



- ◆ 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 XI

EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y EN EL IRPF¹

Juan Ignacio Gorospe Oviedo

Profesor Agregado de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad CEU San Pablo
Cátedra ENDESA de Fiscalidad y Cambio Climático
Instituto CEU de Derecho y Ética Ambiental

SUMARIO: I. Introducción.—II. Naturaleza y calificación jurídica.—III. Determinación de la base imponible en los derechos de emisión.—1. Asignación inicial, adquisición y generación: valoración fiscal.—2. La imputación de ingresos por la asignación y la transmisión de los derechos de emisión.—3. Gastos deducibles: pérdidas por deterioro, provisión por derechos de emisión, provisión para actuaciones medioambientales y provisión para responsabilidades.—4. Cancelación de los derechos de emisión.—5. Entrega forzosa de los derechos de emisión.—6. Sanciones administrativas.—IV. Beneficios fiscales que se pueden aprovechar generando o transmitiendo derechos.—1. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.—2. Deducciones por inversiones medioambientales.—V. Las operaciones vinculadas y los derechos de emisión.—VI. La armonización del Impuesto sobre Sociedades en la UE.—VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El cambio climático y, particularmente, la reducción de las emisiones de dióxido de carbono es una cuestión de gran actualidad que el legislador está abordando en diversos sectores de la producción², incorporando el sector de la avia-

¹ Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La tributación del comercio de derechos de emisión y su problemática legal y contable», con referencia USP-BSCH-04/08, financiado por el Banco Santander Central Hispano, y «La fiscalidad de los derechos de emisión» con referencia SEJ 2007-61307, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER.

² En junio de 2008 los ministros de Medio Ambiente de la UE debatieron en Luxemburgo sobre el paquete legislativo destinado a reducir las emisiones de dióxido de carbono de los vehículos, pero el Consejo no alcanzó un acuerdo sobre la necesidad de fijar metas concretas antes de 2020. La mayor parte de los países apostaron por que se fijen metas a largo plazo con el fin de que la industria tenga tiempo para adaptarse a los cambios. Asimismo, el Consejo debatió sobre la reducción de emisiones de CO₂ asignada a cada país de la UE de otros sectores, como la vivienda y la agricultura. España, por ejemplo, tiene que disminuirlas en un 10% antes de 2020. También se llegó a un acuerdo relativo a la aviación entre la Presidencia y los representantes del Parlamento Europeo, para que todos los vuelos que despeguen de la Unión Europea o aterricen en su territorio queden sometidos al régimen de comercio de derechos de emi-

ción con la Directiva 2009/29/CE, que modifica la Directiva 2003/87/CE. Por su novedad, el comercio de derechos de emisión de CO₂ plantea numerosos interrogantes en el marco de los impuestos sobre la renta, tanto de las sociedades como de las personas físicas, por la posibilidad de transmitirse entre personas físicas o jurídicas en la Unión Europea o, incluso, en terceros Estados, previo reconocimiento mutuo de los derechos de las partes firmantes en virtud de instrumento internacional, tal como dispone el art. 21.2 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en transposición de la Directiva 2003/87/CE.

El interés que este mecanismo tiene en la imposición sobre la renta deriva de las consecuencias que su adquisición, variaciones de valor, transmisión y cancelación provocan en el impuesto sobre sociedades y en el IRPF. El art. 2 a) de la Ley 1/2005, define el derecho de emisión como «el derecho subjetivo a emitir, desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley, una tonelada equivalente de dióxido de carbono, durante un período determinado». Su configuración jurídica como derechos de propiedad, cuantificables económicamente y susceptibles de intercambiarse en el mercado, conlleva la necesidad de analizar desde el punto de vista fiscal su valoración y su comercialización. Además, la inexistencia de disposiciones tributarias en este ámbito a nivel internacional dejan el tratamiento fiscal de este comercio a lo que disponga la legislación nacional, y alguna doctrina ha criticado la ausencia de una disposición armonizadora fiscal a nivel de la UE dada la relevancia para los costes de las transacciones, y teniendo en cuenta la anterior experiencia americana, donde la diferencia de gravámenes estatales sobre los derechos de emisión generó discriminaciones y falta de neutralidad en su comercio³. A ello se añaden las vías de fraude que provoca el vacío legislativo, y que han motivado la reacción del legislador ante el fraude interno y el fraude carrusel descubierto en la Unión Europea en los últimos meses*.

Entre las cuestiones a analizar figura, en primer lugar, la calificación jurídica de los derechos de emisión, pues su configuración como inmovilizado material, como activos intangibles o como inmovilizado financiero, o, incluso, como activo corriente incidirá en su contabilización. Y la distinta calificación afectará, por ende, a su tributación al fundarse la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en el resultado contable. En el IRPF es relevante porque si se configura como rendimiento de la actividad económica se remite a la normativa societaria que acabamos de citar, y en otro caso, según se conceptúe como renta del capital o variación patrimonial la tributación será diferente.

sión a partir de 2012. En 2012, las emisiones de CO₂ de los aviones deberían reducirse en un 3% y, a partir de 2013, en un 5%.

³ CARBAJO VASCO, D., «Algunas notas sobre la tributación del comercio de derechos de emisión», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 258, 2006 (Ejemplar dedicado a: Gases de efecto invernadero), pág. 97.

* Véase Propuesta de Directiva del Consejo de 29-09-2009 que prevé la aplicación optativa y temporal del mecanismo de inversión del sujeto pasivo en la transmisión de estos derechos. La Ley 11/2009 ha introducido como regla general la inserción del sujeto pasivo en la transmisión de estos derechos (art. 84.2.d) de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido).

Otra
zar el tra
deterioro
calificaci
el déficit
ambienta
derechos

Igualm
deben ser
plantearse
ambiental
ga a la Ad
ceros con
vechar la c
chos.

Por otr
las empres
ladas en un
Se estudiar
cuando se t
previstos er

Todo ell
los diferent
establecerse
miento del r
den el mant
comunitaria⁴
forma de trib
nativa de una
dades (Comr
largo plazo p
Parlamento E
nivel de la UE
lumbra en el
también por e
y en Holanda

⁴ Véase SANZ
UBAGO MARTÍN
rado de las princip
⁵ ANÍBARRO
RUBIALES, I.), *El
emisión en España, La*

Otra duda importante es la atinente a su valoración, donde habrá que analizar el tratamiento fiscal de su depreciación, bien sea a través de las pérdidas por deterioro o imputando directamente el gasto contable a resultados, según la calificación que proceda. También habrá que dotar las provisiones que reflejen el déficit de derechos frente a las emisiones realizadas, el futuro gasto medioambiental o la eventual responsabilidad si no se dispone a fin de ejercicio de los derechos suficientes en razón de los gases emitidos.

Igualmente, los beneficios fiscales que afectan a los derechos de emisión deben ser objeto de análisis, buscando la optimización fiscal de los mismos, al plantearse la posibilidad de aplicar deducciones fiscales por inversiones medioambientales al tiempo que se generan derechos que podrán ser objeto de entrega a la Administración o, si se cumple el objetivo de emisiones, de venta a terceros con el consiguiente beneficio. Incluso, se plantea la posibilidad de aprovechar la deducción por reinversión a consecuencia de la venta de dichos derechos.

Por otro lado, la expansión del comercio internacional y el crecimiento de las empresas multinacionales, han convertido el régimen de operaciones vinculadas en un factor determinante para la tributación de los grupos empresariales. Se estudiará aquí la virtual aplicación del régimen de operaciones vinculadas cuando se transmitan derechos de emisión entre los sujetos y con los requisitos previstos en el art. 16 TRLIS.

Todo ello se enmarca en el seno de un impuesto no armonizado, en el que los diferentes regímenes fiscales actualmente vigentes crean obstáculos para establecerse en los diferentes mercados nacionales y para el propio funcionamiento del mercado interior, creando distorsiones a la competencia que impiden el mantenimiento de una situación de igualdad para las empresas a escala comunitaria⁴, al tiempo que genera una gran incertidumbre en cuanto a su forma de tributación⁵. Será, por ello, relevante en este punto vislumbrar la alternativa de una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades (Common Consolidated Corporate Tax Base, CCCTB) como solución a largo plazo para los obstáculos fiscales, propugnadas por la Comisión y por el Parlamento Europeo. En los derechos de emisión la diversidad de normativa a nivel de la UE provoca claras distorsiones en el tráfico mercantil, como se vislumbra en el capítulo correspondiente de este libro. Y no solo por la base sino también por el tipo de gravamen. Así, en Hungría su transmisión tributa al 8% y en Holanda se prevé una reducción hasta ese mismo tipo de 2008 a 2012.

⁴ Véase SANZ SANZ, ROMERO JORDÁN, ÁLVAREZ GARCÍA, CHOCARRO GARBAYO Y URAGO MARTÍNEZ, «El impuesto de sociedades en la Europa de los veinticinco: un análisis comparado de las principales partidas», Documento 22/04, IEF.

⁵ ANÍBARRO PÉREZ, S., «La asignación de cuotas y la imposición», en 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, pág. 277.

Para el estudio de estas cuestiones hay que acudir, en el Impuesto sobre Sociedades⁶, al RD Legislativo 4/2004, modificado fundamentalmente por la Ley 16/2007, de adaptación de la normativa mercantil en materia contable, y más recientemente por la Ley 4/2008, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria. Esta última ha realizado diversas modificaciones en el Impuesto sobre Sociedades para su adaptación a la reforma contable, así como para evitar una posible vulneración del Derecho comunitario en materia de discriminación y de restricción de la libertad de movimiento de capitales, como es la reforma operada en el artículo 12.3 relativo a la deducción en concepto de pérdidas por el deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de entidades, si bien consideramos que no será de aplicación a los derechos de emisión al no conceptuarse como instrumentos de patrimonio propio, según se verá a continuación.

En el IRPF nos remitiremos a lo dispuesto por la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

II. NATURALEZA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

Una primera cuestión a tratar es la calificación jurídica de los derechos de emisión, pues algunos países de la UE como Dinamarca y Holanda los conceptúan como inmovilizado material, mientras que la mayoría se decantan por calificarlos como activos intangibles, pero también cabe la posibilidad de integrarlos en el inmovilizado financiero de las empresas o en el activo corriente como activos financieros, dependiendo de que se trate o no de empresas emisoras de derechos⁷. La diferente calificación determina la forma de tributación, por lo que un tratamiento desigual puede vulnerar el principio de neutralidad, al alterarse el comportamiento de los agentes económicos por motivos fiscales⁸. Realmente, como revela el informe FIELD, la calificación dependerá del régimen legal aplicable en cada Estado miembro, pues la Directiva no determina la

⁶ Un interesante análisis crítico de este impuesto se encuentra en RODRÍGUEZ ONDARZA (dir.), GUTIÉRREZ LOUSA y GALÁN RUIZ (coord.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.

⁷ Sobre el tratamiento en otros países de la UE puede verse, en esta obra, BILBAO ESTRADA, FARGAS MAS y MATEOS ANSÓTEGUI, «Los derechos de emisión y el Impuesto sobre Sociedades en la UE».

⁸ Siguiendo a PAREDES GÓMEZ, hay distintas acepciones de neutralidad según cuáles sean los sujetos pasivos y las decisiones económicas susceptibles de afectación por los impuestos. En el campo empresarial se exigiría que las decisiones sobre el nivel y composición de la inversión, las fuentes de financiación, el lugar de localización, la combinación de factores, la forma jurídica o el tamaño de la empresa, no estuviesen afectadas por factores fiscales. Como advierte esta autora, fue precisamente la falta de neutralidad del Impuesto de Sociedades español que surgió tras la reforma de 1978, confirmada por diversos estudios empíricos, la que justificó la reforma integral del impuesto en 1995 y otras reformas parciales que se han realizado con posterioridad. Cfr. PAREDES GÓMEZ, R., «Neutralidad del impuesto de sociedades español en el contexto europeo. Análisis del Informe Fiscalidad de las empresas en el Mercado Interior (2001)», Documento 21/04, IEF.

naturalez
contenido
nes mueb
nes¹⁰.

En ton
derechos
mos «bien
cionales o
el estudio:
a los aprov
funcionam
de propied
porales)». S
cuyo conten
fera¹¹.

Hay que
De un lado,
hay una activ
si se adquiere
atmósfera no
concesión y
simple habilit
trina¹². De ot

⁹ Cfr. FIELD
Workshop on The
¹⁰ Cfr. AA.VV.
¹¹ Ob. últ. cit.
¹² Contra la t
ción de emisión -
re la previa compr
nan sin verificar la
Y tampoco es
do haya que entreg
anulación y/o reve

Tampoco cuad
para emitir GEI. E
origen público pero
SANZ RUBIALES

En cuanto a su
bien demanial, un b
colectivo. Además, j
a la atmósfera «esp
sería la española. Ta
cesiones, que impide
la todos los que no
originaria» de la AG
cesión, sino que se t
sas instaladas en Esp

naturaleza de los derechos de emisión⁹. Así, en España las cuotas tienen un contenido patrimonial calificado como derechos subjetivos, en Francia son bienes muebles incorpóreos, y en Estados Unidos son *allowances* o autorizaciones¹⁰.

En torno a su naturaleza jurídica, afirma SANZ RUBIALES que estos derechos tienen elementos de categorías jurídicas diferentes, por lo que estamos «bien ante un derecho sui generis, inclasificable en las categorías tradicionales o bien que la calificación depende de la perspectiva que se adopte en el estudio: si se atiende al nacimiento tiene matices públicos claros, próximos a los aprovechamientos privativos de bienes colectivos, pero si se atiende al funcionamiento, sus características responden a la de un bien mueble objeto de propiedad privada, con importantes limitaciones (fundamentalmente temporales)». Se trata, por tanto, de bienes objeto de propiedad muy regulada, cuyo contenido es un derecho de uso sobre una cosa común que es la atmósfera¹¹.

Hay que distinguir la autorización inicial de la negociación de los derechos. De un lado, la asignación inicial no es una verdadera licencia administrativa (no hay una actividad administrativa previa y se puede emitir sin tener los derechos si se adquieren luego en la fecha de entrega) ni una concesión demanial (la atmósfera no es un bien demanial, no hay un uso exclusivo del bien objeto de concesión y puede transmitirse sin previa autorización), siendo en realidad una simple habilitación para emitir determinados gases, como ha explicado la doctrina¹². De otro, la comercialización de las cuotas recae sobre bienes incorpora-

⁹ Cfr. FIELD (Foundation for International Environmental Law and Development), «Internacional Workshop on The Legal Nature of Emissions Reductions», 25-26 mayo, 2004, Londres, pág. 16.

¹⁰ Cfr. AA.VV. (dir. SANZ RUBIALES, I.), *El mercado de derechos a contaminar...*, ob.cit., pág. 235.

¹¹ Ob. últ. cit., pág. 326.

¹² Contra la tesis de que es una licencia o autorización se puede argüir que una cosa es la autorización de emisión –auténtica autorización– y otra la cuota –que no lo es–. Además, la autorización requiere la previa comprobación de adecuación de la actividad al interés general, mientras que las cuotas se asignan sin verificar la conformidad del proyecto de emisiones a la ley.

Y tampoco es obligatoria su tenencia antes de emitir, bastando con tener las cuotas suficientes cuando 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 GEI. En suma, la calificación de las cuotas como autorizaciones puede servir para explicar su origen público pero no explica satisfactoriamente el libre intercambio de estos derechos. Cfr. AA.VV. (dir. SANZ RUBIALES, I.), *El mercado de derechos a contaminar...*, ob.cit., págs. 195 y 196.

En cuanto a su calificación como concesiones demaniales, hay que decir que la atmósfera no es un bien demanial, un bien de dominio público que pueda conceder otorgando un derecho real, sino un bien colectivo. Además, la compraventa de cuotas permite que los derechos asignados en España (y afectados a la atmósfera «española») se consuman en otro Estado miembro, con lo que la atmósfera afectada no sería la española. Tampoco hay un uso exclusivo en el aprovechamiento del bien, como ocurre en las concesiones, que impiden a los demás el ejercicio del derecho de usar la cosa, mientras que aquí podrán usarla todos los que no perjudiquen gravemente el medio ambiente atmosférico. En realidad la «titularidad originaria» de la AGE sobre las cuotas no responde a la que se ejerce sobre un bien susceptible de concesión, sino que se trata de asegurar las competencias del Estado en la asignación de cuotas a la empresas instaladas en España; no se reserva la titularidad del bien –que nunca ha tenido– sino los poderes de

les de propiedad privada, libremente transmisibles pero con limitaciones temporales y de utilización.

En el IVA el problema fue resuelto en 2006 por la Dirección General de Tributos concluyendo que el servicio consistente en la entrega o transmisión de los derechos de emisión se configura como la transmisión de una licencia administrativa que habilita a su titular a la emisión a la atmósfera de un volumen determinado de dióxido de carbono proveniente de la producción de energía¹³. Pero —al margen de que la tipificación es dudosa— las calificaciones son diferentes en el IVA y en el Impuesto sobre Sociedades al recaer sobre objetos de gravamen diversos y responder a distintas finalidades, aparte de que en el IVA la calificación jurídica es menos compleja en cuanto que todo lo que no sea entrega de bienes es prestación de servicios.

En el Impuesto sobre Sociedades, y lo propio sucede en el IRPF, la calificación variará en función de la finalidad que se persiga con la comercialización de los derechos, del mismo modo que un inmueble puede conceptuarse como inmovilizado tangible, mercadería o activo financiero, según se trafique con el mismo de forma esporádica, habitual o sea objeto de titulización. Por tanto, hay que determinar en primer término su posible uso, bien para cumplir con la entrega de derechos impuesta por la Directiva 2003/87/CE, bien para realizar con ellos el tráfico habitual de la empresa, bien para comercializarlos de forma esporádica con fines meramente especulativos¹⁴.

En el primer supuesto, partiendo de que se trata de 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, la Resolución del ICAC de 8 de febrero de 2006 —que fija el tratamiento contable bajo el anterior Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) pero puede aplicarse al nuevo, según dispone la DT 5ª del nuevo PGC aprobado por RD 1514/2007, siempre que no lo contravenga— lo califica como inmovilizado inmaterial dentro de la cuenta 216 «Derechos de emisión de gases de efecto

policía. Finalmente, la transmisión de una concesión demanial debe estar previamente autorizada, la transmisión de derechos de emisión no precisa autorización. Cfr. Ob. últ. cit., pág. 198 a 200. Según estos autores, desde la perspectiva del asignatario es una «simple habilitación para emitir determinados gases» (pág. 200).

¹³ Consulta vinculante V1335-06, de 5 de julio de 2006, de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo, reiterada por Consulta vinculante V2587-06, de 27 de diciembre de 2006.

¹⁴ Esta diferenciación es apuntada por BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.L., «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 GALLEGÓ 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).

inverna
zarse u
grupo

En
poseído
que coi
relativa
sometic
práctica

En e
contenid
bien cor
título pa
zación, p
que no s
nocidos
fuera del
das, exist
derechos
Next en
(Noruega
tramos m

Pero la
controver
un activo
ro o a un

¹⁵ La Res
literal: «por lo
nal de asignac
teriales...».

¹⁶ La Dir
emisión pueda
nas en tercero
dimiento cont
tiva o las adop
terceros países
a efectos de es
rio y otros reg

¹⁷ El prin
de futuros EC
sions Trading S

¹⁸ El Norc
dades de consu
tratos bilaterale
incluye derivado
Cfr. GARCÍA I
dicos —nord po

invernadero»¹⁵. Dado que el cuadro de cuentas no es obligatorio, podría utilizarse una cuenta con la misma denominación en el nuevo Plan dentro del subgrupo 20.

En el segundo caso, desde el punto de vista teórico 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, serán concretamente mercaderías. En la práctica esta calificación es de difícil aplicación.

En el tercer supuesto, considerando que la regulación de estos derechos y su contenido homogéneo permiten su asignación individualizada —convirtiendo un bien común o libre en propiedad privada— y su integración en un certificado o título para facilitar su transacción en mercados organizados y su internacionalización, podrían conceptuarse como activos financieros para aquellas empresas que no sean titulares de las instalaciones definidas en la Ley 1/2005 o los reconocidos internacionalmente¹⁶. De hecho, aunque también pueden adquirirse fuera del mercado, como se verá al analizar el régimen de operaciones vinculadas, existen diversos mercados organizados en los que se comercializan tales derechos como el European Climate Exchange (ECX)¹⁷ en Londres, el Blue Next en París, y el mercado financiero organizado de los países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca), el Nord Pool¹⁸. En todos ellos encontramos mercados spot para contratos físicos y también opciones y futuros.

Pero la contabilización como instrumento financiero puede ser una cuestión controvertida por la definición contenida en el PGC: «contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa». Evidentemente, en el

¹⁵ La Resolución es de aplicación únicamente a las empresas emisoras según se desprende de su tenor literal: «por lo que se refiere al registro de los derechos de emisión, obtenidos a través de un Plan nacional de asignación, la presente Resolución se decanta por su reflejo en balance como inmovilizados inmateriales...».

¹⁶ 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».

¹⁷ 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).

¹⁸ 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.

momento de la emisión por la asignación o generación hay una inversión o derecho económico para el adquirente pero no un mecanismo de financiación —pasivo financiero o instrumento de patrimonio— para el emisor, que es la Administración y los entrega gratuitamente. No obstante, si la empresa emisora lo transmite a una entidad cuya finalidad es utilizarlos como actividad accesorias con carácter especulativo, cabe cuestionarse si las sucesivas transmisiones pueden suponer una fuente de financiación para el transmitente y constituir un activo financiero para el adquirente.

Según la Norma de registro y valoración 9ª del PGC, relativa a los instrumentos financieros, un activo financiero es cualquier activo que sea: dinero en efectivo, un instrumento de patrimonio de otra empresa, o suponga un derecho contractual a recibir efectivo u otro activo financiero, o a intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente favorables. En este caso la empresa adquirente obtiene un derecho contractual a recibir efectivo si lo vende, en función de su cotización en Bolsa.

Y un pasivo financiero debe suponer para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables, tal como un instrumento financiero que prevea su recompra obligatoria por parte del emisor, o que otorgue al tenedor el derecho a exigir al emisor su rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable, o a recibir una remuneración predeterminada siempre que haya beneficios distribuibles. Aquí, el transmitente no tiene obligación de entregar efectivo —no es como una venta de bonos u obligaciones— y tampoco de entregar «otro activo financiero», partiendo de la base de que para la empresa emisora el derecho de emisión es un inmovilizado intangible. Pero nos queda el apartado relativo al intercambio de activos o pasivos financieros con terceros.

Concretamente, esta operación encajaría en el apartado 5.4 de la NRV 9ª, relativo 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». En consecuencia, se calificará como un instrumento financiero derivado*.

* 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

Al se
financier
para neg
das y ga
durante
a largo p

Otra p
en la cate
se trata d
supondría
contable y
de venta p
un precio
los derecho
se adquiri
ción, que
requisitos p
las empresa
consideram
se perjudica

En el IR
cuanto que
te la libre in

de acciones, o incl
materia desde el p
counter sobre dere
19 De acuerd
corriente no se p
momento de su r
por cumplir lo re
cueros cuyo plazo
relativa al cuadro
20 Véase «La
21 Según el P
valor contable se
y siempre que se c
a) El activo h
términos t
b) Su venta h
b1) La em
ciado
b2) La ver
valor r
b3) Se esp
como r
empres
sa siga
b4) Las acc
tivos er

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)¹⁹.

Otra posibilidad, apuntada por GALLEGO LÓPEZ es incluir los derechos 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, los derechos de emisión tienen una gran volatilidad en el mercado, y puede que se adquieran con la finalidad de mantenerlos hasta el fin del período de asignación, que dura cinco años, con lo que, a nuestro juicio, no se cumplirían los requisitos para calificarlos como tales. Tal vez se podría utilizar esta cuenta para las empresas emisoras por el exceso de derechos sobre los gases emitidos, pero consideramos mejor mantener su calificación como activos intangibles pues no se perjudica la imagen fiel y redundante en una mayor seguridad jurídica.

En el IRPF la calificación tiene más importancia aún que en Sociedades, en cuanto que la tributación de cada categoría de renta es diferente y no se admite la libre integración y compensación de las diversas partidas.

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.

¹⁹ 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.

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 concurran 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.

Para las empresas emisoras y para quienes comercialicen habitualmente estos productos se integraría en los rendimientos de actividades económicas, pues dichas actividades suponen 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 y servicios, asumiendo el riesgo o ventura de su actividad, según el artículo 27 LIRPF. Y como el artículo 28.1 remite la determinación del rendimiento a la normativa del Impuesto sobre Sociedades, la calificación es la misma.

Pero el artículo 28.2 señala que no se incluirán las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos a las actividades económicas, que se cuantificarán conforme al régimen de las variaciones patrimoniales que se integran en la renta del ahorro. Por tanto, puede observarse una diferencia entre los dos supuestos:

- Si se trata de una empresa emisora, hay que distinguir el objeto típico de su actividad -venta de cemento, de papel, suministro de electricidad...- de la enajenación de derechos de emisión. Éstos constituyen un activo intangible afecto a la actividad, en cuanto que son «necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos» (art. 19.1.c LIRPF), pues para emitir los gases generados por su actividad deben entregar un volumen equivalente de derechos, por lo que su transmisión tributará al 19 por 100 y al 21 por 100 a partir de 6.000 euros, al excluirse de los rendimientos. ¿Qué sucede con el exceso de derechos sobre los gases emitidos? Estos derechos no serían necesarios para la realización de la actividad y por tanto no están afectos a la actividad, por lo que habrá que declarar la variación patrimonial en la renta del ahorro y la tributación será la misma.
- Para la persona física cuya actividad principal sea el comercio de derechos de emisión constituirán mercaderías cuya compra y venta se integra en los rendimientos de la actividad, tributando a la tarifa progresiva del 24 al 43 por 100 aplicable a los rendimientos de actividades económicas.

En el tercer supuesto, más factible para las personas físicas, de adquisición con fines especulativos, la tributación será como ganancia o pérdida patrimonial por su posterior transmisión, en cuanto que la renta obtenida no es del trabajo, del capital ni de actividades económicas. Ello supone una tributación inferior a la de las entidades en régimen general, el 19 o el 21 por 100 frente al 30 por 100.

III. DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE EN LOS DERECHOS DE EMISIÓN

III.1. ASIGNACIÓN INICIAL, ADQUISICIÓN Y GENERACIÓN: VALORACIÓN FISCAL

Analizaremos en este epígrafe la valoración fiscal de los derechos de emisión, distinguiendo el Impuesto sobre Sociedades del IRPF y atendiendo en

cada fig anterior

La b te de la negativa ter gene mación del resul mercanti Anónima nes que s tener en Cuentas de segun informe d 10-1997²²

Siemp tración de ne la facu do las nor comercio

Una ve previstos e adelante T

Losaju aspectos: c

²² Según el interpretado a l nes sectoriales empresas aplica que ello supong Unión Europea vo del Legislató La STSJ de vilizado inmater los particulares. mas jurídicas bas tas, en cuya virtu si las cuentas an normas contable tas deberá indicar En consecue to, debe interpret Un comenta MONEVA ABAI de emisión de gas de Empresas, núm.

cada figura impositiva a la finalidad perseguida con los mismos, según se indicó anteriormente.

La base imponible del Impuesto sobre Sociedades, definida como el importe de la renta del período minorado por la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, se determina en estimación directa con carácter general, con la salvedad de las entidades navieras que lo hacen mediante estimación objetiva. En estimación directa la base imponible se calcula partiendo del resultado contable determinado con aplicación de las normas de derecho mercantil: el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, el PGC y sus adaptaciones sectoriales y, por último, las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas. A este respecto habrá que tener en cuenta las Resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante ICAC), pues constituyen normas reglamentarias generales de segundo grado en materia contable de obligado cumplimiento en relación al informe de auditoría, como afirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27-10-1997²².

Siempre que se aplique adecuadamente la normativa contable la Administración debería asumir dicho resultado, en otro caso el art. 143 TRLIS previene la facultad de la Administración para determinar la base imponible aplicando las normas a que se refiere el art. 10.3 de dicho cuerpo legal (Código de comercio y resto de normativa contable).

Una vez fijado el resultado contable, se aplicarán los ajustes extracontables previstos en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en adelante TRLIS.

Los ajustes obedecen a diferencias de criterio contable y fiscal en cuatro aspectos: calificación de ingresos y gastos; valoración de activos, pasivos y

²² Según el párrafo II de la Exposición de Motivos del PGC: «Cualquier aspecto que no pueda ser interpretado a la vista de los contenidos normativos de la Ley y del Reglamento, incluidas las adaptaciones sectoriales y las Resoluciones del ICAC, deberá ser tratado en las cuentas anuales individuales de las empresas aplicando criterios coherentes con el nuevo contexto normativo en materia contable, pero sin que ello suponga en ningún caso una aplicación directa de las normas internacionales adoptadas por la Unión Europea, dado que su extensión a las cuentas anuales individuales no parece haber sido el objetivo del Legislador».

La STSJ de Madrid de 19-1-1994 declaró nula una Resolución sobre normas de valoración del inmovilizado inmaterial porque sólo el Gobierno y sus miembros pueden dictar resoluciones obligatorias para los particulares. Posteriormente, la STS de 27-10-1997 estableció la competencia del ICAC para dictar normas jurídicas basándose en la habilitación contenida en el art. 2.2 b) Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas, en cuya virtud el auditor de cuentas manifestará en el informe de forma clara y precisa su opinión sobre si las cuentas anuales examinadas «se han preparado y presentado de conformidad con los principios y normas contables que establezca el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. El auditor de cuentas deberá indicar de modo individualizado los principios contables que no se hubieran aplicado».

En consecuencia, la DF 5ª PGC, que habilita al ICAC para dictar normas de obligado cumplimiento, debe interpretarse de acuerdo con el art. 2.2 b) LAC, que sólo se refiere al informe de auditoría.

Un comentario a la citada Resolución puede verse en FERNÁNDEZ CUESTA, LARRINAGA y MONEVA ABADÍA, «Resolución del ICAC sobre el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 74, 2006, págs. 3-6.

determinados instrumentos de patrimonio propios de la entidad; imputación temporal de ingresos y gastos; y compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

Las entidades generadoras de gases de efecto invernadero pueden ostentar la titularidad de los derechos a raíz de su adjudicación gratuita a través del plan nacional de asignación —el primero del 2005 al 2007, el actual de 2008 a 2012 aprobado por Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre—, mediante su adquisición a otras personas o entidades, o generándolos ellas mismas utilizando los Mecanismos de desarrollo limpio o los Proyectos de aplicación conjunta previstos en la Ley 1/2005²³. Además, en el período 2008-2012 la adjudicación gratuita debía ser, como mínimo, del 90 por 100 de los derechos de emisión, y finalmente ha sido del 100 por 100 pues el RD 1370/2006 no ha introducido el procedimiento de subasta para ningún sector por el carácter ajustado de la asignación²⁴.

La primera operación a estudiar es la asignación de derechos de emisión. La asignación no es una mera especificación de derechos, que no estaría sujeta a tributación (equiparable a una disolución de comunidad de bienes, artículo 31.2.a TRLIRPF), siendo el bien común originario no susceptible de comercio. La incorporación del derecho a un título, el certificado del Registro Nacional de Derechos de Emisión (Renade) no supondría ningún hecho imponible, salvo la tarifa satisfecha. Las tarifas satisfechas al Renade por sus servicios, habida cuenta su carácter obligatorio y la ausencia de competencia con el sector privado, constituyen tasas²⁵, que podrán incorporarse al valor de adquisición.

En la asignación deberán integrarse como derechos recibidos gratuitamente (art. 15.2.a TRLIS) por su valor de mercado. Esto es lo que dispuso la Resolución del ICAC de 8 de febrero de 2006, al adoptar el valor venal, entendiendo por valor venal el de mercado²⁶, por lo que coincide el criterio contable con el fiscal en su valoración. Pero hay dos interrogantes en la fijación del valor de mercado ¿en qué fecha se computa y qué mercado elegir? La fecha debería ser la de asignación, y el mercado en el que normalmente opere la empresa²⁷. También podría tomarse una referencia media de los mercados más importantes como la recogida en <http://www.pointcarbon.com>

²³ Según el caso serían titulares de European Union Allowance (EUA) o Certified Emission Reduction (CER).

²⁴ Salvo que, en su caso, se decida subastar un eventual remanente de derechos procedentes de la reserva para nuevos entrantes.

²⁵ CARBAJO VASCO, D., «Algunas notas sobre la tributación...», ob.cit., pág. 101.

²⁶ BOICAC 64. Si bien el valor venal, en el apartado 4 de la norma de valoración 2ª del PGC, es definido como «el precio que se presume estaría dispuesto a pagar un adquirente eventual teniendo en cuenta el estado y lugar en que se encuentra dicho bien»; cabe recalcar que, en el caso de los derechos de emisión según el punto 2 de la norma segunda de la Resolución del ICAC de 8 de febrero, «su valor venal será, con carácter general, el valor de mercado» al comienzo del año natural.

²⁷ BILBAO ESTRADA y MATEOS ANSÓTEGUI proponen adoptar el precio más bajo siguiendo el principio de prudencia valorativa, por el riesgo de que los mercados se homogeneicen a la baja. Cfr. «El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión...», ob.cit., pág. 110.

En l
cio de a
ción. N
vo y otr
y cuand
metidas
relacion
operativ
el precio
de los fa
que razo
relaciona
ducción,
capacida
para la pu

Las er
carán con
sición, en

Las en
especulati
trata de co
ficado se
negociar),
valor se lle
tados 2.3 y
del plan er
trarán en u
didas y gan
bio, losaju
dencia en l
de octubre,
del Banco c

Cada eje
valoran por
aplicar las p
jarlo en tod
tan a pérdid
ble del impu
nes de valo

²⁸ Importe F
y debidamente in
²⁹ Cfr. AAVV

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 periodo de producción, construcción o fabricación, se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción y sean necesarios para la puesta del activo en condiciones operativas.

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

Las entidades que de forma esporádica trafiquen con los mismos con un fin especulativo los incluirán en su balance como derivados financieros. Como se trata de contratos no designados para cubrir un riesgo específicamente identificado se integrarán en la categoría de «activos financieros mantenidos para negociar», computándose por su valor razonable²⁸, 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 España²⁹.

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 reflejarse en todo momento. Y en el ámbito fiscal, como las variaciones se imputan a pérdidas y ganancias se integrarán automáticamente en la base imponible del impuesto, por establecerlo así el artículo 15.1 TRLIS: «...las variaciones de valor originadas por aplicación del criterio de valor razonable no

²⁸ Importe por el que puede ser adquirido un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua.

²⁹ Cfr. AAVV, *El Impuesto sobre Sociedades tras la reforma contable*, CISS, Valencia, 2007, pág. 23.

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 contablemente³⁰, 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 —como en el caso de los derechos de emisión con fin especulativo— sí.

III.2. LA IMPUTACIÓN DE INGRESOS POR LA ASIGNACIÓN Y LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN

Como indican BILBAO y MATEOS en el capítulo relativo a la contabilización, la empresa puede mantener los derechos o venderlos, todos o parte de ellos, los necesite o no, desde su asignación (o adquisición o generación) hasta el 30 de abril del año siguiente, obteniendo un beneficio o pérdida contable.

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

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

Una vez los derechos de emisión asignados son transferidos por el Registro Nacional desde la cuenta de haberes de la Administración General del Estado a la del titular de la instalación, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 26.2 y 19.5 de la Ley 1/2005, señala la Resolución del ICAC que se contabilizarán como «Inmovilizado Inmaterial» —intangible— y su correspondiente contrapartida «Ingresos a distribuir en varios ejercicios» sólo los derechos efectivamente transferidos a la cuenta de haberes de la empresa, esto es, la parte proporcional de los derechos asignados para cada uno de los años de vigencia del PNA³¹. Por tanto, contablemente se dará de baja cada año la parte de sub-

³⁰ Cfr. AAVV, *El Impuesto sobre Sociedades...*, ob.cit., pág. 91.

³¹ De esta forma, se eliminó la posibilidad de que una empresa que haya gastado en un año la totalidad de los derechos asignados para ese año, pudiera transferirse los asignados para años posteriores. En cambio, sí queda abierta la posibilidad de usarlos, ya que la empresa recibirá los asignados a cada año antes del 28 de febrero, pero no tiene que devolver los correspondientes a las emisiones del año anterior hasta el 30 de abril del año siguiente. Por tanto, durante los meses de marzo y abril, y dependiendo de la evolución prevista de sus emisiones y el precio de mercado de los derechos, la empresa puede decidir usar los nuevos asignados para cubrir su devolución o comprarlos en el mercado. Cfr. BILBAO ESTRADA, I. y MATEOS ANSÓTEGUI, A.I., «El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión...», ob.cit., pág. 113.

ención equivalente a los derechos emitidos y se abonará a la cuenta de ingresos Subvenciones, donaciones y legados de capital (746). Y para descontar el impuesto de la subvención se abonará la cuenta Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479).

En cuanto a la transmisión, en la entrega de derechos de emisión se producirá un beneficio o pérdida por la diferencia entre el valor de enajenación y el valor neto contable. Fiscalmente se computará en la misma cuantía por lo que no hay que hacer ajustes.

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

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

III.3. GASTOS DEDUCIBLES: PÉRDIDAS POR DETERIORO, PROVISIÓN POR DERECHOS DE EMISIÓN, PROVISIÓN PARA ACTUACIONES MEDIOAMBIENTALES Y PROVISIÓN PARA RESPONSABILIDADES

A lo largo de cada año pueden reflejarse contablemente gastos por cuatro motivos en relación a los derechos de emisión. 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; y provisión para responsabilidades por desacuerdo en la certificación de derechos, por imposición de sanciones o por gastos derivados de litigios con la Administración.

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

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

- 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

Supuestos con tratamiento especial:

- Gastos imputados contablemente en un período posterior o ingresos imputados contablemente en un período anterior (art. 19.3 TRLIS): se aplica el ejercicio de imputación contable para anticipar la recaudación.
- Adquisiciones a título lucrativo (art. 19.8 TRLIS) el ejercicio de su adquisición, salvo las subvenciones (art. 15.3 TRLIS).

4.º No incurrir en los supuestos del 14.1 TRLIS.

El primer gasto a analizar son las pérdidas por deterioro. La disminución de valor de mercado de los derechos de emisión sobrantes de las empresas emisoras frente al computado en su asignación o adquisición permite computar una pérdida por depreciación de inmovilizado. Los que deban entregarse al año siguiente se incluirán en la provisión por derechos de emisión, por lo que no procede su dotación a nuestro juicio³². 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 derechos de emisión, pues no se dice lo contrario en el TRLIS.

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

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

En cambio, las personas o entidades que los comercialicen con carácter accesorio tienen un régimen distinto. Las entidades contabilizarán estos derechos como derivados financieros en la categoría de activos «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

³² Señalan BILBAO ESTRADA y MATEOS ANSÓTEGUI que «parece razonable pensar que... afectará a los derechos sobrantes de las empresas emisoras, es decir, aquellos que al final del año superan las emisiones de gases realizadas, y por lo tanto, como no van a ser devueltos a la Administración, deben lucir en el Balance para el próximo año por su valor ajustado al mercado». Cfr. «El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión...», ob.cit., pág. 110.

³³ Un trabajo en el TRLIS, puede ser de emisiones de Sociedades?, T...

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.

Por su parte las personas físicas integrarán la renta derivada de su venta como ganancias o pérdidas puras, por lo que no pueden dotar pérdidas por deterioro y no será hasta su realización cuando computen el ingreso o gasto fiscal.

Un segundo gasto deriva de la provisión por derechos de emisión de GEI. A diferencia del gasto anterior, esta provisión afectará únicamente a los derechos que deban entregarse, por lo que en ningún caso podrá dotarse por el exceso de derechos que la empresa mantenga en el inmovilizado sobre las emisiones certificadas. En efecto, dicha provisión debe dotarse porque la emisión de gases obliga a entregar derechos de emisión (hasta el 30-4) y provocará un gasto contable que todavía no se ha producido (a fecha de cierre) pero se sabe con certeza que se producirá, aunque se desconoce la cuantía. Ello plantea la duda de su deducibilidad fiscal³³.

Hasta el 31-12-07 las provisiones para riesgos y gastos no eran deducibles como regla general, disponiendo el artículo 13.1 TRLIS que no eran gasto fiscal «las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables», con la salvedad de las excepciones del artículo 13.2. A sensu contrario, sí eran deducibles por gastos o deudas ciertas, aunque la cuantía fuera indeterminada, y así lo sentenció el Tribunal Supremo en Sentencia de 19-6-04.

Tras la Ley 16/2007, por el nuevo concepto del principio de prudencia contablemente no se admite el gasto por pasivos contingentes –riesgos previsibles, pérdidas eventuales y gastos o deudas probables–, de modo que al restringirse el gasto contable por provisión, en el TRLIS se sustituye la declaración genérica de no deducibilidad por una enumeración de los gastos no deducibles. Así, el artículo 13.1.a) dispone que no constituyen gasto fiscal «los derivados de obligaciones implícitas o tácitas», que son las motivadas por patrones de comportamiento o políticas empresariales de dominio público que creen una expectativa válida a terceros con los que la empresa deba cumplir su compromiso. Por tanto, sí son deducibles los que deriven de obligaciones legales o contractuales, y este es el caso de la entrega de derechos, de obligado cumplimiento por la Ley 1/2005.

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

³³ 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, pp. 16 a 31.

- a) Si hay suficientes derechos la provisión se dotará por su valor contable. Los asignados por su valor de mercado, los adquiridos por el precio de adquisición, y los generados según el coste de producción.
- 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? 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 provisión³⁴. La experiencia es la que determinará su importe a dotar cada ejercicio. No obstante, tras la reforma del PGC así como del TRLIS, deben matizarse, tal y como ha podido comprobar el lector en el trabajo anterior de esta obra colectiva.

En tercer lugar está la provisión para actuaciones medioambientales.

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

Representan obligaciones legales, contractuales o implícitas de la empresa o compromisos adquiridos por 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.

³⁴ 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.

Esta p
minación
mulados y

A difer
calmente
midas por
do corresp
Administra
actuacione
rar el dañ
cuencia de
tas de actu
bilidad de

Se desa

a) Cont
sobre
mism
justifi

b) Plazo
tro de
o con

c) Resol
Deleg
Depen
Granc
vez in
ha de
formu
estime
debe s
vo u o
cedim
ser imp
sición

d) Finaliz
dos de
de los
su sube

³⁵ Cfr. Mem

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 y no deriven de obligaciones legales o contractuales, cuando corresponda 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 daño³⁵.

Se desarrolla en los artículos 10 y 11 RIS, con las siguientes características:

- a) Contenido. El escrito de solicitud del plan debe contener datos detallados sobre las obligaciones del sujeto pasivo o compromisos adquiridos por el mismo para prevenir o reparar los daños al medio ambiente (descripción, justificación, importe, criterio de imputación temporal y fecha de inicio).
- b) Plazo de solicitud. Debe realizarse ante la Administración tributaria dentro de los tres meses siguientes a la fecha de nacimiento de la obligación o compromiso de la actuación medioambiental.
- c) Resolución. Es competente para instruir y resolver el procedimiento la Delegación de la AEAT del domicilio fiscal del sujeto pasivo, o las Dependencias Regionales de Inspección o la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, en caso de sujetos pasivos adscritos a ellas. Una vez instruido el procedimiento, y antes de la propuesta de resolución, se ha de poner de manifiesto al sujeto pasivo, quien dispone de 15 días para formular las alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estime pertinentes. La resolución que ponga fin al procedimiento, que debe ser motivada, puede: aprobar el plan formulado por el sujeto pasivo u otro alternativo propuesto por el sujeto pasivo en el curso del procedimiento; o desestimarlos. El acto administrativo desestimatorio puede ser impugnado en vía económico-administrativa, previo recurso de reposición potestativo.
- d) Finalización. El procedimiento debe finalizar antes de tres meses, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente o desde la fecha de su subsanación. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya

³⁵ Cfr. Memento práctico Francis Lefebvre Contable 2009, parág. 4180.

resuelto, de forma expresa, se entiende aprobado el plan formulado por el sujeto pasivo, por lo que hay silencio administrativo positivo.

- e) Modificación del plan. Cuando se desee modificar un plan de gastos por actuaciones medioambientales ya aprobado por la Administración, el sujeto pasivo ha de solicitarlo, dentro de los tres últimos meses del período impositivo en que deba surtir efecto la modificación, debiéndose cumplir las mismas normas que para la solicitud inicial.

Por último, encontramos la provisión para responsabilidades, incluida en la cuenta 142 «Provisión para otras responsabilidades». Responden a obligaciones ciertas devengadas en el ejercicio pero indeterminadas en su cuantía y vencimiento, como las procedentes de litigios en curso, indemnizaciones u obligaciones derivadas de avales y otras garantías similares a cargo de la empresa.

Se puede dotar en dos supuestos:

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

Hasta el 31 de diciembre de 2007, según el artículo 13.2 a) TRLIS sólo eran deducibles las dotaciones relativas a responsabilidades por «litigios en curso o pagos pendientes debidamente justificados» cuya cuantía no estuviese definitivamente establecida, lo que implica certeza sobre la responsabilidad e indeterminación en la cuantía y momento del pago.

Tras la reforma del TRLIS por la Ley 16/2007 no se citan como no deducibles, por lo que hay una remisión a la contabilidad, salvo que derive de obligaciones implícitas o tácitas (Norma 15ª de la 2ª parte PGC). En el primer supuesto, dado que la entrega deriva de una obligación legal y la discrepancia en el número de derechos motivará un litigio o una obligación pendiente, se trata de un gasto fiscalmente deducible, pues hay una responsabilidad cierta aunque la cuantía sea indeterminada en la fecha de devengo del impuesto. De acuerdo con la doctrina del TEAC es necesario que se acredite la existencia de responsabilidades próximas, ciertas y exigibles; esta exigibilidad puede venir por ejemplo de litigio o requerimiento fehaciente, por incumplimiento de contratos o por pagos debidamente justificados, aunque su cuantía no estuviese definitivamente establecida. Consideramos que sería deducible tanto en caso de litigio como de arbitraje para llegar a un acuerdo con la Administración.

En el segundo, aunque en principio sería deducible por el mismo motivo, el artículo 14.1.c) TRLIS tipifica como gasto no deducible el derivado de multas

y sanciones penales y administrativas, por lo que no se admite su deducibilidad al derivar de una sanción. Ello provocará un ajuste positivo sobre el resultado contable.

Finalmente, el artículo 13.3 dispone que «Los gastos que, de conformidad con los dos apartados anteriores, no hubieran resultado fiscalmente deducibles, se integrarán en la base imponible del período impositivo en el que se aplique la provisión a su finalidad». En ese momento habrá que practicar un ajuste negativo.

III.4. CANCELACIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN

Dispone el artículo 27.1 de la Ley 1/2005 que el registro procederá, en cualquier momento y a petición de su titular, a la cancelación de los derechos de emisión. Se entiende que tendrá como límite temporal el fin del período del plan nacional de asignación. Podría producirse si las emisiones son inferiores a los derechos, aunque ante la posibilidad de utilizarlos más adelante lo normal es que se optase por su venta o futura aplicación.

Tanto en los derechos adquiridos como en los generados se producirá una pérdida fiscal por el valor neto contable determinado a partir del precio de adquisición o coste de producción. En cambio, en los derechos asignados la operación no generará ingreso ni gasto fiscal.

III.5. ENTREGA FORZOSA DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN

A diferencia de la cancelación, tiene carácter forzoso. Se debe entregar un número de derechos de emisión equivalente al dato de emisiones verificadas cada ejercicio, hasta el 30 de abril del año siguiente.

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

III.6. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El incumplimiento del régimen administrativo de los derechos de emisión puede dar lugar a infracciones administrativas leves, graves o muy graves. Concretamente, el incumplimiento de la obligación de entregar los derechos de emi-

sión se tipifica como muy grave y se sanciona con una multa de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso, sin que exima al titular de entregar una cantidad de derechos de emisión equivalente a la de las emisiones en exceso, en el momento de entregar los derechos de emisión correspondientes al año natural siguiente al de comisión de la infracción (art. 30 a), apartado.5 Ley 1/2005)³⁶.

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

IV. BENEFICIOS FISCALES QUE SE PUEDEN APROVECHAR GENERANDO O TRANSMITIENDO DERECHOS

IV.1. DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN DE BENEFICIOS EXTRAORDINARIOS

Pretende adecuar el coste fiscal neto de las plusvalías en el Impuesto sobre Sociedades con el del IRPF, y se plantea si es aplicable a las entidades que transmitan derechos de emisión.

La exposición de motivos de la Ley 16/2007 procedió a su reforma para permitir que las desinversiones e inversiones en valores representativos de entidades que tienen un marcado carácter empresarial pudieran aplicar este incentivo.

Se admiten como bienes objeto de transmisión o adquisición los valores representativos de entidades donde más de la mitad de su activo no esté compuesto principalmente por elementos del inmovilizado material, inmaterial o valores no aptos a efectos de la deducción.

Suprime retroactivamente desde el 1 de enero de 2007 el apartado e) del artículo 42.3 TR (redacción Ley 36/2006) que no consideraba valores válidos para aplicar la deducción por su transmisión o inversión en ellos, los representativos de entidades donde más de la mitad de su activo estaba integrado por elementos patrimoniales que no fueran inmovilizado material o inmaterial o valores que no representasen el 5% del capital de una entidad.

³⁶ En octubre de 2008 la comisión de Medio Ambiente del Parlamento Europeo aprobó un informe señalando que los países de la UE deberían pagar multas por violar los objetivos de reducción de las emisiones de CO₂ originadas en fuentes no cubiertas por el régimen de comercio de derechos de emisión. También incluye una nueva propuesta: que las emisiones de 2050 representen, como máximo del 60% al 80% de las de 1990. Pendiente de su aprobación por la Eurocámara y el Consejo por codecisión, se aplicarían multas de 100 euros por tonelada de CO₂ a los países de la UE que no cumplan sus metas. A los Estados que no abonen su importe se les reducirían sus emisiones excesivas de los créditos del régimen de comercio de derechos de emisión, por lo que en vez de ser el país infractor quien subastase sus créditos sería la Comisión Europea, creando un fondo comunitario para promover la eficiencia energética y las fuentes de energía renovables.

Los req

a) Las e
igual

b) Solo

c) Los e

– Inr
la e

– Ac
ent
100
tran

d) Los a
de los

e) Eleme
trans

f) Cuant

g) Plazo

Base dec

El tipo d
pese a la sub
partir de 6.0
do el tipo d
cuantía de la

Se exige
menor.

¿Es de
sión onerosa

Para las e
privada y titu
fera calificad
que la trans

* De hecho,
ción por reinver

Los requisitos de aplicación son:

- a) Las entidades a las que se aplica deben tener un tipo nominal superior o igual al 20 por 100.
- b) Solo opera en las transmisiones onerosas.
- c) Los elementos patrimoniales transmitidos pueden ser:
 - Inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a la explotación económica.
 - Acciones que supongan una participación superior al 5 por 100. Si la entidad participada posee elementos no afectos a AE en más del 15 por 100, la deducción no se aplicará sobre la parte de renta obtenida en la transmisión que corresponda en proporción a los bienes no afectos.
- d) Los activos transmitidos deben estar en funcionamiento un año dentro de los tres años antes de la transmisión.
- e) Elementos en que se materializa la reinversión: los mismos que en la transmisión.
- f) Cuantía: importe obtenido en la transmisión. Cabe reinversión parcial.
- g) Plazo: un año antes o tres después.

Base deducción: renta menos provisión por depreciación.

El tipo de la deducción en 2009 es el 12 por 100, y se mantendrá en 2010 pese a la subida del 18 al 19 por 100 para las personas físicas (y al 21 por 100 a partir de 6.000 euros), de forma que las plusvalías societarias seguirán aplicando el tipo del 18 por 100. El Gobierno ha considerado oportuno mantener la cuantía de la deducción por el momento de crisis actual*.

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

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

Para las empresas emisoras sí, por tratarse de bienes 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 derechos se produzca entre la finalización del período

* De hecho, el Proyecto de LPGE para 2010 prevé que los beneficios fiscales asociados a la deducción por reinversión disminuirán un 22,8 por 100 en 2010.

do 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.

IV.2. DEDUCCIONES POR INVERSIONES MEDIOAMBIENTALES

Son deducciones por adquisición de inmovilizado material que evite o reduzca las mismas, o por adquisición de inmovilizado material nuevo para aprovechar fuentes de energía renovables.

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:

- 1.º Evitar la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales.
- 2.º Evitar la carga contaminante por vertidos en aguas superficiales, subterráneas y marinas.
- 3.º Reducir, recuperar o tratar correctamente los residuos industriales.

Hay que acudir a la normativa ambiental para definir estos conceptos (DGT 19-12-02).

Las condiciones relativas a los elementos patrimoniales objeto de inversión son las siguientes:

- a) Debe tratarse de elementos del inmovilizado material de la empresa, nuevos o usados, incluyendo el terreno en que se asienten las instalaciones.
- b) El destino de las inversiones debe ser 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.
- c) El inmovilizado material debe consistir en instalaciones y equipos -maquinaria y demás elementos integrados- que individualmente considerados no tienen una autonomía funcional propia, alcanzando una utilidad al integrarse entre sí.

La deducción requiere un certificado de convalidación expedido por la Administración competente, a solicitud del sujeto pasivo, conteniendo los datos siguientes:

a) Que
conv

b) Ident
emis
ració
mejo

c) Idon
mativ

d) Que l
del m
acuer
conva

La segur
nuevo desti
TRLIS). Las
dades:

a) Aprov
tridica

b) Tratan
tos con

En los do
realizada (pre
vencionada n

Los porcer
impositivo: 20
derogación pa

A nuestro
reversión, cu
chos de emisio
de aplicación c

V. LAS OPERACIONES DE EMISIONES

El régimen
organizado, an
tración cuantifi

- a) Que las inversiones se han realizado en ejecución de los planes, programas, convenios o acuerdos aprobados o celebrados por la Administración.
- b) Identificación de la normativa vigente en materia medioambiental sobre emisiones a la atmósfera, vertidos de aguas y sobre producción, recuperación y tratamiento de residuos industriales para cuyo cumplimiento o mejora se efectúan las inversiones.
- c) Idoneidad de las inversiones realizadas para cumplir los fines de la normativa.
- d) Que las inversiones realizadas permiten alcanzar los niveles de protección del medio ambiente previstos en los planes, programas, convenios o acuerdos celebrados o aprobados por la Administración que certifica la convalidación de la inversión.

La segunda deducción opera en la adquisición de inmovilizado material nuevo destinado al aprovechamiento de fuentes de energía renovables (art. 39.3 TRLIS). Las instalaciones o equipos deben responder a alguna de estas finalidades:

- a) Aprovechamiento de la energía solar para transformarla en calor o electricidad o de residuos sólidos como carburantes.
- b) Tratamiento de residuos para su transformación en biogás o de productos como biocarburantes.

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

Los porcentajes de deducción dependen de la fecha de comienzo del período impositivo: 2008 el 6 por 100, 2009 el 4 por 100, 2010 el 2 por 100. Se prevé su derogación para los períodos impositivos que se inicien el uno de enero de 2011.

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

V. LAS OPERACIONES VINCULADAS Y LOS DERECHOS DE EMISIÓN

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 derechos de emisión. Hay tres opciones para la compra de derechos:

- El mercado OTC (over the counter, mercado directo) donde se compran derechos 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 minoristas³⁷.

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).

El informe de la Comisión Europea de 2001 «Company Taxation in the Internal Market» dio lugar al Foro Conjunto de la Unión Europea sobre los precios de transferencia, en el que se describió detalladamente la cada vez mayor trascendencia de los problemas en el área de precios de transferencia para la consecución de los objetivos del mercado único, y constituyó la base de la comunicación de la Comisión del mismo año titulada «Hacia un Mercado Inte-

³⁷ 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/porta1_espanol/essential_background/feeling_the_heat/items/3305.php

rior sin obstáculos fiscales: Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria», con objeto de conseguir la efectiva eliminación de la doble imposición en el seno de la Unión Europea en el ámbito de los precios de transferencia y reducir los costes de cumplimiento de los grupos multinacionales que operan en distintos Estados de la Unión como consecuencia de las diferentes prácticas de las correspondientes Administraciones tributarias, para lo que se creó un Foro mixto con la participación de las Administraciones fiscales de los Estados miembros y representantes de la comunidad empresarial, en junio de 2002. La pretensión no era aprobar una norma de «hard law» comunitaria, sino que sus acuerdos incidieran de forma real en la actuación de las Administraciones y empresas a través de la adopción de instrumentos de «soft law», como recomendaciones o códigos de conducta o de buenas prácticas.

Con el fin de adaptar el régimen español de las operaciones vinculadas a las Directrices de la OCDE y al Informe del Foro Europeo en materia de Precios de Transferencia («European Union Joint Transfer Pricing Forum»), se aprobó la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude que modificó el artículo 16 del TRLIS.

La Ley 36/2006 ha alterado de forma sustancial el régimen de operaciones vinculadas previsto en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRPF. Primero, al establecerse de forma imperativa, mientras que antes era de aplicación discrecional por la Administración, salvo que operase la regla específica de valoración de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas prevista en la LIRPF, que se suprime. Segundo, al incrementarse los supuestos de vinculación. Tercero, por el establecimiento de nuevas obligaciones formales. Cuarto, modificando el procedimiento, al retrasar la notificación del expediente a la otra parte vinculada hasta el momento en que el obligado sometido a comprobación recurra o deje pasar el plazo de impugnación.

Veamos cada uno de estos apartados y su incidencia en el régimen de derechos de emisión.

El artículo 16.1 TRLIS decía que «la Administración Tributaria podrá valorar por su valor de mercado las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas... cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación». Era un régimen potestativo, aplicable por la Administración.

No obstante, el artículo 45.2 TRLIRPF obligaba al contribuyente a aplicar dicho valor cuando implicase un aumento de sus rendimientos del trabajo o de actividades económicas. Era obligatorio para el contribuyente, con independencia del valor real, para evitar la disminución de la progresividad de la tarifa en el IRPF. Y en las operaciones con sociedades de profesionales —sociedades en las que más del 50 por 100 de sus ingresos procedan del ejercicio de activi-

dades profesionales—, la Ley disponía que la contraprestación satisfecha a las personas físicas por la prestación del trabajo personal o el ejercicio de actividades profesionales coincidía siempre con el valor de mercado.

La Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal modificó el artículo 16.1, apartado 1º TRLIS, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del uno de diciembre de 2006, en los siguientes términos: «Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado». Convierte una potestad administrativa en una norma imperativa de valoración para el contribuyente, siempre que difieran los valores acordados del valor de mercado. Además, define el valor de mercado como «aquél que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia».

A continuación, el apartado 2º establece que «la Administración podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones... que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga».

En otro orden de cosas, se suprime la condición de aplicación de la regla de vinculación a que la tributación en España del conjunto de personas o entidades vinculadas sea inferior a lo que resultaría de aplicar el valor de mercado suponga diferir el pago. No obstante, puede entenderse implícita tal condición en el párrafo final, que también contemplaba la anterior redacción, según el cual la valoración administrativa no determinará la tributación por el IRPF, el IS o el IRNR —este último se ha añadido— de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado.

En fin, el artículo 16.1 in fine, añade que para efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva. El objeto es que las empresas en estimación objetiva que facturen a otras entidades vinculadas computen la renta no declarada —admitida legalmente como no gravada— del mismo modo que éstas la habrán considerado gasto deducible en el impuesto sobre la renta que corresponda. El problema está en el cálculo por la empresa de estas magnitudes, habida cuenta las menores obligaciones formales que supone el régimen de estimación objetiva.

Con la vigente Ley el contribuyente debe valorar obligatoriamente a valor de mercado los derechos de emisión en su balance. El régimen fiscal de las operaciones vinculadas tiene incidencia si difiere del contable, pues en otro caso no procede hacer ajustes. Conforme a la Norma de Registro y Valoración 21ª PGC, tanto los criterios de valoración como los de registro relativos a los ingresos y gastos generados en operaciones entre entidades vinculadas son aplicables en

³⁸ Los derechos misma significación Memento práctico

los mismos términos que a las operaciones realizadas entre empresas sin vinculación³⁸.

En consecuencia, con independencia de que haya o no vinculación en materia contable se adoptará la valoración contable que hemos visto anteriormente. 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 asignación de derechos se adopta el valor de mercado, por lo que no hay ajustes.
- En la generación el coste de producción, por lo que podría haberlos, 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.
- Si se adquieren mediante subasta pública, puesto que hay un precio constatable, tampoco debería actuar la Administración.
- En la adquisición por empresas emisoras o que comercialicen los derechos 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 especulativos 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.

³⁸ Los derechos de cobro tienen la misma naturaleza pero se registran en cuentas separadas, con la misma significación y tratamiento que las que reflejan créditos frente a terceros sin vinculación. Cfr. Memento práctico Francis Lefebvre Contable 2009, parág. 6118 y 7013.

- e) Método del margen neto del conjunto de operaciones³⁹.

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 derechos de emisión habrá que acudir al precio libre comparable según mercados de negociación por ser el más directo y fiable según las Directrices de la OCDE. 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.

Un supuesto que puede tener trascendencia fiscal aunque no necesariamente en relación con las operaciones vinculadas es el de las instalaciones dedicadas a una misma actividad (cementera, papelera, eléctrica) que pueden, previa autorización del órgano competente, responder de la obligación de entregar derechos de manera conjunta, siempre que sus titulares otorguen poder suficiente a un administrador fiduciario único. Si una de las instalaciones no cubre las emisiones y otra sí, teniendo ambas personalidad jurídica independiente, puede considerarse como una donación de derechos, con un doble ajuste en el transmitente al imputar un ingreso fiscal por la pérdida contable y otro por la

³⁹ Este último fue añadido conforme a las directrices de la OCDE.

diferencia
de la ent

El Re
valor de
de las m
Adminis
actuacion

Respe
culadas l
mismo gr
(art. 47.1
vinculada
previstas
sociedade
cia signific
con ésta u
Dicha infl
una o var
dominante
Y según la
cuando un
bilidad de
entre accio
va en la tor
caso, conta

a) Las e

b) Las p
desce

⁴⁰ Respecto
posición adicio
vención del frau
tres meses sig
Motivos del RD
lando la determ
ciones vinculada
dad de garantiza
tación tributaria
⁴¹ La Norm
influencia en, o
se incluirán:

- a) El cónyug
- b) Los asce
relación c
- c) Los ascer
tividad; y
- d) Las perso

diferencia entre el precio de mercado y el valor neto contable en el momento de la entrega de derechos a la Administración.

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 que deban aportar los contribuyentes a requerimiento de la Administración⁴⁰ 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 13^a y 15^a previstas en la tercera parte del PGC. La Norma 13^a 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 15^a, 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. En cualquier caso, contablemente se considerarán partes vinculadas:

- a) Las empresas del grupo, multigrupo o asociadas.
- b) Las personas físicas o sus familiares próximos —cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos⁴¹— que posean directa o indirectamente algu-

⁴⁰ 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 1 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.

⁴¹ La Norma 15^a señala que se entenderá por familiares próximos a aquellos que podrían ejercer influencia en, o ser influidos por, esa persona en sus decisiones relacionadas con la empresa. Entre ellos se incluirán:

- a) El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad;
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos y los respectivos cónyuges o personas con análoga relación de afectividad;
- c) Los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad; y
- d) Las personas a su cargo o a cargo del cónyuge.

na participación en los derechos de voto de la empresa, o en la entidad dominante de la misma, de manera que les permita ejercer sobre una u otra una influencia significativa.

- c) Las personas físicas con autoridad y responsabilidad sobre la planificación, dirección y control de las actividades de la empresa –administradores y directivos- o sus familiares próximos.
- d) Las empresas sobre las que cualquiera de las personas anteriores pueda ejercer una influencia significativa.
- e) Las empresas que compartan algún consejero o directivo que ejerza una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de ambas.
- f) Los familiares próximos del representante del administrador de la empresa, cuando el mismo sea persona jurídica.
- g) Los planes de pensiones para los empleados de la propia empresa o de alguna otra que sea parte vinculada de ésta.

Fiscalmente, el artículo 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. De otra parte, han aumentado los supuestos de vinculación:

- Se amplía el concepto de «cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores» al de «cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores» (16.3 TRLIS). Por ejemplo hermanos y tíos.
- Se amplían los conceptos de sociedad y capital social a los de «entidad» y «fondos propios (16.3 TRLIS).
- Da cabida a las comunidades de bienes, a las sociedades irregulares, herencias yacentes, cuentas en participación, etc. y a los préstamos participativos.
- La mención a los administradores incluye también a los de hecho, como ya hiciera la Ley 58/2003 al abordar su responsabilidad.

Por tanto, a diferencia del criterio contable, deja fuera a las personas con análoga relación de afectividad que el cónyuge, pero incluye a los tíos y sobrinos, y los porcentajes de participación son muy inferiores al contable (1% y 5% frente al 20%). Así, una operación entre una sociedad y un socio que tenga el 15% de aquélla sería vinculada a efectos fiscales pero no contables. Y si el porcentaje es del 20% y se realiza con la pareja de hecho, sería vinculada contablemente pero no fiscalmente.

La Administración tributaria podrá corregir dicho valor contable cuando determine que el valor normal de mercado difiere del acordado por las personas o entidades vinculadas, aplicando a la posible diferencia entre ambos las consecuencias fiscales pertinentes.

En aquellos casos en los que la Administración tributaria corrija el valor aplicado por las partes, fijando el valor normal de mercado de la transacción, quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas.

Los ajustes extracontables, que, en su caso, se practiquen, tendrán carácter bilateral. El ajuste de un signo determinado dará lugar al oportuno ajuste correctivo 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. En efecto, la vigente regulación exige que el procedimiento se lleve exclusivamente con la entidad sometida a inspección, y sólo se practique la correspondiente notificación a la parte vinculada (o sea, a la parte que debiera de experimentar un ajuste negativo) una vez que la AEAT haya dictado a la sociedad inspeccionada la liquidación —la liquidación derivada del ajuste positivo, como es obvio—, de modo que «si en dicho momento el ejercicio fiscal homónimo de la parte vinculada no ha prescrito, parece claro que procede el correspondiente ajuste de signo contrario; pero si dicho ejercicio fiscal ha prescrito —y esto sucederá, a la vista de la experiencia sobre la duración real de las actuaciones inspectoras, en muchos casos—, ya no podemos argumentar que en tal tesitura resulte improcedente el ajuste positivo en la sociedad sometida a inspección, y no podemos defender tal argumento porque en dicho procedimiento ya ha sido dictada liquidación —y, en su caso, también sanción, porque el nuevo régimen sí prevé la imposición de sanciones en muchos supuestos de ajuste—. Al haber ya liquidación, es indefendible jurídicamente el hecho de que dicho acto administrativo deba desaparecer por el hecho de que, por razones de prescripción, no quepa practicar el correspondiente ajuste negativo en la parte vinculada. 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 se producirá un exceso de tributación —doble imposición— derivado del ajuste unilateral»⁴².

⁴² CAAMAÑO ANIDO, M.A., «Novedades en el régimen de operaciones entre sociedades vinculadas», *Temas Tributarios de Actualidad*, 34/2006, pág. 41.

A ello se suma que se ha aprobado un nuevo apartado 2 del artículo 16, en cuya virtud «las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente». Hasta ahora sólo se exigía esta documentación para justificar los acuerdos previos de valoración. 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. Esta sanción es incompatible con la que, en su caso, procediese por la aplicación de los artículos 191, 192, 193 ó 195 de la LGT, por la parte de bases que hubiesen dado lugar a la imposición de la infracción, siendo, sin embargo, compatibles las sanciones previstas en el apartado 10 del artículo 16 del TRLIS con la sanción establecida por el art. 203 de la LGT para la infracción consistente en la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria.

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 artículo 43.2 LRJAP⁴³ y atenta a la seguridad jurídica y confianza del ciudadano en las instituciones, que es justamente el principio que pretende salvaguardarse con este sistema.

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 sin embargo los más afectados serán los pequeños empresarios, incluso profesionales vinculados a empresas de servicios, que deberán poner sumo cuidado —y ni así tendrán la exi-

⁴³ 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 —que es lo que se ha utilizado en este caso— o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

gible seg
plazamie

2.º N
sociedad
de reglas
entre em
entre los
nuevo ré
que resp
tario exig
respeta lo
ria. Baste
buso que

a) Que
esto
wep
Der
entra
trans

b) Que
qued
de cu

— Lo

— La
cor
TJC
de
340
cas
Der
adm

3.º El ré
las diferenc
los deberes
cionales, con
Convenio de

⁴⁴ CAAMAN
Actualidad, 34/200

⁴⁵ Ob.últ.cit.,

gible seguridad jurídica- en la determinación de la base imponible en los desplazamientos de bienes y prestaciones de servicios intragrupo⁴⁴.

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, en cambio, ha regulado el nuevo régimen como si de una cláusula antifraude se tratara por lo que tendrá que respetar las exigencias y requisitos de validez que el ordenamiento comunitario exige a toda cláusula antifraude. Sin embargo, la normativa española no respeta los parámetros de legalidad impuestos por la jurisprudencia comunitaria. Baste el respecto señalar que el TJCE sólo admite aquellas cláusulas antiabuso que reúnan 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 Derecho comunitario, por desproporcionadas, en la medida en que no admiten la aportación de prueba en contrario⁴⁵.

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) cuan-

⁴⁴ CAAMAÑO ANIDO, M.A., «Novedades en el régimen de operaciones ...», *Temas Tributarios de Actualidad*, 34/2006, pág. 43.

⁴⁵ Ob.últ.cit., pág. 44.

do 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 de implicar sanciones que sean desproporcionadas, considerándose como tales aquellas que supongan un obstáculo a las libertades reconocidas por el Tratado.

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

VI. LA ARMONIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN LA UE

En el ámbito de la Imposición directa sólo se ha conseguido una armonización parcial con base en el art. 94 TCE, debido a la falta de voluntad de algunos gobiernos y a la necesaria unanimidad en la toma de decisiones. En el Impuesto sobre Sociedades cabe citar fundamentalmente la Directiva 90/434/CEE sobre fusiones y otras operaciones de reestructuración empresarial, la Directiva 90/435/CEE sobre distribuciones de beneficios entre matrices y filiales, y el proyecto de una Base Imponible Común consolidada. Con relación a este último, la ausencia de armonización en el Impuesto sobre Sociedades, con las salvedades referidas, y la necesidad de suprimir los obstáculos fiscales en el mercado interior, han propiciado la elaboración de dicho proyecto⁴⁶.

En una Comunicación de la Comisión de 2 de mayo de 2007 se previó el carácter facultativo de la base común consolidada y la limitación de beneficios fiscales. Un documento de trabajo de la Comisión Europea para la reunión del Grupo de Trabajo sobre esta materia mantenida el 27 y 28 de septiembre de 2007, titulado «CCCTB: Posibles Elementos de un Esquema Técnico», abordó la estructura básica de un posible Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), tratando las reglas de determinación de la base imponible en sociedades individuales y las normas de consolidación para grupos de sociedades. La

⁴⁶ Puede verse al respecto MAGRANER MORENO, F.J., «Propuestas y avances significativos en torno a la aprobación de una normativa europea que determine una Base Imponible Común Consolidada del I. Sociedades (Common Consolidated Tax Base)», *Tribuna Fiscal*, núm. 210, 2008, pp. 16 a 25.

finalidad
impon
bros, r
y favor
Estado

El 1
sobre la
inciden
Europea
interior,
negocio
lugar a c
da a nive
distorsio
esfuerzos
Común c
va que el
empresas
el extran
de las em
fronteriza
posibilidad

La apli
de inform
Impuesto
fiel de los
cales -proc
diendo a la
tanto, se ha
los ingresos
partiendo d
los ingresos

Para las
del nuevo s

⁴⁷ (2007/21
⁴⁸ Recuerda
y no afecta en al
impositivos. Tan
marco de la coo
ma dado que, en
las ventajas de la
⁴⁹ Además, e
tiene reglas difer

finalidad es lograr un sistema homogéneo que permita determinar la base imponible de los grupos de sociedades establecidas en varios Estados Miembros, respetando las prerrogativas de éstos en la fijación del tipo de gravamen y favoreciendo, por consiguiente, la llamada libre competencia fiscal entre los Estados.

El 15 de enero de 2008 se aprobó una Resolución del Parlamento Europeo sobre la consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo⁴⁷, incidiendo en que la existencia de 27 regímenes fiscales diferentes en la Unión Europea constituye un obstáculo para el funcionamiento correcto del mercado interior, ocasiona costes administrativos importantes para el comercio y los negocios transfronterizos, obstaculiza las reestructuraciones empresariales y da lugar a casos de doble imposición. Se persigue una coordinación fiscal adecuada a nivel de la UE, que no intente armonizar los tipos impositivos, para evitar distorsiones de la competencia. El Parlamento apoya en dicha Resolución los esfuerzos de la Comisión por establecer una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades uniforme y a nivel comunitario; observa que ello conducirá a una mayor transparencia y eficacia al permitir que las empresas operen con las mismas normas tanto en el ámbito nacional como en el extranjero, creando igualdad de condiciones, aumentando la competitividad de las empresas de la UE, e incrementando el comercio y las inversiones transfronterizas, y reduciendo notablemente la carga administrativa, así como la posibilidad de evasión y fraude fiscales⁴⁸.

La aplicación en todos los Estados Miembros de las normas internacionales de información financiera no es suficiente para lograr la uniformidad en el Impuesto sobre Sociedades, pues los objetivos contables —ofrecer una imagen fiel de los resultados y estructura financiera de las empresas— difieren de los fiscales —procurar la recaudación necesaria para sufragar los gastos públicos, atendiendo a la capacidad económica de los sujetos pasivos del impuesto—⁴⁹. Por tanto, se hace preciso diseñar la base imponible en su integridad, estableciendo los ingresos fiscalmente computables y los gastos fiscalmente deducibles, o bien partiendo del resultado contable estableciendo las exclusiones pertinentes sobre los ingresos y gastos contabilizados.

Para las empresas lo mejor sería que se pudiese optar por la aplicación o no del nuevo sistema de determinación de la base imponible, pero los Estados

⁴⁷ (2007/2144(INI)).

⁴⁸ Recuerda que este régimen implica unas normas comunes por lo que respecta a la base imponible y no afecta en absoluto a la libertad de los Estados miembros para seguir estableciendo sus propios tipos impositivos. También se congratula de la intención de la Comisión de impulsar la BICIS incluso en el marco de la cooperación reforzada, aunque advierte que esta solución, por valiosa que sea, no es la óptima dado que, en ausencia de un enfoque global a nivel de la UE, pueden quedar parcialmente atenuadas las ventajas de la transparencia y de unos costes administrativos más bajos.

⁴⁹ Además, en España, la mayoría de empresas se rigen por el Plan General de Contabilidad que contiene reglas diferentes a las NIIF.

podrían tener problemas de control por la dificultad que supondría manejar dos criterios distintos de determinación de la base en cada país. Además, en tal supuesto optarían siempre por el más favorable, por lo que no tendría sentido crear una regulación más gravosa que la común por ninguno de los Estados miembros.

Según un estudio elaborado por un comité de expertos en el Instituto de Estudios Fiscales, con el objetivo de analizar el impacto que tendría en España un esquema de consolidación y reparto de bases imponibles empresariales entre los distintos Estados miembros, los resultados serían muy positivos para España⁵⁰, por lo que la posición de España sería probablemente favorable a una Base Imponible Consolidada Común.

La instauración de un régimen común en la base imponible acabaría con los problemas de los precios de transferencia y compensación de pérdidas en los grupos de sociedades radicadas en varios Estados de la UE y mitigaría algunas de las diferencias en el tratamiento de los derechos de emisión a nivel europeo —por ejemplo, en la calificación, lo que afecta a su transmisión y dotación de posibles pérdidas por deterioro y por estimaciones de riesgos⁵¹—, permitiendo un mercado sin obstáculos ni barreras fiscales, aunque la actual situación de crisis y el requisito de unanimidad en una Unión Europea de 27 países que quieren mantener el reducto de soberanía fiscal en el Impuesto sobre Sociedades hace muy difícil su aprobación. De todos modos, la competencia fiscal se mantendría por la diferencia de tipos de gravamen.

VII. CONCLUSIONES

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

Para las personas físicas, en los dos primeros supuestos se integrarían en los rendimientos de actividades económicas como elementos afectos o como mercaderías propiamente dichas. Pero en el primer caso, la empresa individual contaminante integrará los resultados obtenidos por la enajenación de los derechos en la base imponible del ahorro —al 19 por 100, o 21 por 100 a partir de 6.000 euros—, tanto si los aplica a las emisiones anuales como por el exceso sobre éstas, pues las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de elementos afectos y no afectos se tratan como variaciones patrimoniales en la renta del ahorro.

⁵⁰ Elaborado por Félix DOMÍNGUEZ y Julio LÓPEZ. Chequia vería reducida su base imponible a menos de la mitad, y no le interesaría promover la aprobación de la propuesta de Directiva.

⁵¹ Se adopta la regla del valor razonable en Francia, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido, mientras que en España sólo es así para los instrumentos financieros.

ro. En cambio, para quien constituya su actividad habitual integrará la renta como rendimiento de actividad económica, con tributación progresiva —del 24 al 43 por 100—. El tercer supuesto, de adquisición con fines especulativos, se gravará como ganancia o pérdida patrimonial por su posterior transmisión —al 19 o 21 por 100—.

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

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

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

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

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

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

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

El régimen de operaciones vinculadas puede serles de aplicación cuando operen fuera de mercados organizados y de los supuestos de asignación gratui-

ta y subasta. 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.

Sería conveniente una disposición armonizadora fiscal a nivel de la UE dada la diversidad de calificación e imputaciones, y la relevancia que ello tiene para los costes de las transacciones.

SUMARIO
los
sob
III.3
dive

I. INTRO
Como
Protocolo
and tradem
toneladas
ación de u
Estados qu
siones de C

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación y Ciencia "El comercio internacional de emisiones de CO₂ en el sector energético" financiado por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.
² Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "El comercio internacional de emisiones de CO₂ en el sector energético" financiado por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.
³ No obstante, en algunos casos, se puede acudir a los mismos procedimientos de reclamación anterior