales comunes, sin embargo existe un mercado de contratos financieros en crecimiento que incluye derivados financieros como futuros y opciones para llevar a cabo estas transacciones de electricidad. Cfr. GARCÍA RENDÓN y PALACIOS BUILES: «La integración del mercado eléctrico de los países nórdicos –nord pool– lecciones para otros mercados», Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, pág. 28.

²⁵ Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor deriva del comportamiento de un activo subyacente, transmitiendo riesgos como la evolución del precio de materias primas, tipos de interés, tipos de cambio, cotizaciones de acciones, o incluso magnitudes como la inflación o la pluviosidad de una determinada zona geográfica. Sobre esta materia desde el punto de vista mercantil puede verse RAMOS VILLAR, I.: «La concertación de derivados over the counter sobre derechos de emisión europeos», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 1, 2007, pág. 337.

²⁶ De acuerdo con lo dispuesto en las normas de elaboración de las cuentas anuales, en el activo no corriente no se pueden incluir los activos financieros a largo plazo que se tengan que clasificar en el momento de su reconocimiento inicial en la categoría de «Activos financieros mantenidos para negociar» por cumplir lo requisitos establecidos en las normas de registro y valoración, salvo los derivados financieros cuyo plazo de liquidación sea superior a un año. Lo mismo se dispone en la cuarta parte del PGC relativa al cuadro de cuentas, en el grupo 2, activo no corriente.

- El mercado OTC (*over the counter*, mercado directo) donde se compran los CERs directamente al vendedor. Pueden encontrarse bien en una plataforma OTC de intermediación donde cotizan ofertas y demandas, bien mediante un broker o directamente entre partes.
- Bolsa, mercado organizado de contratos estandarizados de derechos europeos donde cada miembro tiene que cumplir las condiciones de adhesión a la Bolsa. Para participar en Bolsa hay que pagar cuotas de acceso y licencia de software. La contraparte de las operaciones en bolsa es la propia bolsa, es decir no se compra/vende a un tercero a través de la bolsa, se compra/vende a la bolsa.
- Mayorista/Minorista. Son operadores que adquieren paquetes de derechos que se dividen y comercializan según sus propias condiciones a los clientes minoristas²⁷.

Los precios de transferencia, denominados así porque «permiten transferir el beneficio de unas sociedades a otras, por conveniencias muy diversas, entre ellas la minoración de la carga fiscal» (STS 11-2-2000), tienen como finalidad principal «trasladar los beneficios de una empresa a otra, lo que puede suponer, si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto sobre Sociedades, dado que los beneficios se tenderán a situar en aquella sociedad o sociedades el Grupo con un situación permanente o cuasi permanente de pérdidas», y si se realiza entre sociedades sujetas a distintas soberanías fiscales, será «con el fin de colocar los beneficios en los países de menor nivel impositivo» (Res. TEAC 9-10-1997).

Si la valoración contable coincide con el valor de mercado no se aplicará el régimen de las operaciones vinculadas, aunque se incurra en los supuestos previstos en la Ley, que veremos más adelante, en otro caso habrá que verificar si hay o no un precio oficial. Podemos distinguir los siguientes supuestos atendiendo a su valor contable:

- En la generación de CERs se cuantificarán por el coste de producción, por lo que podría haber ajustes, pues el precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, así como el de los factores de producción imputables pueden diferir del que opera en el mercado entre partes independientes.
- En la adquisición por empresas emisoras o que comercialicen los CERs de forma habitual se adoptaba el precio de adquisición o coste de producción de los activos intangibles o mercaderías, por lo que sí podría aplicarse por la Administración el valor de mercado –si no lo ha hecho el contribuyente– salvo que se adquiriera en mercados organizados. En cambio, la adquisición con fines especu-

²⁷ Cfr. Web de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía (<http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente>). El sistema de comercio de derechos de emisión del Protocolo ha encontrado numerosas complicaciones pues los detalles no estaban especificados en el Protocolo, por lo que hubo que celebrar negociaciones adicionales para llegar a una mayor precisión en la supervisión y comprobación de las emisiones efectivas, estableciendo «registros» –como cuentas bancarias de las unidades de emisión de una nación–, junto con «procedimientos contables», un «diario internacional de transacciones» y «equipos de expertos» para supervisar el cumplimiento. Cfr. La web de la convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático -United Nations Framework Convention on Climate Change-: http://unfccc.int/portal_espanol/essential_background/feeling_the_heat/items/3305.php

lativos lleva a contabilizar los derechos como instrumentos financieros derivados por su valor razonable, por lo que no hay ajustes, si se hace correctamente.

En cuanto al procedimiento de valoración, la Ley vigente establece cinco, dando prioridad de los tres primeros sin orden de prelación:

- a) Precio libre comparable de mercado: precisa de un análisis de comparabilidad regulado en el art. 16 RIS.
- b) Precio de adquisición o coste de producción incrementado.
- c) Precio de reventa minorado.
- d) Distribución del resultado conjunto de la operación.
- e) Método del margen neto del conjunto de operaciones²⁸.

El medio más directo y fiable de valoración es el del precio libre comparable, aunque en determinadas ocasiones es de difícil aplicación cuando los bienes y servicios sean tan peculiares y específicos que no exista propiamente un mercado para ellos. Por ello es útil acudir a la doctrina del TEAC que en Resolución de 19 de enero de 1999 fija los siguientes criterios basados en las recomendaciones del Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE de 1979:

- a) Tomar como referencia el mismo mercado en términos geográficos, pues la renta per cápita, el grado de desarrollo económico, el régimen político o la situación de monopolio u oligopolio del bien o servicio afectará al precio.
- b) La mercancía tiene que ser igual o similar.
- c) Las transacciones comparadas tienen que tener un volumen equivalente.
- d) El tramo en el que se realicen las operaciones comparadas tiene que ser el mismo: fabricante-mayorista, mayorista-minorista o minorista-consumidor final.
- e) Las operaciones comparadas deben realizarse en el mismo período de tiempo.
- f) A lo anterior hay que añadir la modalidad contractual de la operación.

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

El Real Decreto que modifica el RIS regula los criterios para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas, la documentación justificativa de las mismas

²⁸ Este último fue añadido conforme a las directrices de la OCDE.

que deb
cedimie

Resp
las oper
C.Com.
(art. 47.
boración
norma
del grup
en ella o
activida
sa o un
nantes,
norma
o un co
indirect
trol sob
explota

Fisc
cualific
res cot
influen

Los
ral. El
signo c
nará la
superio
o entid

En
notifica
que la i
ca, con
él a la o
pector
ya pres

²⁹ R
sición ad
del fraud
siguiente
1793/20
ción del
configur
de comp
minoraci

que deban aportar los contribuyentes a requerimiento de la Administración²⁹ y el procedimiento de comprobación a aplicar por ésta en sus actuaciones de control.

Respecto de los supuestos de vinculación, contablemente se consideran vinculadas las operaciones intersocietarias realizadas con otras empresas del mismo grupo (art. 42 C.Com.) o que merezcan la calificación de multigrupo (art. 47.1 C.Com.) o asociadas (art. 47.3 C.Com) o que puedan calificarse como vinculadas según las normas de elaboración de las cuentas anuales 13ª y 15ª previstas en la tercera parte del PGC. La norma 13ª considera asociadas a las sociedades en las que alguna o varias sociedades del grupo ejerzan una influencia significativa en su gestión, por tener una participación en ella que, creando con ésta una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a su actividad. Dicha influencia se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando la empresa o una o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, posean al menos el 20% de los derechos de voto de otra sociedad. Y según la norma 15ª, contablemente una parte se considera vinculada a otra cuando una de ellas o un conjunto que actúa en concierto, ejerce o tiene la posibilidad de ejercer directa o indirectamente o en virtud de pactos o acuerdos entre accionistas o partícipes, el control sobre otra o una influencia significativa en la toma de decisiones financieras y de explotación de la otra.

Fiscalmente, el art. 16.3 TRLIS, en la relación entidad-socio exige una participación cualificada del 5% con carácter general o del 1% si se trata de sociedades cuyos valores coticen en mercados regulados, porcentajes inferiores al 20% que precisa la influencia contable significativa.

Los ajustes extracontables, que, en su caso, se practiquen, tendrán carácter bilateral. El ajuste de un signo determinado dará lugar al oportuno ajuste correlativo de signo contrario. Así, el precepto dispone que la valoración administrativa no determinará la tributación por el IS ni, en su caso, por el IRPF o por el IRNR, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado.

En el procedimiento de ajuste ya no se obliga como antes a la Administración a notificar a una sociedad —con efectos interruptivos de la prescripción— el hecho de que la inspección a la parte vinculada puede derivar en un ajuste positivo. Ello implica, como observa CAAMAÑO ANIDO, la posibilidad de un ajuste unilateral, y con él a la consiguiente duplicidad impositiva. Consiguientemente, si las actuaciones inspectoras se prolongan tanto tiempo que cuando la AEAT liquide a una sociedad haya ya prescrito el ejercicio fiscal homónimo en la parte vinculada, no cabe duda de que

²⁹ Respecto a estas exigencias documentales hay que tener presente, en cualquier caso, que en la Disposición adicional séptima, apartado 2, de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se señala que estas obligaciones de documentación serán exigibles a partir de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la norma que las desarrolle. Según reza la Exposición de Motivos del RD 1793/2008 que desarrolla la Ley 36/2006 y modifica el capítulo V título I del RIS, regulando la determinación del valor normal de mercado y las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas, en la configuración de las obligaciones de documentación se ha equilibrado la necesidad de garantizar la actividad de comprobación de las operaciones vinculadas por parte de la Administración tributaria y el principio de minoración del coste de cumplimiento para los obligados tributarios.

se producirá un exceso de tributación —doble imposición— derivado del ajuste unilateral³⁰.

A ello se suma que se ha aprobado un nuevo apartado 2 del art. 16, en cuya virtud «las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente». Hasta 2006 sólo se exigía esta documentación para justificar los acuerdos previos de valoración, si bien el Real Decreto-ley 6/2010 ha modificado dicho precepto excluyendo la exigencia de dicha documentación a las personas o entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo sea inferior a diez millones de euros, siempre que el total de las operaciones realizadas en dicho período con personas o entidades vinculadas no supere el importe conjunto de 100.000 euros de valor de mercado (lo que no parece una cantidad muy elevada). No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas. Con la vigente Ley, su omisión constituye infracción grave y se sancionará, cuando no proceda efectuar correcciones valorativas por la Administración tributaria respecto de las operaciones sujetas a los citados impuestos, con multa pecuniaria fija de 1.500 euros por cada dato y 15.000 euros por conjunto de datos, omitido, inexacto o falso, referidos a cada una de las obligaciones de documentación que se establezca reglamentariamente para el grupo o para cada entidad en su condición de sujeto pasivo o contribuyente; mientras que en el caso de que sea procedente realizar tales correcciones valorativas, la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 15 por 100 sobre el importe de las cantidades que resulten de las correcciones valorativas de cada operación, con un mínimo del doble de la sanción que correspondería por aplicación de lo antes indicado. Ello significa que aunque se determinen correctamente los precios de transferencia, un error en la documentación puede ser sancionado, lo que no deja de ser paradójico, como señala la doctrina³¹.

La ley prevé la posibilidad de adoptar acuerdos previos de valoración mediante una propuesta sobre la valoración de las operaciones vinculadas presentada por el sujeto pasivo con carácter previo a la realización de las mismas, y aprobada por la Administración, con validez durante un determinado período de tiempo, para fijar el valor de mercado anticipadamente y de acuerdo con los interesados en aras a la seguridad jurídica. Un aspecto que debía haberse reformado pero sigue igual es la desestimación presunta, que aunque cumple con la reserva de ley contraría la regla general del silencio positivo prevista en el art. 43.2 LRJAP y atenta a la seguridad jurídica y confianza del ciudadano en las instituciones, que es justamente el principio que pretende salvaguardarse con este sistema. Además, la Ley 25/2005 ha añadido que la norma con rango

³⁰ CAAMAÑO ANIDO, M. A.: «Novedades en el régimen de operaciones entre sociedades vinculadas», *Temas Tributarios de Actualidad*, 34/2006, pág. 41.

³¹ Véase al respecto MARTÍN JIMÉNEZ, A., y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Régimen sancionador de las operaciones vinculadas», en AA.VV. (dir. CARMONA FERNÁNDEZ, N.), *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, Valencia, CISS, 2009, pág. 470; y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: «El régimen de documentación de las operaciones vinculadas», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 87, 2009, pág. 50.

de Ley
se den

El
varios

1.º

2.º

32
citudes
sas de
reform
comun
33
lidad, 3

de Ley obedezca a «razones imperiosas de interés general» y en este caso no parece que se den esas razones³².

El nuevo régimen fiscal de operaciones entre partes vinculadas es criticable por varios motivos:

- 1.º Ha sido redactado y concebido pensando en las grandes empresas, particularmente en los operadores internacionales, pero los más afectados serán los pequeños empresarios, incluso profesionales vinculados a empresas de servicios, que deberán poner sumo cuidado –y ni así tendrán la exigible seguridad jurídica– en la determinación de la base imponible en los desplazamientos de bienes y prestaciones de servicios intragrupo³³.
- 2.º No cumple con la naturaleza propia del régimen de operaciones entre sociedades vinculadas, concebido en el plano internacional como un conjunto de reglas relativas al reparto de los puntos de conexión fiscal de las operaciones entre empresas asociadas, esto es, un sistema de reparto de la soberanía fiscal entre los distintos Estados implicados. El legislador ha regulado el nuevo régimen como una cláusula antifraude, por lo que tendrá que respetar las exigencias y requisitos de validez que el ordenamiento comunitario exige a toda cláusula antifraude, que según el TJCE debe reunir estas condiciones:

a) Que persigan combatir operaciones «totalmente artificiales o abusivas», esto es, «montajes puramente artificiales» (*v.gr.* Sentencia Cadbury Schweppes, de 12 de septiembre de 2006, C-196/04) siendo contrarias al Derecho comunitario las cláusulas antiabuso en los demás casos, casos entre los que, como es obvio, siempre se encontrará la mera y común transmisión de bienes y servicios entre entidades vinculadas.

b) Que respeten el principio de proporcionalidad, y no parece que éste haya quedado a salvo en la nueva regulación española habida cuenta, además de cuanto hemos apuntado ya anteriormente:

– Los términos en que se ha redactado el nuevo régimen sancionador.

– La imposibilidad de aportar prueba en contra, o sea, el hecho de estar configurado el ajuste a precios de mercado como una *fictio iuris*. El TJCE ha establecido con meridiana claridad en la Sentencia Molenheide (STJCE de 18 de diciembre de 1997, asuntos acumulados C-286/94, 340/95, 401/95 y 47/96, Rec.p. I-7281) que tanto las ficciones jurídicas como las presunciones *iuris et de iure* son contrarias en todo caso al

³² Según dicho precepto, los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo las excepciones de que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Sobre esta reforma véase LOZANO CUTANDA, B.: «Ley omnibus: declaración responsable, silencio administrativo y comunicación previa», *Diario La Ley*, núm. 7339, 2010, pág. 2.

³³ CAAMAÑO ANIDO, M. A.: «Novedades en el régimen de operaciones ...», *Temas Tributarios de Actualidad*, 34/2006, pág. 43.

Derecho comunitario, por desproporcionadas, en la medida en que no admiten la aportación de prueba en contrario³⁴.

- 3.º El régimen sancionador es muy severo, pues a la sanción del 15% sobre las diferencias de valoración, se suman las que deriven del incumplimiento de los deberes de documentación, y otra más en el caso de operaciones internacionales, consistente en la pérdida del procedimiento amistoso en el marco del Convenio de Arbitraje (Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990) cuando el ajuste positivo fuese acompañado de sanción grave. En tal caso, la empresa española que haya sufrido un ajuste positivo, además de la sanción que se le impone, pierde el único cauce para compeler a la Administración de la sociedad participada a que practique o admita la práctica del correspondiente ajuste negativo, lo cual, además de producirle al grupo de empresas un doble efecto sancionador (la doble imposición derivada del ajuste unilateral y la propiamente tramitada como sanción tributaria), va a causar graves problemas de pérdida de competitividad. En este sentido, la Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia (C-210/91), señaló que las medidas sancionadoras y las de control no deben implicar sanciones que sean desproporcionadas, considerándose como tales aquellas que supongan un obstáculo a las libertades reconocidas por el Tratado. Además, como advierten MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, la Administración del otro país puede considerar que el valor utilizado por el contribuyente es el de mercado, lo que justificaría el procedimiento amistoso al tratarse de un caso típico, no estando justificada su denegación por imposición de la sanción en España³⁵.

En el caso de los CERs, las dudas que plantea su calificación, la posibilidad de adquirirlos fuera de un mercado organizado, la existencia de varios mercados para su valoración, y su volatilidad, suponen un riesgo añadido al severo régimen sancionador de las operaciones vinculadas previsto en el TRLIS.

4. VALORACIÓN FISCAL DE LOS CERs: TITULARIDAD Y REGISTRO

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

En los supuestos de adquisición a terceros —por ejemplo a través de un Acuerdo de Compra de Reducción de Emisiones (Emission Reduction Purchase Agreement-ERPA)— la valoración se hará por el precio de adquisición. Se integra por importe en efectivo y otras partidas equivalentes pagadas o pendientes de pago más, en su caso y cuando proceda, el valor razonable de las demás contraprestaciones comprometidas derivadas de la adquisición, debiendo estar todas ellas directamente relacionadas con ésta y ser necesarias para la puesta del activo en condiciones operativas.

³⁴ Ob.últ.cit., pág. 44.

³⁵ Véase MARTÍN JIMÉNEZ, A., y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Régimen sancionador de las operaciones vinculadas...», ob.cit., pág. 471.

Si el
coste de
de las m
directam
los costo
que se r
nivel de
sean ne

Las
derías, s
referido

Las
culativo
tratos n
la categ
valor ra
gananci
dos de
negocia
ta de p
bio, los
base in
da con

Ca
por el
por de
en el á
rán au
TRLIS
nable
y gana
de dis
me al
o neg
do se

5. EI
VI

A
relaci

36
debida
37
38

Si el propietario del CER es quien impulsa el proyecto MDL, se valorará por el coste de producción. Su cálculo es más complejo, pues incluye el precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, el de los factores de producción directamente imputables al activo, y la fracción que razonablemente corresponda de los costes de producción indirectamente relacionados con el activo, en la medida en que se refieran al periodo de producción, construcción o fabricación, se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción y sean necesarios para la puesta del activo en condiciones operativas.

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

Las entidades que de forma esporádica trafiquen con los mismos con un fin especulativo los incluirán en su balance como derivados financieros. Como se trata de contratos no designados para cubrir un riesgo específicamente identificado se integrarán en la categoría de «activos financieros mantenidos para negociar», computándose por su valor razonable³⁶, y el aumento o pérdida de valor se llevará directamente a pérdidas y ganancias, siguiendo la NRV 9ª apartados 2.3 y 3.2. De igual forma, los ajustes derivados de la primera aplicación del plan en la cuenta «activos financieros mantenidos para negociar» se registrarán en una cuenta de reservas cuyo importe se anotará en la cuenta de pérdidas y ganancias, afectando a la determinación de la base imponible. En cambio, los ajustes que no se imputen a la cuenta de resultados no tendrán incidencia en la base imponible, tal como manifestó la Consulta V2205-05, de 31 de octubre, presentada con ocasión de la entrada en vigor de la Circular 4/2004 del Banco de España³⁷.

Cada ejercicio, los «activos financieros mantenidos para negociar» como se valoran por el valor razonable de la contraprestación entregada, no podrán aplicar las pérdidas por deterioro puesto que el valor de mercado deberá reflejarlo en todo momento. Y en el ámbito fiscal, como las variaciones se imputan a pérdidas y ganancias se integrarán automáticamente en la base imponible del impuesto, por establecerlo así el art. 15.1 TRLIS: «...las variaciones de valor originadas por aplicación del criterio de valor razonable no tendrán efectos fiscales mientras no deban imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias». Ello es lógico pues hasta ese momento no hay un resultado susceptible de distribución entre los accionistas, un beneficio realizado contablemente³⁸, conforme al concepto de renta disponible. Esto significa que cuando los resultados positivos o negativos se reflejen en el ECPN no se tendrán en cuenta a efectos fiscales, y cuando se imputen a pérdidas y ganancias sí.

5. EL GASTO FISCAL POR CERs: PÉRDIDAS POR DETERIORO Y PROVISIONES

A lo largo de cada año pueden reflejarse contablemente gastos por tres motivos en relación a los CERs:

³⁶ Importe por el que puede ser adquirido un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua.

³⁷ Cfr. AAVV: *El Impuesto sobre Sociedades tras la reforma contable*, CISS, Valencia, 2007, pág. 23.

³⁸ Cfr. AAVV: *El Impuesto sobre Sociedades...*, ob.cit., pág. 91.

- pérdida de valor en el mercado, si a cierre de ejercicio su valor es inferior al de adquisición;
- provisión para atender a la devolución de los derechos;
- provisión para gastos medioambientales que impliquen una menor contaminación.

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

Para la deducibilidad del gasto en el Impuesto sobre Sociedades han de concurrir los siguientes requisitos:

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

El primer gasto a analizar son las pérdidas por deterioro. La disminución de valor de mercado de los CERs sobrantes de las empresas emisoras frente al computado en su adquisición o generación permite computar una pérdida por depreciación de inmovilizado. La Ley 16/2007 denomina «pérdidas por deterioro» las anteriores provisiones de activo. Conforme al art. 12 TRLIS, la pérdida de valor de los elementos de activo si no se regula en el TRLIS será deducible conforme a los criterios contables. En consecuencia, se admiten las pérdidas por deterioro de CERs, pues no se dice lo contrario en el TRLIS.

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

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

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

Un se
esta prov
origen er
tos que l
efecto, d
chos de
producción
conoce l

El P
unos rec
conting
Además
mente, c
de oblig
tamient
da a ter
deducib
la entre
gado cu

El
según l

- a) S
- b)

39
TRLIS
chos d
Socied
40
del TR
zada e
visión
alcanz
por el
incent
de con
puede
de los
sión d
sa, de
dicien
eviden

Un segundo gasto deriva de la provisión por CERs. A diferencia del gasto anterior, esta provisión afectará únicamente a los derechos de emisión que deban entregarse con origen en los CERs, por lo que en ningún caso podrá dotarse por el exceso de créditos que la empresa mantenga en el inmovilizado sobre las emisiones certificadas. En efecto, dicha provisión debe dotarse porque la emisión de gases obliga a entregar derechos de emisión (hasta el 30-4) y provocará un gasto contable que todavía no se ha producido (a fecha de cierre) pero se sabe con certeza que se producirá, aunque se desconoce la cuantía. Ello plantea la duda de su deducibilidad fiscal³⁹.

El PGC de 2007 ya no otorga primacía al principio de prudencia estableciendo unos requisitos más estrictos para dotar provisiones, y no admite el gasto por pasivos contingentes —riesgos previsibles, pérdidas eventuales y gastos o deudas probables—. Además de la no deducibilidad fiscal de estos gastos, al no poder reflejarse contablemente, el TRLIS señala en su art. 13.1.a) que no constituyen gasto fiscal «los derivados de obligaciones implícitas o tácitas», que son las motivadas por patrones de comportamiento o políticas empresariales de dominio público que creen una expectativa válida a terceros con los que la empresa deba cumplir su compromiso. Por tanto, sí son deducibles los que deriven de obligaciones legales o contractuales, y este es el caso de la entrega de derechos de emisión —que pueden tener su origen en los CERs—, de obligado cumplimiento por la Ley 1/2005.

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

- a) Si hay suficientes certificados la provisión se dotará por su valor contable. Los adquiridos por el precio de adquisición, y los generados según el coste de producción.
- b) Si no los hay, y no se ha procedido a su compra o generación, por el coste estimado que supondrá adquirirlos o generarlos, según la mejor estimación posible del importe necesario para cubrir el déficit que tiene la empresa. La pregunta es ¿por qué cuantía? Depende del valor que se tome como referencia: la cotización máxima del ejercicio, la del día de cierre, la cotización media⁴⁰. La experiencia es la que determinará su importe a dotar cada ejercicio como reflejo de la imagen

³⁹ Un trabajo pionero y muy completo sobre esta materia, aunque previo a la reforma del PGC y del TRLIS, puede verse en BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A. I.: «La provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero: instrumento de planificación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades?», *Tribuna Fiscal*, núm. 194, 2006, págs. 16 a 31.

⁴⁰ BILBAO ESTRADA y MATEOS ANSÓTEGUI, con anterioridad a la reforma del PGC así como del TRLIS, se planteaban diversas opciones: primera, dotar la provisión por el máximo de la cotización alcanzada en el ejercicio precedente, sobre la base del principio de prudencia valorativa pues se trata de una provisión por el mayor gasto en el podríamos incurrir; segunda, provisionar por el menor precio de cotización alcanzado en el año, previendo aprovechar las ventajas del mercado en condiciones óptimas; tercera, dotar por el importe de generación que podrá ser bastante elevado, si bien se aprovecharía la aplicación de otros incentivos fiscales —deducciones, principalmente—; y cuarto, en una postura intermedia y con menor riesgo de contestación administrativa, se podría optar por un valor dentro de el rango de valores de cotización como puede ser incluso la media de cotización de bolsa de referencia, o por la cotización al cierre, es decir, el valor de los derechos el mismo día en que debe contabilizarse la provisión. Cfr. «La provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero...», ob.cit., pág. 26. Apuntaban estos autores la posibilidad de la empresa, dentro de una estrategia planificación fiscal, de desprenderse de todos sus derechos antes del 31 de diciembre con objeto de aprovechar el gasto resultante de dicha estimación, aunque ello implique un riesgo evidente por la volatilidad del mercado de derechos de emisión.

fiel y en atención al principio de prudencia, pues aunque éste ya no sea prioritario, tal como dispone el PGC de 2007 el registro de los riesgos deberá seguir realizándose desde la imparcialidad y objetividad exigida por el Plan de 1990 para el análisis de las obligaciones, de tal suerte que, con carácter general, no se han debido registrar en el pasado provisiones que no respondían a verdaderos riesgos de la empresa.

En tercer lugar está la provisión para actuaciones medioambientales.

El art. 13.2 TRLIS considera como provisión fiscalmente deducible la dotada por gastos correspondientes a actuaciones medioambientales «cuando se correspondan a un plan formulado por el sujeto pasivo y aceptado por la Administración tributaria». Se contabiliza en la cuenta 145 como «provisión para actuaciones medioambientales», con cargo las cuentas de gasto «reparaciones y conservación» o «servicios de profesionales independientes».

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

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

A diferencia del régimen general, el gasto asociado a estas provisiones es fiscalmente deducible, aun cuando se corresponda con obligaciones tácitas asumidas por la empresa si se corresponde con un plan formulado por el sujeto pasivo y aceptado por la Administración tributaria. Obligación tácita sería la que nace de las propias actuaciones de la empresa si ésta se ha comprometido a evitar, reducir o reparar el daño ambiental y no puede sustraerse a tal acción porque, como consecuencia de declaraciones de principios o intenciones publicadas o por sus pautas de actuación en el pasado, ha señalado a terceros que asumirá la responsabilidad de evitar, reducir o reparar el daño⁴¹.

En los derechos de emisión, junto a los tres gastos anteriores, encontramos la provisión para responsabilidades, incluida en la cuenta 142 «Provisión para otras responsabilidades», por desacuerdo en la certificación de derechos, por imposición de sanciones o por gastos derivados de litigios con la Administración. Responden a obligaciones ciertas devengadas en el ejercicio pero indeterminadas en su cuantía y vencimiento, como las procedentes de litigios en curso, indemnizaciones u obligaciones derivadas de avales y otras garantías similares a cargo de la empresa.

En los CERs no concurre la circunstancia necesaria para su dotación en cuanto que no hay discrepancias en el número de derechos como consecuencia de la no validación del informe verificado remitido o la no remisión en plazo, pues los CERs se pagan una

⁴¹ Cfr. *Memento práctico Francis Lefebvre Contable 2009*, parág. 4180.

vez que
ción de
siguien

Fin
por tar
de con
deduci
que la
tivo so

6. TR

La
emisor
ducirá
neto c
mente

En
adquis
ser dif
valent
nable
deber
puesta
produ
rias co
la frac
mente
ducció
norma
activo

La
cader
referi

La
culati
tratos
en la

42
tigació
primas
tos qu
racion

vez que las reducciones de emisiones son certificadas. Tampoco se producirá la infracción del art. 30 Ley 1/2005, que prevé la imposición de una sanción y la entrega al año siguiente, por el incumplimiento de la obligación de entregar los derechos debidos.

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

6. TRANSMISIÓN, CANCELACIÓN Y ENTREGA DE LOS CERs

La empresa puede mantener los CERs o venderlos. Lo normal para las empresas emisoras será vender los que no necesiten. En la transmisión de los certificados se producirá un beneficio o pérdida por la diferencia entre el valor de enajenación y el valor neto contable –valor de coste o adquisición menos pérdidas por deterioro–. Fiscalmente se computará en la misma cuantía por lo que no hay que hacer ajustes.

En los supuestos de adquisición a terceros la valoración se hará por el precio de adquisición, y tratándose de generación propia por el coste de producción. No debe ser difícil calcular el precio de adquisición: el importe en efectivo y otras partidas equivalentes pagadas o pendientes de pago más, en su caso y cuando proceda, el valor razonable de las demás contraprestaciones comprometidas derivadas de la adquisición, debiendo estar todas ellas directamente relacionadas con ésta y ser necesarias para la puesta del activo en condiciones operativas. Más complicado resulta hallar el coste de producción, pues incluye el precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, el de los factores de producción directamente imputables al activo, y la fracción que razonablemente corresponda de los costes de producción indirectamente relacionados con el activo, en la medida en que se refieran al período de producción, construcción o fabricación, se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción y sean necesarios para la puesta del activo en condiciones operativas⁴².

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

Las entidades que de forma esporádica trafiquen con los mismos con un fin especulativo los incluirán en su balance como derivados financieros. Como se trata de contratos no designados para cubrir un riesgo específicamente identificado se integrarán en la categoría de «activos financieros mantenidos para negociar», computándose por

⁴² Según la Resolución del ICAC de 7 de abril de 1992, el coste de producción de un proyecto de investigación y desarrollo incluye los costes de personal afecto directamente al proyecto, los costes de las materias primas, las amortizaciones del inmovilizado afecto directamente al proyecto, y la parte de los costes indirectos que razonablemente afectan a las actividades del proyecto, siempre que respondan a una imputación racional de los mismos.

motivos fundados de éxito técnico, es decir, de que se van a obtener los CERs, podrían activarse como inmovilizado intangible, pero no lo consideramos razonable dada la incertidumbre en cuanto al éxito final de los proyectos de MDL por los diversos trámites que han de cumplir.

- Transferencia Futura de CERs: Contratos de compraventa futura de reducción de emisiones (Emission Reductions Purchase Agreement, ERPA): implica la transferencia de CERs (aún no expedidos) en una fecha futura. En este supuesto la contabilización y la imputación fiscal se realizará en el momento de la liquidación, ya sea al vencimiento o antes si el contrato se liquida anticipadamente, y al final de cada año se computarán contable y fiscalmente las pérdidas potenciales.

7. APLICACIÓN A LOS CERs DE LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN DE BENEFICIOS EXTRAORDINARIOS

Recogida en el art. 42 TRLIS, pretende adecuar el coste fiscal neto de las plusvalías en el Impuesto sobre Sociedades -30 por 100 con carácter general- con el del IRPF -hasta 2009 el 18 por 100-, y se plantea si es aplicable a las entidades que transmitan CERs.

Los requisitos de aplicación son:

- Las entidades a las que se aplica deben tener un tipo nominal superior o igual al 20 por 100.
- Solo opera en las transmisiones onerosas.
- Los elementos patrimoniales transmitidos o reinvertidos deben ser: inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a la explotación económica, o bien acciones que supongan una participación superior al 5 por 100.
- Los activos transmitidos deben estar en funcionamiento un año dentro de los tres años antes de la transmisión.
- Cuantía de la reinversión: importe de la transmisión, aunque cabe reinversión parcial.
- Plazo: un año antes o tres después.

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

El tipo de la deducción es, con carácter general, el 12 por 100. No se ha modificado pese al alza del tipo de las ganancias patrimoniales de las personas físicas desde el año 2010 -del 18 al 19 por 100 hasta 6.000 euros, y el 21 por 100 a partir de 6.000,01 euros- para mantener la competitividad de las empresas, aunque perjudica a los empresarios individuales.

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

Cabe plantearse si esta deducción es aplicable en caso de transmisión onerosa de CERs con reinversión en los elementos previstos en el TRLIS

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

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

8. DEDUCCIONES POR INVERSIONES MEDIOAMBIENTALES

Hasta el 31 de diciembre de 2010 había dos deducciones que podrían operar en los MDL*, conforme al art. 39 TRLIS, pero el art. 92 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha derogado los apartados 2 y 3 de dicho precepto.

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

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

La segunda deducción operaba en la adquisición de inmovilizado material nuevo destinado al aprovechamiento de fuentes de energía renovables (art. 39.3 TRLIS)⁴⁷. Las instalaciones o equipos debían responder bien al aprovechamiento de la energía solar para transformarla en calor o electricidad, bien al tratamiento de residuos para su transformación en calor o electricidad como combustible, en biogás o en biocarburantes.

* Aunque, de acuerdo con el RD 1594/1997 (actualmente derogado), las inversiones que permiten la deducción deben realizarse por la propia empresa que produce los residuos industriales, la Resolución del TEAC de 2 de marzo de 2007 consideró que el mero hecho de tratarse de residuos ajenos y no propios no permite negar la deducción a una sociedad que tiene por objeto social, entre otras actividades, la recuperación y tratamiento de residuos industriales (Memento Fiscal Francis Lefebvre, 2011, marg. 3136).

⁴⁷ La enmienda núm. 780 del Partido Popular en el Congreso propuso su mantenimiento (BOCG 11-10-2010).

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

Los porcentajes de deducción dependen de la fecha de comienzo del período impositivo: 2007 al 8 por 100, 2008 el 6 por 100, 2009 el 4 por 100, 2010 el 2 por 100. Se preveía su derogación para los períodos impositivos iniciados el uno de enero de 2011, pero la Ley de Economía Sostenible en su artículo 92 ha dispuesto su incremento al 8 por 100 a partir del 1 de enero de 2011.

A nuestro juicio, esta deducción es compatible con la deducción por reinversión, cumpliéndose los requisitos ya vistos, y con la generación de CERs y UREs a través de los mecanismos de desarrollo limpio y proyectos de aplicación conjunta.

9. CONCLUSIONES

La tributación de los CERs en el Impuesto sobre Sociedades plantea diversos interrogantes.

Atendiendo a la actividad desarrollada por la sociedad, los certificados pueden calificarse como activos intangibles —en las empresas emisoras—, existencias —si los generan o comercializan habitualmente— o instrumentos financieros derivados —si se poseen con el único fin de especular—. En todos los casos la tributación será del 30 por 100, con carácter general, o el tipo correspondiente a la sociedad transmitente.

Los intangibles se cuantificarán por el precio de adquisición o coste de producción, al igual que las existencias, y los instrumentos financieros por su valor razonable. La inversión en proyectos de MDL se considerará gasto fiscal del ejercicio como regla general.

La transmisión generará una ganancia o pérdida por la diferencia entre el valor de enajenación y el valor neto contable. Durante el ejercicio podrá computarse el gasto fiscal por deterioro —excepto en los instrumentos financieros que se llevan directamente a resultados— y las provisiones por devolución de derechos y para actuaciones medioambientales.

El régimen de operaciones vinculadas puede serles de aplicación cuando operen fuera de mercados organizados. Por ejemplo, si utilizan un mercado OTC o actúan a través de operadores que comercializan los derechos con sus propias condiciones. Ello puede provocar una tributación inadecuada, por el carácter imperativo y el régimen sancionador por incumplimiento de la obligación de documentación, contraria a la jurisprudencia comunitaria con base en el principio de proporcionalidad, que exige la posibilidad de aportar prueba en contrario y la adecuación de la sanción a la conducta que se intenta evitar.

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

También pueden disfrutar de beneficios fiscales por inversiones medioambientales mediante la adquisición de inmovilizado material que evite o reduzca la contaminación. Además, estas deducciones podrían ser compatibles con la deducción por reinversión, cumpliéndose los requisitos legales, y con la generación de CERs y ERUs a través de los mecanismos de desarrollo limpio y proyectos de aplicación conjunta.

Bibliografía

- AA.VV. (dir. Sanz Rubiales, I.): *El mercado de derechos a contaminar (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- AA.VV.: *Memento práctico Francis Lefebvre Contable 2009*.
- Aníbarro Pérez, S.: «Incidencia del impuesto sobre el valor añadido en el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Nueva Fiscalidad*, núm. 10, 2005.
- Bilbao Estrada, I.: *Cambio Climático y Derecho Tributario: un compromiso con el Medio Ambiente*, CEU ediciones, Madrid, 2009.
- Bilbao Estrada, I. y Mateos Ansótegui, A. I.: «La provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero: ¿instrumento de planificación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades?», *Tribuna Fiscal*, núm. 194, 2006.
- «El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 78, 2006.
- Carbajo Vasco, D.: «Algunas notas sobre la tributación del comercio de derechos de emisión», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 258, 2006.
- Csikós, K.: «Internacional Tax Implications of Tradable Allowances», *European Taxation*, vol. 47, núm. 3, 2007.
- FIELD (Foundation for International Environmental Law and Development): «Internacional Workshop on The Legal Nature of Emissions Reductions», 25-26 mayo, 2004, Londres.
- Gallego López, J. B.: «La tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito de la imposición directa», *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, 2008.
- García-Herrera Blanco, C.: «El régimen de documentación de las operaciones vinculadas», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 87, 2009.
- García Rendón y Palacios Builes: «La integración del mercado eléctrico de los países nórdicos - nord pool - lecciones para otros mercados», Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
- Gorospe Oviedo, J. I.: «El régimen tributario de los derechos de emisión en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRPF», en AAVV: *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, IEF, 2009.
- Martín Jiménez, A., y Calderón Carrero, J. M.: «Régimen sancionador de las operaciones vinculadas», en AA.VV. (dir. Carmona Fernández, N.), *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, Valencia, CISS, 2009, pág. 470.
- Ramos Villar, I.: «La concertación de derivados over the counter sobre derechos de emisión europeos», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 1, 2007.
- Rodríguez Márquez, J.: «Los derechos de emisión de CO₂ y el Impuesto sobre el Valor Añadido», en AAVV, *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, IEF, 2009.
- Rodríguez Ondarza (Dir), Gutiérrez Lousa y Galán Ruíz (Coord.): *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.
- Rovira Daudí, M^a: «El mercado de carbono», *Diario La Ley*, núm. 6916, 2008.