



El gravamen temporal energético

Tax Alert



Diciembre 2022

kpmgabogados.es
kpmg.es

El gravamen temporal energético

En el Boletín Oficial del Estado de 28 de diciembre de 2022 se publica 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.

Con la publicación de esta Ley culmina una tramitación normativa con la que se materializa la creación de unas “prestaciones patrimoniales públicas no tributarias” de carácter temporal con las que, de acuerdo con la Exposición de motivos de la Ley, “los grandes grupos económicos de los sectores energéticos y de las entidades de crédito contribuyan a reforzar el pacto de rentas”.

Y es que la Exposición de motivos de esta norma 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.

Sobre tales premisas se pone el foco en aquellos sectores de la economía que se verían más favorecidos por el actual escenario de escalada de precios al obtener beneficios extraordinarios frente a otros sectores menos favorecidos.

Determinados grandes grupos económicos de estos sectores (eléctrico, gasista y petrolero, además de las entidades de crédito) 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.

Gravamen temporal energético. A quién va dirigido

Se propone la creación de un “gravamen temporal energético” dirigido a aquellos operadores principales de cada uno de los sectores energéticos: eléctrico, gasista y petrolero, así calificados por la Resolución de 10 de diciembre de 2020 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por la que se establecen y publican las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos -modificada por la Resolución de 9 de junio de 2022 de la CNMC-

y conforme a lo previsto en el art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio¹. Resulta extraño que la norma no haya tomado en consideración la Resolución de 24 de noviembre de 2022 de la CNMC publicada en el BOE del pasado 17 de diciembre, en la que la CNMC establecía la lista de operadores principales atendiendo a los datos de 2021, y haya optado por mantener la referencia a resoluciones anteriores.

Además de las compañías reseñadas en las resoluciones de la CNMC, asimismo tendrán la consideración de operadores principales en los sectores energéticos las personas o entidades que desarrollen en España actividades de producción de crudo de petróleo o gas natural, minería de carbón o refino de petróleo y generen en el año anterior al del nacimiento de la obligación de pago de la prestación al menos el 75% de su volumen de negocios a partir de actividades en el ámbito de la extracción, la minería, el refinado de petróleo o la fabricación de productos de coquería a que hace referencia el Reglamento (CE) nº 1893/2006.

No obstante, quedarán eximidos de esta prestación patrimonial:

- a) Aquellas entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios correspondiente al año 2019 sea inferior a 1.000 millones de euros.
- b) Aquellas entidades que, aun excediendo el umbral anterior, para los años 2017, 2018 y 2019 el importe neto de la cifra de negocios derivado de la actividad por la que se le consideró operador principal de un sector energético no exceda del 50 por 100 del total de su importe neto de la cifra de negocios del año respectivo.

¹ Concorre esa condición de operador principal en aquellas entidades que, teniendo la condición de operador de dicho sector, tenga una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión.

La norma precisa que cuando la entidad forme parte de un grupo fiscal ambas circunstancias deberán cumplirse por referencia al grupo.

Asimismo, cuando las entidades formen parte de un grupo mercantil integrado por entidades que deban presentar declaraciones en el Impuesto sobre Sociedades en territorio común y foral, de forma individual o consolidada, el importe neto de la cifra de negocios se determinará tomando en consideración las entidades que haya declarado en territorio común y las que lo hayan hecho en territorio foral.

La interpretación literal de la norma parece permitir el cómputo individual de la cifra de negocios de aquellas entidades que, formando parte de un grupo mercantil, no tributen en consolidación fiscal, aunque dicha interpretación pueda parecer contradictoria con la finalidad de la norma, señalado al inicio de la Exposición de motivos de la norma donde se hace referencia a la intención de gravar a los “grandes grupos económicos”, así como al concepto de “operador principal” definido en el Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de la intensificación de la competencia en mercados de bienes servicios como aquellos operadores que cuenten con una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión, cuota de mercado que, de facto, en las Resoluciones de la CNMC a las que se refiere la Ley aparecen calculadas por referencia al volumen de negocios de grupos mercantiles, y no de entidades individuales.

La referencia parece ser fruto de un error de técnica legislativa, al no haberse tomado en consideración que el concepto de operador principal diseñado por el Real Decreto Ley 6/2000 estaba formulado a los efectos de limitar determinadas tomas de control accionarial cruzadas en sectores considerados estratégicos en garantía de la competencia, lo que obligaba a referir la relación precisamente a aquellas entidades holding dominantes de los grupos con mayor cifra de negocio, (sin que esta referencia a las entidades holding prescindiendo de su grupo mercantil parezca tener sentido atendiendo a los fines para los que dice crearse la prestación patrimonial extraordinaria).

Dicho esto, lo cierto es, como decimos, la literalidad de la norma se refiere al cómputo a nivel individual, lo que pensamos podría permitir excluir del gravamen a aquellas entidades que, formando parte de grupos mercantiles que, en su conjunto, superen los umbrales de exención, no tributen en consolidación fiscal.

Habrà que estar muy atentos a la evolución de este asunto, pues lo cierto es que el proyecto de desarrollo reglamentario anunciado resulta confuso, al obligar a incluir en todo caso el detalle de las compañías integrantes del grupo mercantil.

Determinación del “gravamen”. Principales notas características

El gravamen participa de la naturaleza de una prestación patrimonial de carácter público y se regula con un carácter finalista, al prever que el importe recaudado se destinará a determinados fines.

Tendrá alcance anual y el “devengo” se fija el primer día del año natural.

Se configura inicialmente con carácter temporal para 2023 y 2024, si bien la propia norma prevé que en el último trimestre de 2024 el Gobierno evaluará su mantenimiento con carácter permanente.

La cuota del gravamen habrá de ser satisfecha durante los primeros veinte días del mes de septiembre, sin perjuicio del establecimiento de un pago anticipado del 50 por 100 de la obligación durante los primeros veinte días de febrero.

Para su cuantificación, como decimos, se partirá del importe neto de la cifra de negocios -el del grupo fiscal en caso de pertenecer a uno-, del año natural anterior al nacimiento de la obligación de pago, al que se le aplicará un tipo del 1,2 por 100. (De la cuota anual se deducirá el pago anticipado que se hubiera ingresado.)

En lo que respecta a la determinación del INCN la norma incluye ciertas precisiones, tales como:

- Se excluirán del INCN los ingresos correspondientes al Impuesto sobre Hidrocarburos, el Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre Combustibles derivados del Petróleo y los Gravámenes complementarios a carburantes y Combustibles Petrolíferos de Ceuta y Melilla, que se hayan pagado o soportado vía repercusión.
- También se excluirá del INCN el correspondiente a actividades reguladas, como el suministro a precio regulado (PVPC de electricidad, TUR de gas, GLP envasado y GLP por canalización), los ingresos regulados de las redes de transporte y distribución de electricidad y gas natural y, en el caso de generación con retribución regulada y retribución adicional en territorios no peninsulares, todos los ingresos de las instalaciones, incluidos los que perciben del mercado y el despacho económico, respectivamente.

Según se afirma en la exposición de motivos, esta fórmula de cuantificación del importe de la prestación patrimonial pretende garantizar una distribución equitativa del gravamen entre los grandes grupos económicos en atención a su cuota de mercado en cada sector, previendo unas expectativas recaudatorias anuales de 2.000 millones de euros.

Por último, se prevé que el importe del gravamen así calculado no será deducible en el Impuesto sobre Sociedades, prohibiéndose expresamente la posibilidad de trasladar esa carga económica mediante su repercusión económica, directa o indirecta a los clientes.

Control por la CNMC y exacción por la AEAT

Corresponderá a la CNMC velar por el cumplimiento de la limitación expresa a la posibilidad de trasladar la carga económica del gravamen a los clientes, quedando habilitada además la posibilidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento.

Se prevé para ello la imposición de sanciones administrativas (no tributarias), expresamente calificadas como graves y concretadas en el 150 por 100 de los importes indebidamente repercutidos.

En cuanto a la exacción, gestión, inspección, recaudación y revisión de esta prestación dispone que corresponderá a la AEAT (Delegación Central de Grandes Contribuyentes), bajo el marco normativo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria. La revisión en vía administrativa de los actos relativos a la prestación patrimonial se regirán también por la Ley General Tributaria.

Por último, se dispone que el régimen de la prestación patrimonial se desarrollará por orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Algunas reflexiones

Sin duda, la norma plantea múltiples problemas interpretativos y suscita serias dudas de conformidad con el derecho de la Unión Europea y con el principio de capacidad económica como medida de la imposición de los tributos (pese a que el legislador intente evitar dicha discusión revistiendo el gravamen de un formato de prestación patrimonial que no creemos resista un mínimo análisis sustantivo).

Nos parecen especialmente evidentes los problemas de compatibilidad de la prestación, tal y como ha sido definida, con el mecanismo de solidaridad diseñado

en el ámbito europeo, sin que pueda ser considerado como un mecanismo equivalente al diseñado por el Reglamento UE 2022/1854, del Consejo, de 6 de octubre de 2022, relativo a una intervención de emergencia para hacer frente a los elevados precios de la energía (Reglamento UE 2022/1854).

Las diferencias sustanciales con el Reglamento UE 2022/1854 concurren en diferentes ámbitos, desde los mercados identificados, pasando por la definición de los operadores afectados hasta llegar a la forma de determinación del gravamen.

Recordemos que el artículo 15 del Reglamento permitía calcular la contribución solidaria temporal de empresas y establecimientos permanentes que operen en los sectores del petróleo, crudo, gas natural, carbón y la refinería en referencia a los beneficios imponibles, determinados con arreglo a las normas fiscales nacionales, en el ejercicio fiscal 2022 y 2023 que superen un incremento del 20 % respecto a la media de los beneficios imponibles, en los cuatro ejercicios fiscales iniciados el 1 de enero de 2018 o después de esa fecha.

Esto es, la norma europea no busca gravar todos los beneficios de los grupos energéticos definidos, sino tan sólo una parte de las ganancias adicionales obtenidas en relación a la media histórica, y ello porque, como se dice en los considerandos 53 y 54 de la Exposición de motivos, con ello se garantiza que parte del margen de beneficio que no se debe a la evolución imprevisible de los mercados pueda ser utilizada por las empresas de la Unión Europea para futuras inversiones o para garantizar su estabilidad financiera que se considera clave en la actual crisis energética.

El enfoque de la norma nacional nos parece incompatible con este planteamiento, al gravarse ventas (no beneficios) y además gravarse la totalidad de las ventas, y no sólo el incremento de las mismas.

Este planteamiento también vulnera el enfoque adoptado, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Italiano al analizar, en 2015, el llamado “Robin Hood Tax” creado en Italia en la década pasada para afrontar los efectos de la crisis financiera y atendiendo a los altos precios de la energía (y que fue anulado, entre otros motivos, precisamente, por recaer sobre todos los beneficios, y no sólo sobre la porción de los mismos que se considerase excesiva sobre la media histórica).

Por otra parte, intuimos la generación de distorsiones del mercado por la extraña definición de los operadores afectados.

Contactos

Julio César García
Socio
KPMG Abogados
Tel. 91 456 59 08
juliocesargarcia@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 29 00
Fax: 932 80 49 16

Bilbao

Torre Iberdrola
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao
T: 944 79 73 00
Fax: 944 15 29 67

Girona

Edifici Sèquia
Sèquia, 11
17001 Girona
T: 972 22 01 20
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 34 00
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 16 01
Fax: 971 72 58 09

Pamplona

Edificio Iruña Park
Arcadio M. Larraona, 1
31008 Pamplona
T: 948 17 14 08
Fax: 948 17 35 31

San Sebastián

Avenida de la Libertad, 17-19
20004 San Sebastián
T: 943 42 22 50
Fax: 943 42 42 62

Sevilla

Avda. de la Palmera, 28
41012 Sevilla
T: 954 93 46 46
Fax: 954 64 70 78

Valencia

Edificio Mapfre
Paseo de la Alameda, 35, planta 2
46023 Valencia
T: 963 53 40 92
Fax: 963 51 27 29

Vigo

Arenal, 18
36201 Vigo
T: 986 22 85 05
Fax: 986 43 85 65

Zaragoza

Centro Empresarial de Aragón
Avda. Gómez Laguna, 25
50009 Zaragoza
T: 976 45 81 33
Fax: 976 75 48 96