



Nuevo gravamen temporal al sector financiero

Tax Alert



Diciembre 2022

kpmgabogados.es
kpmg.es

Nuevo gravamen temporal al sector financiero

En el Boletín Oficial del Estado de 28 de diciembre de 2022 se ha publicado la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.

Esta Ley supone la creación de unas “prestaciones patrimoniales públicas no tributarias” de carácter temporal con las que, de acuerdo con el Preámbulo de la propia Ley, “los grandes grupos económicos de los sectores energético y de las entidades de crédito contribuyan a reforzar el pacto de rentas” en un contexto de continuado incremento de precios provocado, entre otros factores, por la invasión rusa de Ucrania.

El citado “pacto de rentas” se define como un instrumento de concertación entre todos los agentes económicos para mitigar los efectos nocivos de la escalada de precios para las familias en una situación más vulnerable y determinados sectores empresariales, de modo que el efecto de la inflación se reparta de forma más equitativa.

Y es que el Preámbulo de esta Ley se remite a diversas responsabilidades impuestas por nuestra Constitución a los poderes públicos que justificarían la intervención pública en la planificación general de la actividad económica para atender las necesidades colectivas, estimular el crecimiento de la renta y su más justa distribución así como permitir la realización de los principios y valores constitucionales.

Sobre tales premisas se pone el foco en aquellos sectores de la economía que se verían más favorecidos por este escenario de escalada de precios al obtener beneficios extraordinarios frente a otros sectores menos favorecidos. Las entidades de crédito y determinados grandes grupos económicos del sector energético -gasista, eléctrico y petrolero- serán quienes soporten de manera temporal una aportación obligatoria que grave y, en consecuencia, reduzca sus beneficios empresariales, y que además pueda destinarse a reforzar la acción pública, dotándola de recursos adicionales. Al calcularse sobre la cifra de negocios, el gravamen “equivale a una aportación de los grandes grupos económicos por cuota de mercado a un fondo “virtual” solidario necesario para reforzar el pacto de rentas, de ahí que su naturaleza sea la de un *levy*”.

Adicionalmente, se justifica el carácter excepcional de la medida en la insuficiencia del sistema tributario, tanto del Impuesto sobre Sociedades como del Impuesto sobre el Valor Añadido (en el caso del

sector financiero). Asimismo, como una contrapartida por la movilización de recursos públicos para el rescate de determinadas entidades financieras en la crisis financiera de la pasada década. El Preámbulo también vincula los gravámenes temporales con los principios de transparencia, responsabilidad y sostenibilidad.

A continuación, se resumen y analizan los aspectos que hemos considerado más relevantes del nuevo gravamen temporal al sector bancario.

Gravamen temporal al sector financiero. A quién va dirigido

En el caso del gravamen previsto para el sector financiero, deberán satisfacerlo **las entidades y establecimientos financieros de crédito que operen en territorio español cuyos ingresos del año 2019 en concepto de intereses y comisiones, calculados de acuerdo con su normativa contable sectorial, sea igual o superior a 800 millones de euros.**

Si los obligados forman parte de un **grupo fiscal** que tribute en régimen de consolidación a efectos del Impuesto sobre Sociedades, dicho importe se calculará a nivel de grupo, debiendo satisfacer el gravamen la entidad representante del grupo fiscal a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Cuando las entidades de crédito y establecimientos financieros formen parte de un **grupo mercantil** y deban presentar declaraciones del Impuesto sobre Sociedades en territorio común y foral, ya sea en régimen individual o consolidado, la suma de intereses y comisiones se computará tomando en consideración las entidades y grupos que hayan declarado en territorio común y los que lo hayan hecho en territorio foral. La entidad obligada al pago de la totalidad del gravamen será la que haya declarado o bien la representante del Grupo conforme a la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Determinación del “gravamen”. Principales notas características

Este gravamen temporal participa de la naturaleza de una **prestación patrimonial de carácter público no**

tributario, de carácter anual y con devengo el primer día del año natural, debiendo ser satisfecha durante los primeros veinte días del mes de septiembre de 2023 y 2024, sin perjuicio del establecimiento de un pago anticipado del 50 por 100 de la obligación, a realizar durante los primeros veinte días de febrero.

Se prevé una vigencia inicial de dos años (2023 y 2024), si bien el Gobierno evaluará con posterioridad su posible mantenimiento con carácter permanente.

El gravamen será el resultado de aplicar el porcentaje del 4,8 % sobre la suma del margen de intereses (intereses cobrados menos intereses pagados) y de los ingresos y gastos por comisiones derivados de la **actividad que desarrollen en España**, correspondiente al año natural anterior a aquel al que se refiere el gravamen, y determinada conforme a lo previsto en la normativa contable. Esto es:

- para determinar el gravamen para 2023 se tomará en consideración el margen de intereses y comisiones del año 2022
- para el gravamen de 2024, se tomará el margen de intereses y comisiones del año 2023

Según se afirma en el Preámbulo, esta forma de calcular el gravamen “permite mantener la debida proporcionalidad en las aportaciones de cada grupo empresarial según su cuota de mercado”, ascendiendo la recaudación esperada a 1.500 millones de euros por año.

En caso de grupos fiscales, la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones se determinará tomando al grupo como referencia, dejando fuera, de acuerdo con lo señalado en el Preámbulo, los intereses y comisiones obtenidos por sus filiales en el exterior.

Cuando el obligado al pago forme parte de un grupo mercantil la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones será la resultante de las cuentas de pérdidas y ganancias de los grupos fiscales, entidades y establecimientos que lo integren.

Por otra parte, el importe del gravamen así calculado no será deducible en el Impuesto sobre Sociedades, prohibiéndose expresamente la posibilidad de que los obligados al pago repercutan económicamente el importe de la prestación a sus clientes.

Control por la CNMC y exacción por la AEAT

Corresponderá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) -sin perjuicio de las competencias del Banco de España y de su obligación de colaborar con la CNMC- velar por el cumplimiento de esta prohibición de trasladar la carga económica del gravamen a los clientes.

En caso de incumplimiento, se prevé la imposición de una sanción administrativa (no tributaria), expresamente calificada como muy grave, que ascenderá al 150 por 100 de los importes indebidamente repercutidos.

Por otro lado, la exacción, gestión, inspección, recaudación y revisión de esta prestación corresponderá a la AEAT (Delegación Central de Grandes Contribuyentes), bajo el marco normativo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria.

Cuestiones preliminares que se plantean

Son diversas las cuestiones en la regulación jurídica de este gravamen que pueden resultar controvertidas.

Dudas sobre la constitucionalidad del Gravamen

En primer lugar, hay que hacer constar las múltiples dudas relativas a la legalidad o constitucionalidad del mismo.

Resulta dudoso desde un punto de vista constitucional que la Ley caracterice el gravamen como una “prestación patrimonial de carácter no tributario” (y no un impuesto), toda vez que, como se deduce de la literalidad y de la motivación explicitada en el Preámbulo de la Ley, la medida tiene una finalidad eminentemente recaudatoria y también extrafiscal como instrumento de política económica, fines ambos característicos de los tributos.

La prestación patrimonial introducida muestra una estructura de naturaleza tributaria, desde su nacimiento (hecho “imponible”) hasta su gestión, y debería encontrarse, por tanto, sometida al examen constitucional del principio de capacidad económica consagrado en el artículo 31 de la Constitución Española. Ciertas características del gravamen (e.g. no deducibilidad del gravamen en el Impuesto sobre Sociedades, determinación de la base imponible en función del ingreso neto sin posibilidad de poder deducir gastos necesarios para su obtención) sugieren que la medida propuesta difícilmente pasaría el examen descrito.

Al mismo tiempo, como ya advirtió el Instituto de Estudios Economicos, al tratarse de un tributo, el instrumento jurídico utilizado para la aprobación del gravamen i.e. “Proposición de Ley” podría eludir en fraude de ley la aplicación del procedimiento parlamentario previsto para “Proyectos de Ley”, que debería haber incluido una consulta pública, una Memoria de Impacto Normativa y un Dictamen del Consejo de Estado.

Este defecto ya ha sido asimismo apuntado por el Banco Central Europeo en su Opinión de 2 de Noviembre de 2022 respecto al gravamen a las entidades de crédito española (CON/2022/36), en la que advirtió del impacto negativo que el futuro gravamen podría tener en materia de política monetaria y estabilidad financiera e instó al legislador español, con escaso éxito, a acompañar la propuesta legislativa de un adecuado análisis sobre el potencial impacto negativo que el futuro gravamen podría tener para el sector bancario.

Por otra parte, partiendo de la naturaleza realmente tributaria de la prestación, a la vista de la nueva doctrina constitucional sobre el principio de capacidad económica como medida de la imposición tras la STC 182/2021, y teniendo en cuenta que el Preámbulo de la Ley justifica la creación de los gravámenes temporales en la existencia de mayores “márgenes de beneficios”, en los sectores financiero y energético cabe plantear la incoherencia del diseño del gravamen, ya que éste no recae sobre tal incremento de márgenes de intereses y comisiones, sino sobre la totalidad de los márgenes, lo que en nuestra opinión podría incurrir en un vicio similar al denunciado en el llamado “Robin Hood Tax” creado en Italia en 2008 en el sector de la energía, y que determinó su anulación por el Tribunal Constitucional italiano (Sentencia 10/2015).

También hay que tener en cuenta la interacción de la prestación con el Impuesto sobre Depósitos de Entidades de Crédito, puesto que no podemos olvidar que la teórica percepción de rentas por intereses asociada a tales depósitos es el hecho que legitima aquel gravamen.

Por último, también percibimos problemas constitucionales por la retroactividad de la medida que, por un lado, retrotrae (de forma aparentemente arbitraria) el sometimiento a la prestación patrimonial al elegir los sujetos pasivos en atención a magnitudes económicas del año 2019 y, por otro, grava los hechos (ingresos) de 2022 para la primera prestación patrimonial de 2023, ejercicio en el que aplica dicha obligación de contribuir por primera vez.

Al margen de los propias cuestiones estructurales de la medida, la mejorable técnica legislativa del texto de la Ley genera diversos problemas de índole interpretativo y práctico.

Relevancia de la actividad desarrollada en el extranjero

El texto no limita la aplicación del gravamen a entidades de crédito españolas exclusivamente y precisa, tras las modificaciones introducidas durante su tramitación parlamentaria, que las entidades de crédito extranjeras estarían también obligadas al pago de la prestación cuando operen en territorio español.

El caso de las sucursales de la banca extranjera en España resulta especialmente llamativo, considerando que ninguno de los establecimientos permanentes de la banca extranjera en España alcanzaría el umbral de los 800 millones de euros, siempre que no se tengan en cuenta los intereses y comisiones de su casa matriz extranjera.

El espíritu de la iniciativa y el texto de la norma sugieren que las sucursales de la banca extranjera en España podrían estar sometidas al gravamen solo si los ingresos y comisiones atribuibles a dichos establecimientos hubiesen excedido en 2019 el umbral de los 800 millones de euros. No obstante, la Ley no brinda claridad suficiente al respecto.

Asimismo, similares incertidumbres se pueden plantear sobre el computo del referido umbral y la inclusión en la base imponible de márgenes y comisiones financieras obtenidas por entidades no residentes que operen en España sin un establecimiento fijo i.e. actividad realizada en “libre prestación de servicios”.

También se pueden plantear dudas sobre la inclusión a los efectos del umbral de sujeción, de los ingresos y comisiones procedentes de actividades desarrolladas por entidades de crédito españolas en el extranjero, como por ejemplo, las correspondientes a operaciones realizadas por sucursales de éstas en el extranjero.

Entidades no financieras incluidas en un grupo fiscal

La Ley plantea también serias dudas en relación con la aplicación del gravamen a las entidades que formen parte de un grupo de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades.

En este sentido, en relación con el computo del umbral y la determinación de la base imponible (margen financiero y de comisiones), no queda claro si deben tenerse en cuenta las magnitudes de las entidades dependientes que, por su actividad, no deberían estar obligadas al pago de la prestación (e.g. entidades gestoras de fondos de inversión, entidades aseguradoras, entidades inmobiliarias de grupos bancarios, etc).

En este sentido, se debe apuntar que en el Preámbulo de la Ley, se hace referencia a que el gravamen está dirigido al sector de las entidades de crédito, como uno de los que puede incrementar en mayor medida sus beneficios como consecuencia de la subida de precios, pero no a otros como el asegurador o el inmobiliario.

Incidencia del desarrollo de actividades en territorio común y foral

Por otro lado, la referencia a los ingresos brutos del “grupo” o entidades a la hora de determinar las entidades sujetas al gravamen en el caso de entidades de un grupo mercantil que presenten declaraciones del Impuesto sobre Sociedades en territorio común y foral puede resultar confusa.

Desde nuestro punto de vista, la referencia efectuada en este punto en el texto de la Ley debe entenderse referida a los “grupos fiscales” en territorio común y foral de entidades integradas en un mismo “grupo mercantil”. No obstante, como se ha reseñado la claridad del texto normativo es mejorable.

Resulta asimismo llamativo que la Ley atribuya la condición de obligado al pago del gravamen a la entidad que presente la declaración del IS en territorio común (o, en su caso, la entidad representante del grupo de consolidación fiscal en territorio común), cuando la entidad dominante del grupo mercantil podría encontrarse sometida al IS en territorio foral.

En este sentido, dado que en principio no se trata de un impuesto no resulta posible someter al mismo a la regulación prevista en el Concierto Económico con el País Vasco, por lo que como ya se ha anunciado públicamente resultará necesario implementar un acuerdo específico a este respecto.

Obligación de no repercutir el Gravamen

Finalmente, la Ley plantea otros problemas jurídicos al prohibir a las entidades afectadas la “repercusión económica, directa o indirecta” del gravamen.

Esta previsión en la Ley choca frontalmente con el criterio del Banco Central Europeo que, como ya puso de manifiesto en su Opinión, espera, en general, que las entidades de crédito, de conformidad con las mejores prácticas internacionales, consideren y reflejen en el precio de sus servicios todos los costes incluyendo los fiscales, cuando resulten procedentes.

Asimismo, sin perjuicio de que se encomiende a la CNMC la verificación del cumplimiento de este requisito, tampoco se aclaran los mecanismos de verificación al alcance de este órgano, en un contexto tan complejo como el actual en el que diferentes

factores pueden estar influyendo en un eventual incremento de precios (subida de tipos de interés, inflación, deterioro de la prima de riesgo, etc.).

Por las mismas razones, aun es menos clara la obligación establecida al Banco de España de colaborar con la CNMC como también ha manifestado el Banco Central Europeo, dado que el Banco de España tiene atribuidas sus funciones en la legislación correspondiente.

Por tanto, ante estas contradicciones y su falta de concreción, no parece evidente que esta prohibición sea de fácil aplicación (o sanción) en la práctica.

Cabe la duda de si la citada falta de repercusión puede considerarse una vulneración del ordenamiento jurídico y, por tanto, una conducta sancionable. Por ello, podrían existir serias dificultades a la viabilidad legal de cualquier sanción impuesta bajo este nuevo régimen sancionador.

Posible permanencia del Gravamen

Mención especial merece la previsión de que en el último trimestre de 2024 el Gobierno procederá a evaluar en función de su resultado el posible mantenimiento con carácter permanente del gravamen, lo cual también iría en contra del criterio del Banco Central Europeo.

Por las razones comentadas en el presente alert, la aplicación práctica de este gravamen presenta muchas dudas e incertidumbres para las entidades afectadas y muchos contribuyentes podrían plantearse impugnar un gravamen de tan dudoso encaje constitucional. También es probable, la presentación de consultas vinculantes a la Dirección General de Tributos al objeto de aclarar algunas de las dudas o cuestiones apuntadas en el presente alert.

Desde el equipo de Fiscalidad del Sector Financiero de KPMG Abogados, estamos a su entera disposición para aclarar cualquier duda que pueda surgir en relación con este nuevo gravamen, su aplicación práctica y sus posibilidades de impugnación.

Contactos

Arturo Morando
Socio
KPMG Abogados
Tel. 91 456 34 67
amorando@kpmg.es

Irene Cao Ruiz
Socia
KPMG Abogados
Tel. 91 456 34 69
irenecao@kpmg.es

Pedro Ruiz Correas
Socio
KPMG Abogados
Tel. 91 456 34 91
pedroruiz@kpmg.es

Guillermo Rodriguez
Director
KPMG Abogados
Tel. 91 456 34 00
guillermorodriguez@kpmg.es

Juan Daniel Londoño
Director
KPMG Abogados
Tel. 91 456 34 00
juandaniellondono@kpmg.es

Nadia Batiukova
Director
KPMG Abogados
Tel. 91 456 34 00
nbatiukova@kpmg.es

Oficinas de KPMG en España

A Coruña

Calle de la Fama, 1
15001 A Coruña
T: 981 21 8241
Fax: 981 20 02 03

Alicante

Edificio Oficentro
Avda. Maisonnave, 19
03003 Alicante
T: 965 92 07 22
Fax: 965 22 75 00

Barcelona

Torre Realia
Plaça de Europa, 41
08908 L'Hospitalet de Llobregat
Barcelona
T: 932 53 2900
Fax: 932 80 49 16

Bilbao

Torre Iberdrola
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao
T: 944 79 7300
Fax: 944 15 29 67

Girona

Edifici Sèquia
Sèquia, 11
17001 Girona
T: 972 22 0120
Fax: 972 22 22 45

Las Palmas de Gran Canaria

Edificio Saphir
C/Triana, 116 – 2º
35002 Las Palmas de Gran Canaria
T: 928 33 23 04
Fax: 928 31 91 92

Madrid

Torre de Cristal
Paseo de la Castellana, 259 C
28046 Madrid
T: 91 456 3400
Fax: 91 456 59 39

Málaga

Marqués de Larios, 3
29005 Málaga
T: 952 61 14 00
Fax: 952 30 53 42

Oviedo

Ventura Rodríguez, 2
33004 Oviedo
T: 985 27 69 28
Fax: 985 27 49 54

Palma de Mallorca

Edificio Reina Constanza
Calle de Porto Pi, 8
07015 Palma de Mallorca
T: 971 72 1601
Fax: 971 72 58 09

Pamplona

Edificio Iruña Park
Arcadio M. Larraona, 1
31008 Pamplona
T: 948 17 1408
Fax: 948 17 35 31

San Sebastián

Avenida de la Libertad, 17-19
20004 San Sebastián
T: 943 42 2250
Fax: 943 42 42 62

Sevilla

Avda. de la Palmera, 28
41012 Sevilla
T: 954 93 4646
Fax: 954 64 70 78

Valencia

Edificio Mapfre
Paseo de la Alameda, 35, planta 2
46023 Valencia
T: 963 53 4092
Fax: 963 51 27 29

Vigo

Arenal, 18
36201 Vigo
T: 986 22 8505
Fax: 986 43 85 65

Zaragoza

Centro Empresarial de Aragón
Avda. Gómez Laguna, 25
50009 Zaragoza
T: 976 45 8133
Fax: 976 75 48 96