

Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito

Documento de trabajo para el debate con los agentes económicos, políticos y sociales

Director

JUAN MARTÍN QUERALT | Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | Universitat de València | Abogado

Autores

GABRIEL CASADO OLLERO | Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UCM | Abogado

JUAN MARTÍN QUERALT | Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | Universitat de València | Abogado

JORGE ONRUBIA FERNÁNDEZ | Profesor Titular de Hacienda Pública y Sistema Fiscal | UCM

GERMÁN ORÓN MORATAL | Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UJI de Castellón

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO | Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UAM

JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ | Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UNED | Abogado

COLECCIÓN INFORMES

Septiembre 2022



Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito

Documento de trabajo para el debate con los agentes económicos, políticos y sociales

Director

JUAN MARTÍN QUERALT

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | Universitat de València | Abogado

Autores

GABRIEL CASADO OLLERO

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UCM | Abogado

JUAN MARTÍN QUERALT

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | Universitat de València | Abogado

JORGE ONRUBIA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Hacienda Pública y Sistema Fiscal | UCM

GERMÁN ORÓN MORATAL

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UJI de Castellón

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UAM

JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UNED | Abogado



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

El Instituto de Estudios Económicos no se identifica necesariamente con el contenido de los documentos aquí publicados. Las opiniones, juicios y valoraciones expresadas son propias de los autores.

© 2022 INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS
C/ Príncipe de Vergara, 74, 6.ª planta • 28006 Madrid
Tel.: 917 820 580
iee@ieemadrid.com
www.ieemadrid.es

© 2022 JUAN MARTÍN QUERALT, GABRIEL CASADO OLLERO, JORGE ONRUBIA FERNÁNDEZ, GERMÁN ORÓN MORATAL, ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO y JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ

Maquetación: D. G. Gallego y Asociados, S. L.
gallego@dg-gallego.com

Septiembre 2022

Documento digital PDF

Se autoriza la difusión por terceros de esta publicación, de forma total o parcial, siempre y cuando quede reflejado inequívocamente que la autoría de la misma es del Instituto de Estudios Económicos. En este caso, rogamos que nos envíen una copia de la referencia al IEE.

Índice

Resumen Ejecutivo.....	6
1. La iniciativa legislativa y el contenido de la Exposición de motivos como expresión de la ausencia de <i>fumus boni iuris</i>.....	9
1.1. El uso de la Proposición de ley como cauce para legislar por los mismos grupos parlamentarios que conforman el Gobierno.....	9
1.2. Contradicciones de la Exposición de motivos con la realidad y con la parte dispositiva.....	10
2. El gravamen sobre entidades de crédito y establecimientos financieros es un impuesto, no una prestación patrimonial pública no tributaria.....	17
2.1. Las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria han de tener una finalidad o interés público.....	17
2.2. El régimen jurídico del gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito: PPPNT versus Impuesto.....	20
2.3. Las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria no financian todos los gastos públicos.....	26
3. Posibles inconstitucionalidades en la regulación del gravamen.....	29
3.1. Retroactividad de la prestación y vulneración del principio de seguridad jurídica.....	30
3.2. La no deducibilidad del gravamen en el Impuesto sobre Sociedades vulneraría la capacidad económica que debe medir dicho impuesto.....	32
3.3. Inconstitucionalidad de la infracción y sanción del art. 2.7.....	36
3.3.1. Inconstitucionalidad por vulnerar el principio de taxatividad.....	36
3.3.2. Inconstitucionalidad por retroactividad prohibida por el art. 9 CE.....	41
3.3.3. Inconstitucionalidad de la sanción por vulnerar el principio de proporcionalidad.....	41
4. El gravamen sobre entidades de crédito. Posible vulneración de los principios y normas de la UE.....	43
4.1. Ideas previas.....	43
4.2. La prohibición de la discriminación entre residentes y no residentes.....	45
4.2.1. Planteamiento.....	45
4.2.2. El derecho a la no discriminación.....	45
4.2.3. Análisis de la doctrina del TJUE sobre la cuestión.....	48



4.3. La vulneración de las libertades fundamentales de la UE.....	52
4.3.1. Planteamiento	52
4.3.2. La libertad de establecimiento.....	54
4.3.3. La libertad de prestación de servicios.....	56
4.3.4. La libertad de movimiento de capitales	61
4.3.5. Excepciones a las libertades fundamentales de circulación.....	63
5. Consideraciones económicas del gravamen a las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito de la Proposición de Ley de 28 de julio de 2022	67
5.1. Efectos directos de la incidencia del gravamen en los precios.....	68
5.2. Otros efectos económicos derivados del gravamen	70
6. Conclusiones.....	72



Resumen Ejecutivo

El pasado 28 de julio se presentó la Proposición de Ley (PL) que propende por el establecimiento de un Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Analizada la Proposición a la luz de la Constitución española, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, cabe formular el siguiente Resumen Ejecutivo:

1. La Proposición de Ley **elude en fraude de ley la aplicación del procedimiento parlamentario debido para el ejercicio por el Gobierno de la iniciativa legislativa: la consulta pública, la Memoria de Impacto Normativo y el Dictamen del Consejo de Estado**, que se hubieran introducido si se hubiera tramitado como Proyecto de Ley.
2. El «*Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito*» **es un impuesto**, atendido el régimen jurídico que le resulta aplicable.
3. Atribuir a ese gravamen **la naturaleza jurídica de prestación patrimonial pública no tributaria enturbia su verdadera naturaleza jurídico-tributaria**, obviando un principio esencial en el mundo del Derecho: las instituciones jurídicas deben calificarse de acuerdo con el régimen jurídico que les resulta aplicable, con independencia del *nomen iuris* empleado por el Legislador.
4. El régimen jurídico del impuesto **presenta muy graves problemas desde el punto de vista constitucional**:
 - 4.1. Toda contribución coactiva al sostenimiento del gasto público **debe sujetarse a los principios constitucionales**, sin que un mero cambio de nombre justifique la sustracción a las exigencias materiales de justicia constitucionalmente previstas para tales contribuciones coactivas.

Como señaló el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, refiriéndose a la figura de las prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario, el Legislador no puede recurrir a «piruetas jurídicas para travestir el viejo término de tarifa» (Recurso de inconstitucionalidad 739/2018, interpuesto contra la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, fallado por STC 63/2019, de 9 de mayo).



- 4.2. **Quiebra los principios tributarios de generalidad, igualdad y capacidad económica** (art. 31.1 CE).
- 4.3. **Vulnera las exigencias del principio de legalidad sancionadora** (art. 25.1 CE), desconociendo las exigencias de los principios de tipicidad, irretroactividad y proporcionalidad de las normas sancionadoras.
- 4.4. **Altera el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas**, vedando la participación de estas en la recaudación que pueda obtenerse, modificando así los arts. 156 y 157 CE y el desarrollo de los mismos ha realizado la LOFCA.
- 4.5. **Desconoce el principio de seguridad jurídica** (art. 9.3 CE), quicio esencial sobre el que se asienta el ordenamiento jurídico.
5. El régimen jurídico del impuesto **presenta graves problemas desde el punto de vista de la legalidad ordinaria**, al no describir con precisión conceptos esenciales:
 - 5.1. Hay relevantes deficiencias y contradicciones en la definición de lo que debe entenderse como «beneficios extraordinarios».
 - 5.2. Se ha incurrido en notorias deficiencias en la determinación de los sujetos pasivos.
 - 5.3. Desde el punto de vista técnico, existe doble imposición.
 - 5.4. La no consideración como gasto fiscalmente deducible conlleva una quiebra del principio de capacidad económica.
 - 5.5. La inanidad jurídica de lo que debe entenderse por «repercusión económica, directa o indirecta», agrava las consecuencias del deficiente régimen jurídico aplicable a las infracciones asociadas a dicho concepto.
6. El régimen jurídico del impuesto **vulnera elementos esenciales del Derecho Comunitario**:
 - 6.1. Desconoce la prohibición de discriminación entre residentes y no residentes.
 - 6.2. No respeta libertades fundamentales de la Unión Europea (libertad de establecimiento, libertad de prestación de servicios y libertad de movimiento de capitales).
7. Los graves defectos técnicos de que adolece la Proposición de Ley en la configuración del Gravamen **son especialmente rechazables en la ordenación del régimen sancionador**, cuya configuración no respeta las garantías mínimas exigibles a dicho régimen sancionador en un Estado de Derecho.



8. Los defectos técnicos achacables a la norma se proyectan con especial intensidad en otros sectores del ordenamiento jurídico. Es lo que sucede con el **régimen de financiación de las Comunidades Autónomas**, régimen cuya revisión está pendiente desde hace muchos años y que, si la PL se convierte en Ley, va a verse seriamente afectado en un punto crucial: la participación de las CC. AA. en la recaudación de tributos estatales.
9. La **retroactividad del Gravamen**, al proyectarse sobre hechos acontecidos antes del nacimiento de la obligación y del año en que se devenga la misma, **quebranta sustancialmente el principio de seguridad jurídica** y puede convertirse en generoso semillero de litigios judiciales.
10. El examen de la PL sugiere una conclusión clara: **se han desconocido criterios jurisprudenciales y doctrinales que, desde hace muchos años, forman parte de nuestro acervo jurídico**. La dogmática jurídico-tributaria ha sido marginada. De aprobarse la PL, tal como está redactada, el daño al Derecho sería irreparable. Lo que está en juego no es solo el Derecho, sino el Estado de Derecho.



1. La iniciativa legislativa y el contenido de la Exposición de motivos como expresión de la ausencia de *fumus boni iuris*

1.1. El uso de la Proposición de ley como cauce para legislar por los mismos grupos parlamentarios que conforman el Gobierno

La iniciativa legislativa en nuestro ordenamiento, conforme a las previsiones constitucionales, legales y Reglamentos del Congreso y Senado, puede ser llevada a cabo de modos diversos y por distintos sujetos. En el Congreso de los Diputados (art. 108 de su Reglamento), las más típicas son el proyecto de ley (que solo corresponde al Gobierno, art. 109) y la proposición de ley (art. 124 y ss.), que pueden presentar 15 diputados o un grupo parlamentario con la firma de su portavoz, disponiendo el Gobierno de un plazo de 30 días para oponerse expresamente a la tramitación, y si no existe esa negativa ya puede ser tomada en consideración.

El Gravamen temporal sobre las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito se registró el 28 de julio de 2022 ante el Congreso como Proposición de Ley (en adelante PL), por los portavoces de dos grupos parlamentarios que la avalan conjuntamente, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, que son los grupos que conforman el Gobierno de coalición.

El ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa es legítimo, y su uso más allá de la pretensión de que se tomen en cuenta, se tramiten y en su caso se aprueben las iniciativas presentadas normalmente por grupos de la oposición o minoritarios, puede tener otros fines, y así se está observando durante el tiempo que en España hay un Gobierno de coalición, pues asistimos a la presentación de proposiciones de ley de uno u otro de los grupos que dan apoyo al Gobierno para marcar sus diferencias respecto del otro (por ejemplo, recientemente, en relación con la regulación de la prostitución). También fue sorprendente la situación creada en relación con la modificación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) requerida por el Tribunal Constitucional. Fue el Grupo Popular, estando en el Gobierno, quien presentó una proposición de ley con prórrogas sucesivas en la tramitación sin que llegara finalmente a aprobarse, y así se llegó a la STC 182/2021, de 26 de octubre, acometiéndose la reforma por Real Decreto-ley.

En este caso son los dos grupos parlamentarios que conforman el Gobierno los que han presentado la PL, cauce atípico respecto del jurídicamente exigible para una iniciativa con el contenido que tiene, que hubiera sido el del proyecto de ley a presentar por el Gobierno. Sin duda, si finalmente se aprueba la ley, ese comportamiento quizás resulte irrelevante jurídicamente,



pero no deja de constituir la inaplicación en fraude de ley del procedimiento parlamentario debido para el ejercicio de la iniciativa legislativa, pues, como ha declarado el TC, en sentencia 120/2005, de 10 de mayo,

«el concepto de fraude de Ley es, pues, siempre el mismo, variando únicamente, en función de cuál sea la rama jurídica en la que se produce, las llamadas, respectivamente, norma de cobertura y norma defraudada o eludida, así como la naturaleza de la actuación por la que se provoca artificialmente la aplicación de la primera de dichas normas no obstante ser aplicable la segunda» (FJ 4.º).

La PL conlleva que se omitan los trámites que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno, establece para el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley (art. 26), como el de consulta pública, Memoria de Impacto Normativo, informe de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, y los informes que pueda decidir el Consejo de Ministros, y el Dictamen del Consejo de Estado. Ese es el cauce típico para iniciativas del Gobierno en los proyectos de ley, y que se elude por los dos grupos que conforman el Gobierno, con la cobertura normativa que da el cauce de las proposiciones de ley.

Esa ausencia de informes es especialmente relevante en relación con el papel que podría desempeñar el Banco de España, al que se le reserva en la parte normativa la competencia para colaborar en el procedimiento sancionador si hay traslación del gravamen a terceros. Banco de España que algo hubiera podido decir sobre la compatibilidad de esa función con la de supervisar la solvencia de las entidades financieras. Llamativa es también la atribución a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de unas funciones que se alejan de las que le son propias.

Por ello, puede decirse que estamos ante un caso de **fraude de ley** previsto en el Título Preliminar del Código Civil y relativo —conviene recordarlo— a la *Aplicación y Eficacia general de las normas jurídicas*, en conexión, en lo menester, con la **lealtad al sistema de producción normativa** y las exigencias de la *buena fe* [concreciones ambas de un **deber general de fidelidad a la Constitución** (STC 11/1986, FJ 5.º)], que se proyecta también, *ex ante*, no en la aplicación, sino en la elaboración de la eventual futura norma, que es la PL presentada por los dos Grupos Parlamentarios que conforman el Gobierno.

1.2. Contradicciones de la Exposición de motivos con la realidad y con la parte dispositiva

La PL tiene una extensión de 22 páginas, de las cuales se destinan 15 a la Exposición de motivos (en adelante EM) y 7 a la parte dispositiva. Esa extensión propicia la existencia de discrepancias entre lo afirmado en la referida EM y lo ya vigente en la realidad de nuestro ordenamiento, al margen de discrepancias entre lo sostenido en la EM y lo preceptuado en la parte dispositiva. Circunstancias ambas de notoria gravedad, atendido el papel que muchas veces



juegan las Exposiciones de motivos en la interpretación de preceptos, especialmente cuando —como aquí ocurre— los preceptos sujetos a interpretación no rezuman perfeccionismo técnico.

Veamos.

En primer lugar, la pretensión de excluir el gravamen del ámbito tributario —pretensión carente de sostén lógico jurídico alguno— supone dejar fuera el papel que las Comunidades Autónomas pueden desempeñar. La contribución al sostenimiento de los gastos públicos forma parte de un conjunto normativo en el que se inserta el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, **sistema que no puede verse sustancialmente alterado por el hecho de que esa contribución al sostenimiento de los gastos públicos no se lleve a cabo mediante tributos sino mediante nominales prestaciones patrimoniales públicas no tributarias**. El variado *nomen iuris* empleado por los autores de la PL [«la aportación», la «aportación al pacto nacional de rentas», la «aportación que refuerce el pacto de rentas», la «aportación obligatoria que grave y, en consecuencia, reduzca [los] beneficios empresariales», «la especial aportación», «la aportación temporal de una contribución excepcional», «el gravamen temporal» (...)], no es otra cosa que una terminología tendente a encubrir que lo que hay detrás es un auténtico impuesto, pues la calificación como prestación patrimonial pública no tributaria tiene un efecto radical en el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, sistema que se ve alterado al vedar la participación de éstas en la recaudación que pueda obtenerse.

Alguna Comunidad Autónoma ya ha destacado esta circunstancia y, al parecer, ha encontrado una cierta comprensión en los rectores de la Hacienda Pública estatal. Al respecto debe señalarse que un tratamiento de favor a cualquiera de las Comunidades Autónomas en que se ha vertebrado el Estado, de conformidad con la doctrina constitucional, debería reputarse contrario al principio de generalidad y, por consiguiente, al de solidaridad. Tanto si el régimen de favor se aplica a Comunidad Autónoma sujeta al régimen general, como al régimen de Concierto o de Convenio.

En efecto, en cuanto a las normas y principios del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA., la naturaleza pretendidamente no tributaria de la prestación patrimonial a las entidades de crédito que el legislador estatal proyecta imponer unilateralmente incide, en una u otra medida y a reserva de una mayor concreción, en el ámbito de competencias tributarias de las CC. AA. de régimen común (por ejemplo, artículos 157.1.a) CE y 4. Uno. de la LOFCA), así como en las relaciones de orden tributario entre el Estado y las Haciendas Forales (por ejemplo, artículo 41.2.c) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco:

«Las Instituciones competentes de los Territorios Históricos adoptarán los acuerdos pertinentes, con objeto de aplicar en sus respectivos territorios las normas fiscales de carácter excepcional y coyuntural que el Estado decida aplicar al territorio común, estableciéndose igual periodo de vigencia que el señalado para éstas»; y, desde



luego, desatiende las exigencias del *principio de lealtad institucional* que, conforme al artículo 2.1.g) LOFCA, «determinará el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia tributaria».

Tiene declarado el Tribunal Constitucional que:

«... es una exigencia evidente cuando se trata del ejercicio de la actividad de ordenación y gestión de los ingresos y gastos públicos en un Estado de estructura compuesta, que aquélla habrá de desarrollarse dentro del orden competencial, o sea, compatibilizando el ejercicio coordinado de las competencias financieras y las competencias materiales de los entes públicos que integran la organización territorial del Estado (...)» (SSTC 13/1992, FJ 2.º, y 49/1995, FJ 4.º).

Respeto, pues, al orden constitucional de distribución de competencias y ejercicio armónico de los respectivos ámbitos competenciales, sin abusos ni perturbaciones recíprocas; esto es, **conforme a las exigencias de la buena fe como parte integrante de la lealtad al sistema constitucional**. Llama la atención que en tan prolija EM no se dedique ni una palabra al respecto.

Una cosa es *la discrecionalidad del Legislador* para ejercer, dentro de la Constitución, las competencias estatales en materia financiera y tributaria o, si se prefiere, «*el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública*» (STC 13/1992, FJ 2.º, en doctrina que ha venido reiterándose, entre otras, en las SSTC 49/1995, FJ 4.º; 68/1996, FJ 2.º; 13/2007, FJ 3.º; 32/2012, FJ 6.º; 123/2012, FJ 7.º y 133/2012, FJ 4.º); y otra bien distinta que las potestades y competencias no tributarias que se invocan en la PL, con fraseología tan proverbial como inconducente, amparen o legitimen que se prescinda, sin más y en fraude de ley, del sistema tributario, vale decir, de «*la potestad originaria para establecer los tributos*» (art. 133.1 CE), por considerarla incapaz «*de dar adecuada respuesta a la situación*», para, desmintiéndose a sí mismo, casi a renglón seguido, asegurar los promotores de la norma que:

«Sin embargo ello no quiere decir que no quepa establecer un gravamen [sic] excepcional no [sic] tributario sobre los sectores cuyos márgenes de beneficios se puedan ver más favorecidos por la escalada de precios.

Así se puede establecer una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza no tributaria [sic] dirigida a reforzar el pacto de rentas de tal manera que determinados grandes grupos económicos realicen una aportación [¿?] obligatoria que grave [sic] y, en consecuencia, reduzca sus beneficios empresariales, contribución [ahora, sí] que, además, permitirá reforzar la acción pública dotándola de recursos adicionales para el sostenimiento del pacto de rentas respecto de los más desfavorecidos» [es decir, «con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos», en los términos del art. 2.1 LGT)]».



Otro aspecto por destacar en la justificación es el relativo a la medida en que los posibles aumentos de los beneficios de las entidades financieras –como consecuencia de la elevación del tipo de interés de intervención del Banco Central Europeo– pueden considerarse *beneficios extraordinarios* o «**beneficios caídos del cielo o inesperados**» (*windfall profits*, en inglés).

La EM de la PL ofrece un relato argumental en el que *los datos referidos* no guardan relación causal con lo que se pretende justificar. Sencillamente se muestran datos que pretenden trasladar la idea de que los beneficios de las entidades financieras han sido muy elevados en los últimos años, a pesar de que los tipos de interés de intervención se han mantenido muy bajos, y que la expectativa de una elevación de estos tipos conducirá a aumentos importantes en el margen de intermediación financiera. Para sostener esta predicción, la PL se limita a establecer una simple relación descriptiva en el tiempo entre los tipos de interés medios de los préstamos hipotecarios para financiar la adquisición de viviendas libres (se dice, sin más justificación, que son una variable suficientemente representativa, entendemos que del negocio bancario) y el importe absoluto del margen de intermediación de las entidades financieras, o lo que es lo mismo, la diferencia entre los intereses cobrados por operaciones bancarias de activo y los intereses pagados por retribución de las operaciones bancarias de pasivo.

Concluir, a partir de esta mera relación numérica, como se hace en la EM, que «*parece claro que la elevación de tipos no solo eleva los intereses cobrados sino también el margen de interés*», **es un ejercicio carente de la mínima solvencia técnica**, tanto en la fundamentación científica económica, como en el componente metodológico que requiere un análisis riguroso. Una conclusión solvente requeriría:

a) Analizar la relación existente entre el tipo de interés de intervención de los bancos centrales y los márgenes de intermediación financiera a partir de la definición de un modelo cuantitativo econométrico que identifique la causalidad que se conjetura, incorporando adecuadamente todas aquellas variables que afectan a la relación tanto de forma diferencial para las distintas entidades como para el conjunto de ellas afectadas por la situación de la economía en cada momento.

La política monetaria afecta a la demanda de crédito y a la predisposición de los ahorradores (empresas y hogares) a colocar su liquidez en productos bancarios de captación de pasivo, por lo que pensar que cualquier subida de tipos de interés de intervención incrementará de forma directa los beneficios de las entidades es, cuanto menos, una consideración escolar, que solamente se puede hacer obviando fundamentos económicos básicos. Y todo esto, además, teniendo en cuenta que el sistema bancario español forma parte de un mercado financiero abierto, con un elevado grado de interacción, tanto dentro de la Unión Europea como con el resto de los países desarrollados.

De hecho, la literatura científica económica lleva bastante tiempo analizando esta relación entre tipos de interés y beneficios bancarios, en un escenario de tipos de intervención cercanos a cero o incluso negativos, como los que han imperado en los últimos años, con resultados



que apuntan a la heterogeneidad de los efectos para las distintas entidades. En este examen juegan un papel significativo variables individuales, como la situación de solvencia patrimonial de la entidad, su estructura de costes de explotación, la diversificación de la demanda de crédito, la amplitud del mercado en el que opera o su grado de internacionalización. Además de otras variables referidas a la eficiencia organizativa y de gestión del negocio. Precisamente este tipo de trabajos son los que **han llevado al Banco Central Europeo a desaconsejar la utilización por los Gobiernos de impuestos *ad hoc* sobre el sector financiero**, como los que introdujeron algunos Estados miembros de la Unión Europea en la segunda década de los años dos mil para tratar de repartir los costes de los rescates y saneamientos bancarios que tuvieron lugar como consecuencia de la crisis financiera de 2008.

b) Relacionado con lo anterior, pero muy relevante para la cuestión debatida, encontramos otro elemento clave para valorar adecuadamente lo que la PL parece identificar como beneficios extraordinarios o caídos del cielo: la rentabilidad del negocio bancario. **El importe de los beneficios de cualquier empresa**, considerado como una magnitud independiente, si bien puede resultar llamativa en su cifra, **requiere una relativización respecto de la inversión realizada por sus socios**, que sirva como indicador de la rentabilidad obtenida por el propietario.

En este sentido, como dice De la Fuente («La tentación de los impuestos a la carta (i)», Fedea Policy Blog, 28 de julio, 2022), en el caso de las entidades bancarias «resulta complicado hablar de 'beneficios extraordinarios' en un sector caracterizado en los últimos años por sus estrechos márgenes y por una rentabilidad sobre fondos propios reducida e incluso inferior a su coste de capital». Así, el riguroso trabajo de Altavilla *et al.* («Measuring the cost of equity of euro area Banks», ECB *Occasional Paper series*, n.º 254, January, European Central Bank, 2021), para el Banco Central Europeo, muestra que el coste del capital para los bancos de la zona euro se ha venido situando, desde 2009, claramente por encima de su rentabilidad de la inversión patrimonial medida por los fondos propios de la empresa (*Return of Equity*, ROE). De acuerdo con los datos del Banco de España («Cuenta de resultados de las entidades de depósito residentes en España», *Estadísticas de instituciones financieras basadas en estados individuales de financiación*, Banco de España, 2022, cuadro 4.c), la rentabilidad media antes de impuestos sobre fondos propios (ROE) de las entidades de depósito residentes en España ha sido del 1,32% entre 2008 y 2021, y del 4,05% entre 2014 y 2021, mientras que según los datos ofrecidos por Altavilla *et al.* («Measuring the cost of equity of euro area Banks», *op. cit.*), el coste del capital para los bancos de la zona euro se habría situado en los años recientes entre el 8% y el 12%.

En relación con la mención que se hace en la EM a la exención del IVA de la que gozan las entidades financieras, se trata claramente de una pretensión de aportar hechos que dejen traslucir al lector un trato beneficioso y arbitrario, por parte del sistema tributario, a las entidades financieras. Sin duda se busca confundir al ciudadano, mezclando cuestiones que no tienen una relación directa con el tema de los beneficios de estas entidades, pero que resultan sensibles para la opinión pública. Además, no se menciona que, precisamente, por tratarse de una



exención limitada en fase intermedia de la cadena de valor, el IVA soportado por las entidades financieras en sus compras e inversiones es absorbido como coste, sin posibilidad de deducción al no existir cuotas de IVA repercutido por la exención, con lo que esto supone tanto para los costes de la entidad como para la posible traslación a los márgenes de precios comerciales, algo que, precisamente, entraría en contradicción con la argumentación de la PL sobre la razonabilidad de los márgenes de las entidades financieras. **El IVA es un impuesto neutro para las empresas, recae sobre el consumidor final, y precisamente la exención en el IVA conlleva que el impuesto no sea neutro para las entidades financieras.**

Por lo que respecta al componente del margen bruto de explotación aportado por las comisiones propias del negocio bancario, la argumentación utilizada en la EM es realmente contradictoria.

Por un lado, se vuelve a omitir la información esencial de que existe libertad para la fijación de las comisiones bancarias, según la normativa reguladora del negocio bancario, tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel interno por parte del Banco de España, con la única salvedad de las limitadas por una norma legal como sucede con las correspondientes a la cancelación anticipada de préstamos con garantía hipotecaria y de préstamos al consumo, las afectadas por el régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera, y otras vinculadas a los movimientos entre entidades de determinados productos financieros. En todo caso, todas las comisiones aplicadas se encuentran bajo la supervisión del Banco de España, como no podría ser de otra forma.

Por otro lado, el razonamiento que se desprende de la EM resulta muy sorprendente, al citarse una frase del Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España (primavera de 2022), en el que, precisamente, se reconoce que las comisiones cobradas por las entidades financieras españolas se han incrementado en un proceso de convergencia con los valores medios de las entidades europeas, lo que estaría reflejando que esta fuente de ingresos de nuestra entidades y, por tanto, su aportación a los beneficios, se encuentran por debajo de los estándares considerados como objetivo deseable.

Por último, cabe hacer referencia a otras dos contradicciones, entre las explicaciones de la EM y lo dispuesto en la parte normativa, y sobre las que se insistirá en el lugar oportuno (apartado 2.3).

En primer lugar, la indicación en la EM de que lo ingresado se destinará a un fondo «virtual» solidario para reforzar el pacto de rentas, **cuando ni el fondo se regula, ni existe el citado pacto**, que ontológicamente para serlo requiere la concurrencia de otras partes que lo integren (en expresión de la EM «de concertación de todos los agentes económicos»). Si la prestación patrimonial sirve para financiar el gasto público y se ingresa en el Tesoro Público, no puede hablarse de un fondo virtual. Debiera regularse y establecer si esa va a ser su única fuente de financiación, o se nutrirá de otras aportaciones, provenientes o no, del también virtual pacto de



rentas, y en cualquier caso será un ingreso público para integrarse en el Presupuesto general del Estado.

En segundo término, la EM dice que se someten a la prestación, como regla general, los grupos fiscales, quedando fuera del gravamen los intereses y comisiones obtenidos por sus filiales en el exterior. **Sin embargo, nada de ello se dice en la parte dispositiva.** Tanto si la entidad forma parte o no de un grupo fiscal que tribute en el régimen de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades, o forma parte de un grupo mercantil, se someten por la suma de ingresos por intereses y comisiones propias o referidas al grupo, sin excluir las del exterior.

En consecuencia, todas estas contradicciones, o muchas de ellas, podrían haberse evitado si la propuesta hubiera sido presentada como Proyecto de ley, dada la coincidencia de los grupos parlamentarios proponentes con los que integran el Gobierno de coalición. La tramitación de la propuesta como Proposición en lugar de como Proyecto de ley, en el presente caso, evidencia la elusión en fraude de ley del procedimiento parlamentario debido para el ejercicio por el Gobierno de la iniciativa legislativa.



2. El gravamen sobre entidades de crédito y establecimientos financieros es un impuesto, no una prestación patrimonial pública no tributaria

2.1. Las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria han de tener una finalidad o interés público

El TC en su sentencia 62/2015, de 13 de abril, recordaba su doctrina sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público, que las caracteriza como «aquellas impuestas coactivamente» y que, al mismo tiempo, «la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público» (SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 33, y 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3).

Como ya advirtiera Lozano Serrano («Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», CREDF, n.º 97, 1998, p. 29):

«la prestación patrimonial pública no es siempre un ingreso público, ni una prestación al ente público, pudiendo asumir desde esta óptica múltiples modalidades que no se agotan en relaciones jurídicas entre particulares y entes públicos».

Gómez-Ferrer Rincón señala («Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, 2015, p.32) que:

«de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede afirmarse que, en su esencia, las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria son prestaciones coactivas que no constituyen ingresos públicos».

Puesto que la prestación patrimonial de carácter público es una categoría jurídica de origen constitucional (artículo 31.3 CE), configuración jurisprudencial y reciente reconocimiento legal (Disp. Ad. primera de la Ley General Tributaria (LGT), redactada por Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) y puesto que la Constitución, a la postre, es lo que el Tribunal Constitucional dice que es, la tarea consiste en averiguar si la pretendida naturaleza no tributaria de la prestación patrimonial de carácter público impuesta a las entidades de crédito resiste o no el contraste con la jurisprudencia constitucional en materia tributaria y, en particular, con la definición y caracterización jurisprudencial de las prestaciones



patrimoniales de carácter público no tributarias contenida, en esencia, en las SSTC 182/1997, FFJJ 15.º y 16.º; 83/2014, FJ 3.º; 44/2015, FJ 5.º; 62/2015, FJ 5.º; 139/2016, FJ 6.º c); 167/2016, FJ 4.º; 174/2016; 187/2016; 188/2016; 196/2016; 197/2016; 198/2016; y 63/2019, FFJJ 5.º y 6.º

Definición y caracterización esta que, ante la variedad de supuestos analizados en la jurisprudencia constitucional, el Tribunal realiza en la sentencia 63/2019, de 9 de mayo, que es el último pronunciamiento constitucional relevante sobre esta categoría de Prestaciones Patrimoniales de carácter Público No Tributarias (PPPNT) y en el que se desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario de Unidas Podemos, coprotagonista, como es notorio, de la PL que nos ocupa:

«... por exclusión, de modo que no se trata propiamente de una categoría homogénea de prestación en sí misma, sino que obedecen a diferentes finalidades, y que únicamente tienen en común, además de no ser tributos (delimitación negativa), la coactividad y el hecho de que su finalidad no es la de financiar «todos» los gastos públicos».

La LGT, en su Disp. Ad. primera, redactada por Ley 9/2017 con efectos de 9 de marzo 2018, conceptúa las prestaciones patrimoniales de carácter público, distinguiendo entre las que tienen carácter tributario y las que no lo tienen. Dispone lo siguiente:

Prestaciones patrimoniales de carácter público

1. Son prestaciones patrimoniales de carácter público aquellas a las que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo.

2. Las prestaciones patrimoniales de carácter público citadas en el apartado anterior podrán tener carácter tributario o no tributario.

Tendrán la consideración de tributarias las prestaciones mencionadas en el apartado 1 que tengan la consideración de tasas, contribuciones especiales e impuestos a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley.

Serán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general.

En particular, se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.



Este precepto no establece ninguna prestación patrimonial, limitándose a regular sus elementos esenciales o caracterizadores, como establece el art. 31.3 CE, y para las tributarias también el 133 CE.

Por tanto, **para las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias el interés público o general es indispensable**, y la mayoría de las hasta ahora creadas, e incluso previstas con carácter general (ej., art. 20.6 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, que pueden establecer los plenos de las Entidades locales), **la prestación que se realiza lo es en favor de particulares**, o bien se desplaza a particulares —privados o públicos— la carga económica que **no asume el ente público** (ILT, descuentos en farmacias, contraprestación por servicios públicos prestados por gestión indirecta, o la más reciente para la bonificación en el precio de los carburantes de 20 cts., por litro, que tiene una parte a cuenta o provisional de 15 cts., que anticipa el obligado y después le reembolsa el Estado, y otra definitiva de 5 cts., de descuento a cargo del expendedor). Dichas prestaciones no generan, salvo excepciones, ingresos públicos, y cuando así ha sucedido, se han relacionado directamente con un determinado sector o servicio (ej., eléctrico).

Estas prestaciones, a las que cada vez se acude más, cumplen también una función financiera, **no para financiar el gasto público, sino para reducir el gasto directo de los entes públicos, y por ello no son de naturaleza tributaria**.

Por ejemplo, en una de las primeras sentencias sobre ellas (STC 37/1994), señalaba el TC, «A este propósito responden estas medidas, que, sin embargo, no han tratado de reducir el nivel de protección económica por incapacidad laboral transitoria, pero que, para poderlo mantener cumpliendo el mandato del art. 41 CE, han *previsto un desplazamiento de la carga económica correspondiente, de los fondos propios de la Seguridad Social a los empresarios*», calificando ese desplazamiento en la 182/1997 así: «el poder público impone a los empresarios una prestación pecuniaria que tiene una evidente finalidad pública, o, lo que es igual, establece una «prestación patrimonial de carácter público»». A idéntica conclusión, respecto de un subsidio de las mismas características establecido por el ordenamiento italiano, llegó muy tempranamente la *Corte Costituzionale* de Italia (Sentencia 44, de 26 de mayo de 1965).

Aunque la EM, huyendo no se sabe bien por qué de términos castellanos, concluya con un anglicismo que «su naturaleza sea la de un «levy»», y que puede traducirse tanto por exacción o gravamen, como por impuesto, no puede obviar que **la prestación patrimonial pública pretendida es tributaria**, como argumentamos en el punto siguiente.

Pero las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias no están sometidas únicamente al principio de legalidad. También deben respetar en su establecimiento y regulación otros principios constitucionales, **singularmente el de igualdad**. De acuerdo con nuestro sistema constitucional, el principio de igualdad —al igual que los restantes principios constitucionales relacionados con el de igualdad— no se predica solo del sistema tributario, sino que se extiende, con la misma potencia, a todas las prestaciones patrimoniales de carácter público, al igual que se proyecta en el gasto público.



La exigencia de igualdad no queda confinada en el ámbito del ordenamiento tributario, sino que, trascendiendo el mismo, se inserta como exigencia insoslayable del ordenamiento financiero en su conjunto, del que, obviamente, forman parte las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

Así lo ha entendido, reiteradamente, el Tribunal Constitucional, en SSTC 20/1984, de 14 de febrero; 26/1985, de 22 de febrero, y 72/1985, de 13 de junio, entre otras. Expresamente, la STC 77/1985, de 27 de junio, afirmando la vigencia insoslayable del principio de igualdad en el gasto público y subrayando que el legislador debe conjugar los diversos valores y mandatos constitucionales (citando, entre ellos, la igualdad del art. 9 CE y la distribución equitativa de la renta del art. 40.1 CE).

Todo ello tiene consecuencias muy claras. Sustancialmente una: **para emitir un juicio acerca de la igualdad como valor presente en el ordenamiento financiero es preciso proceder a una valoración conjunta del sistema de ingresos y de gastos públicos**. Una desigual presión fiscal sobre un determinado sector económico, o sobre un determinado territorio, puede encontrar su justificación en una desigual proyección del gasto público sobre ese mismo sector.

Por ejemplo, una mayor presión fiscal sobre las grandes concentraciones urbanas puede encontrar su compensación en una política de gasto público que generosamente oriente los recursos públicos hacia esas grandes concentraciones urbanas. Y viceversa.

Como señaló en su día Vicente-Arche:

«Los gastos públicos y la contribución a su sostenimiento se vinculan recíprocamente a nivel de la normativa constitucional».

Sobre la conexión de las prestaciones patrimoniales de carácter público y financiación de los gastos públicos nos ocupamos en el apartado 2.3.

2.2. El régimen jurídico del gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito: PPPNT versus Impuesto

Si los tributos son ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir (art. 2 LGT), **el régimen establecido para el Gravamen nos lleva a la conclusión de que nos encontramos ante un tributo y en concreto ante un impuesto**, pese a que la PL le atribuya la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público *no tributaria*.



Como ha declarado el TC, por ejemplo, en la STC 63/2019, de 9 de mayo, FD 4.º:

«Las categorías legales, tributarias o de otro tipo, tienen cada una la naturaleza que derive de su configuración y régimen jurídico, sin que este Tribunal deba verse vinculado por el nomen iuris utilizado por el legislador».

Con anterioridad, la STC 296/1994, de 10 de noviembre (FJ 4.º), en relación con la denominada tasa sobre el juego, ya concluyó que:

«sería puro nominalismo entender que tal denominación legal sea elemento determinante de su verdadera naturaleza fiscal, pues las categorías tributarias, más allá de las denominaciones legales, tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponde de acuerdo con la configuración y estructura que reciban en el régimen jurídico a que vengán sometidas, que debe ser el argumento decisivo a tener en cuenta para delimitar el orden constitucional de competencias, el cual, al no ser disponible por la ley, no puede hacerse depender de la mera denominación que el legislador, a su discreción, asigne al tributo...».

Tras el análisis concluyó que la denominada tasa sobre el juego, *«pese a su denominación legal, es un verdadero impuesto estatal».*

El tributo cuenta con unos elementos configuradores propios, que cuando son esenciales están sometidos a reserva de ley, como son el elemento objetivo del hecho imponible, los sujetos pasivos u otros obligados tributarios, el devengo, la base imponible.

Si observamos la definición legal dada por el art. 2.1 de la LGT, **es difícil encontrar un solo elemento que diferencie el gravamen temporal con lo que debería ser una figura tributaria, particularmente un impuesto**, dados sus rasgos de no voluntariedad y ausencia de contraprestación presentes en las tasas y las contribuciones especiales. Bien es cierto que esto es algo común en la caracterización de las denominadas prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza tributaria, si bien su delimitación de los impuestos parece encontrarse en su presupuesto de hecho indicativo de capacidad económica y la finalidad dada a los recursos obtenidos de su aplicación.

El art. 2 de la PL, en su núm. 1 contiene la identificación del presupuesto de hecho, que en coherencia con la equívoca calificación como prestación patrimonial pública que se le atribuye, no se califica de hecho imponible, aun cuando es obvio que lo es (ingresos por intereses y comisiones en 2019 superior a 800 millones de euros, que da satisfacción al art. 20 LGT); obligados (entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, que da satisfacción al art. 35 LGT), con las particularidades y significado que se exponen seguidamente y al tratar la retroactividad.

El núm. 3 establece el momento de nacimiento de la obligación y periodo de declaración y pago (devengo y exigibilidad, como prevé el art. 21 LGT).



El núm. 4 establece los elementos de cuantificación, tanto el porcentaje o alícuota del 4,8% (tipo de gravamen, del art. 55 LGT), como la magnitud sobre la que se aplica (suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones que figuren en su cuenta de pérdidas y ganancias, base imponible o liquidable de la LGT, arts. 50 y 54), que representa una parte del beneficio de estas entidades, que podemos identificar con el «margen bruto operacional».

El número 5 regula los ingresos anticipados (pagos a cuenta en términos de la LGT, art. 23).

El art. 2.2, se remite a la aplicación supletoria de la Ley General Presupuestaria (LGP) y de la Ley General Tributaria (LGT), así como en el mismo número y en otros expresamente se remite a la aplicación de la LGT como norma principal de aplicación y no meramente supletoria. Así, el mismo 2.2 remite a la aplicación del régimen sancionador. El núm. 8 atribuye a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), en concreto a la Delegación Central de grandes Contribuyentes, la competencia para la exacción, gestión, comprobación y recaudación. El núm. 9 establece que la revisión en vía administrativa también se regirá por la LGT (arts. 213 y ss.).

Es oportuno recordar que la AEAT, creada por el art. 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, en su núm. Uno. 2, dispone:

«La Agencia Estatal de Administración Tributaria es la organización administrativa responsable, en nombre y por cuenta del Estado, de la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y del aduanero y de aquellos recursos de otras Administraciones y Entes Públicos nacionales o de las Comunidades Europeas cuya gestión se le encomiende por Ley o por Convenio».

Y el también el art. 5 LGT concreta las competencias de la AEAT.

En consecuencia, **si el gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, al que la PL le atribuye la naturaleza jurídica de PPPNT, tiene los elementos típicos de un tributo y en concreto de un impuesto, dado que su presupuesto de hecho está constituido por hechos que ponen de relieve la capacidad económica (art. 2.2, c) LGT), se gestiona como un tributo, se revisa como un tributo, se ingresa en el Tesoro Público (art. 2.10 de la PL), para financiar el gasto público, debemos concluir que su naturaleza jurídica es tributaria, debiendo someterse a los principios de justicia financiera proclamados en el art. 31 CE.**

Reparemos en algunos aspectos que convierten a este gravamen en una figura atípica: a) la estructura temporal de su presupuesto de hecho rebasa el linde constitucional; b) la regulación de los obligados al pago vulnera las exigencias del principio de reserva de ley y c) la cuantificación no refleja lo indicado en la EM.



Veamos los tres puntos.

En **primer lugar**, el presupuesto de hecho o hecho imponible que determina la sujeción se refiere a unas condiciones temporales que se dieron en 2019, pero cuyo devengo se difiere al 1 de enero de 2023 y a 1 de enero de 2024, cuantificándose el primero con el margen bruto de 2022, y el segundo con el margen de 2023.

Esto es, el hecho imponible cuya realización conlleva la sujeción se realizó en 2019, hecho ya pasado al que ahora se le anudan consecuencias jurídicas, pero la medición del hecho se produce con datos de tres y cuatro años posteriores. Esto es, se toma en cuenta una realidad y capacidad económica pasada, pero se mide otra parcialmente presente, para la primera anualidad, en función de la fecha de la eventual aprobación de la Ley, y la otra anualidad sí cumple las exigencias de la capacidad económica presente. Sobre todo ello abundamos al tratar la retroactividad (punto 3.1.).

En **segundo lugar**, respecto de los obligados al pago, el artículo 2.1 de la PL es muy parco a la hora de identificar tales sujetos obligados, pues se limita a mencionar a las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito, sin mayores precisiones. Esto nos obliga a acotar algo más el ámbito subjetivo del gravamen.

En una *primera* aproximación, y por las referencias que hace el artículo 2, apartados 1, párrafo segundo; 4, párrafo segundo; y 7; párrafo cuarto, de la PL se puede afirmar, con un alto grado de certeza, que se encuentran sometidos al gravamen los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (IS) (artículo 7 de la LIS) que por razón de su actividad se encuentren sometidos a la supervisión del Banco de España, y que son:

1. Los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial (artículo 1.º de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).
2. Las entidades a que se refiere el artículo 6.º de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, esto es, las entidades que están autorizadas para realizar operaciones de crédito en un ámbito específico, como pueden ser los de crédito al consumo, crédito hipotecario, tarjetas, avales, *leasing* (arrendamiento financiero con opción de compra), *factoring* (cesión de una cartera de créditos), etc.

Una *segunda* aproximación nos la ofrece la EM de la PL y la normativa del Impuesto sobre Sociedades. La primera dice en su página 10, párrafo tercero *in fine*, que están excluidos del gravamen los intereses y comisiones de las entidades de crédito obtenidos por las filiales en el extranjero, y el artículo 7.1 de la LIS solo considera sujetos pasivos del Impuesto a las sociedades y entidades que tengan su residencia en territorio español.

De todo lo anterior se deduce con certeza que **están obligados al pago del gravamen las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito que sean residentes en España.**



Mayores problemas plantea la sujeción o no al gravamen de las entidades que realizan en España las mismas actividades de las indicadas y que no residen en nuestro país. En este particular, es necesario distinguir distintas situaciones:

1. *Entidades no residentes en España que realizan actividades crediticias en nuestro país sin una base estable.* En nuestra opinión, no están sometidas al gravamen, porque, de acuerdo con los Tratados para evitar la doble imposición, los rendimientos de las actividades económicas solo pueden someterse a tributación en el lugar de residencia (véase al respecto el artículo 7.1 del Modelo OCDE de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio). Quedan fuera de esta regla los rendimientos obtenidos en España a través de un establecimiento permanente, a los que nos referiremos inmediatamente.
2. *Los establecimientos permanentes situados en España de entidades de crédito no residentes en nuestro país.* Ante la ausencia de una mención expresa en la regulación del gravamen, cabe preguntarse si deben o no incluirse entre los sujetos obligados. Lo cierto es que, en este caso, la sujeción al gravamen tiene argumentos a favor y argumentos en contra.

A favor está el hecho de que su actividad está sometida a la supervisión del Banco de España, y el hecho de que, al ser muy probable que cuenten con elementos personales, parece plausible concluir que, según una conclusión lógica de la argumentación contenida en la PL, deberían contribuir a los fondos del pacto de rentas, que es la razón de ser del gravamen, según la EM, pese a que tal pacto está lejos de estar jurídicamente definido.

En contra existen varios argumentos de importancia:

El *primero* de ellos es que la fijación del sujeto pasivo debe realizarse expresamente para respetar el principio de reserva de ley (artículo 133.1 CE), puesto que es uno de los elementos esenciales de los tributos (por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 150/2003, de 15 de julio, y núm. 125/2021, de 3 de junio), razón por la que una Ley que se limitara a establecer un tributo, sin fijar sus señas de identidad, entre las que se incluyen los sujetos pasivos, no habría establecido un tributo sino una entelequia.

La PL no cita a los establecimientos permanentes, luego no pueden considerarse sujetos al gravamen.

El *segundo* de los argumentos es que los establecimientos permanentes no están sujetos al Impuesto sobre Sociedades, sino al Impuesto sobre la renta de no residentes. Y puesto que el IS parece ser el punto de enlace con el gravamen que estudiamos, puede deducirse de ello que las entidades no sujetas al IS tampoco pueden estar sujetas al gravamen.

Y el *tercer argumento* es que los establecimientos permanentes solo exigen la presencia de una base estable de actividad, pero no parece que sea necesario que existan personas afectas de modo exclusivo a él.



En efecto:

- a) En el apartado 2, párrafo segundo *in fine* de los Comentarios OCDE al artículo 5 del Modelo de Convenio sobre doble imposición se puede leer que la realización de las actividades de la empresa mediante un lugar fijo de negocios:

«... significa, normalmente, que las personas que de un modo u otro dependen de la empresa (el personal) realizan las actividades de la empresa en el Estado en que está situado el lugar fijo».

- b) En el apartado 10 de los mismos Comentarios se dice:

«La actividad de la empresa la realiza principalmente el empresario o personas con una relación laboral con la empresa (personal)».

Pero lo que es normal o principal no significa que sea imprescindible, porque el significado de los dos grupos de términos es distinto. Por *normal* debe entenderse, según el Diccionario de la Real Academia Española, lo que se ajusta a ciertas reglas fijadas de antemano, mientras que *imprescindible* es aquello que no se puede evitar.

Por tanto, se puede deducir de todo ello que es posible la existencia de un establecimiento permanente sin personal propio, pues su actividad puede estar realizada o dirigida por personal que no esté afecto exclusivamente a él. Y esto no es una mera opinión de parte, sino que es lo que se desprende de los mismos Comentarios al artículo 5 del Modelo de Convenio OCDE, que mencionan varios ejemplos (en los apartados 4.3; 8; y 10) en los que se aprecia la existencia de establecimientos permanentes que carecen de personal propio.

En consecuencia, no parece pertinente que los establecimientos permanentes sin personal, aunque realicen actividades de crédito, colaboren en la dotación de fondos para un pacto de rentas. En definitiva, **en nuestra opinión, los establecimientos permanentes que tienen en España las entidades de crédito no residentes no están sujetos al gravamen.**

En **tercer lugar**, como ya apuntamos, la cuantificación del margen bruto es la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones que figuren en la cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente al año natural anterior al del nacimiento de la obligación de pago. Si se trata de un grupo fiscal se toma en cuenta la cuenta del grupo fiscal. Si es un grupo mercantil, el resultado de las cuentas de los grupos fiscales que lo integran. En ninguna de las previsiones normativas se dice nada de lo que se indica en la EM sobre los ingresos y gastos del extranjero, pues según ésta se someten al gravamen, «como regla general, los grupos fiscales quedando fuera del gravamen los intereses y comisiones obtenidos por sus filiales en el exterior».

Estamos, **pues, ante una discordancia adicional entre la parte expositiva y la normativa: se proclama una cosa y se regula la contraria.**



Del régimen jurídico descrito y de la minuciosa confrontación con la abundante jurisprudencia constitucional aplicable y pertinente al caso de la pretendida *«prestación patrimonial de carácter público no tributario»* (artículo 2.2) se desprende la firme conclusión de que, a salvo de su nomenclatura legal, en la repetida PPPNT concurren todas y cada una de las notas propias del concepto constitucional y legal de tributo; tratándose de una prestación patrimonial tributaria de carácter temporal y extraordinario (*excepcional*, prefiere decir la EM), de naturaleza impositiva (artículo 2.2.c) LGT) y finalidad confesadamente recaudatoria y fiscal; pese a que la EM diga pretender con el Gravamen la finalidad extrafiscal de reforzar el sedicente *«pacto nacional de rentas»* del que, al parecer, constituye *«un elemento esencial dentro de [su] arquitectura»* y asimismo *«una herramienta esencial para la lucha contra los efectos nocivos de la inflación que viene sufriendo la ciudadanía»*.

Esta última constituye, como es notorio, una enigmática finalidad extrafiscal que no trasciende de la voluntariosa y descuidada prosa de la EM y que no deja huella alguna en la regulación jurídica que del Gravamen ofrece su parco texto articulado. De ahí que, conforme a la jurisprudencia constitucional, aquella pretendida dimensión extrafiscal para nada desmienta ni empañe su reconocida y, por lo demás, evidente función fiscal y finalidad recaudatoria.

2.3. Las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria no financian todos los gastos públicos

En la parte dispositiva de la PL, el núm. 10 del art.2, dispone que:

«El rendimiento de la prestación se ingresará en el Tesoro Público».

Sin embargo, en la EM, en reiteradas ocasiones se hace referencia al denominado *«pacto de rentas»*, que no se define, ni concreta, pero se erige como la justificación del establecimiento de la prestación patrimonial pública. Prestación que supone *«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»»*.

Dicho fondo ni se define, ni se crea. Quizás por ello se califique de virtual, y lo único que evidencia la norma es que el Gravamen se ingresará en el Tesoro Público, y que va a financiar gastos públicos, que no se pueden o no se quieren cubrir con los ingresos tributarios o de otra naturaleza y que recae sobre unas entidades a las que no se les quiere reconocer que van a contribuir al sostenimiento del gasto público, al no hablar de tributo. Y todo ello no evita que debe ser un ingreso presupuestario, por exigencia del art. 134.2 CE. Tampoco se halla afecta su recaudación a una finalidad específica, a pesar de que la EM proclame la finalidad extrafiscal de la prestación, por reforzar el pacto nacional de rentas.

El planteamiento de la PL contradice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues la STC 62/2015, de 13 de abril, dejó sentado que *«calificada una determinada prestación como*



patrimonial de carácter público, además, tendrá naturaleza tributaria si, habiendo sido coactivamente impuesta, «se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos» (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; y 102/2005, de 20 de abril, FJ 6), «sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica» (SSTC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 4)». Por tanto, la prestación patrimonial pública prevista en la PL, también por la circunstancia de financiar el gasto público, es una prestación patrimonial pública de carácter tributario, que debe ajustarse a los principios constitucionales de justicia financiera (art. 31.1 CE), como pone de relieve también la sentencia 78/2020, de 1 de julio («prestaciones coactivamente impuestas para la financiación del **gasto público** y, por tanto, de prestaciones patrimoniales de carácter **público**, de naturaleza tributaria», F.J 4.º).

Como ya dijera Lozano Serrano («Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», *op. cit.*, p. 47):

«... cuando estamos ante una prestación coactiva consistente en un ingreso público en un ente público que aumenta su patrimonio y sus recursos para financiar el gasto público, estamos ante ingresos tributarios (pp. 34-35)».

Y sea cual sea su denominación se han de someter

«las prestaciones patrimoniales públicas dirigidas a la obtención de ingresos a principios de justicia que complementan su ya proclamada expresamente por el artículo 31.3 sujeción a la reserva de ley».

La LGT de 2003, aprobada tras las primeras sentencias del TC que comenzaron a pergeñar los perfiles de las prestaciones patrimoniales públicas, e incorporando las consecuencias lógicas del tratamiento que la Constitución hace de la Hacienda Pública, introdujo un concepto legal de tributo, en el que encaja perfectamente la prestación patrimonial prevista, y en el que se incluye, como nota definidora, la de tener como fin primordial «obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos», criterio que mantiene la Disp. Ad. 1.ª de la misma LGT.

Además, la vigente LGT también contempla, como ya se preveía en la LGT de 1963, que los tributos, además de tener dicha finalidad financiera, «podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución».

El legislador, con un cambio nominal, no puede sustraerse a las exigencias materiales de justicia constitucionalmente previstas para la contribución coactiva al sostenimiento del gasto público.

En palabras de Lozano Serrano («Calificación como tributos o prestaciones patrimoniales públicas de los ingresos por prestación de servicios», CREDF, 116, 2002, p. 647).



«... los ámbitos de aplicación —esto es, las hipótesis normativas— del artículo 31.1 y 31.3 serían plenamente equivalentes o, mejor aún, idénticos (respecto a las prestaciones con finalidad financiera)... con lo que se cerraría el paso a «inventos» del legislador en los que huiría de los moldes tributarios para eludir esos preceptos constitucionales, como intentó con la Ley de 1989».

Por todo ello, y a la vista de cuanto antecede, puede reproducirse lo que se indica en el Antecedente 1.º de la STC 63/2019, de 9 de mayo de 2019, correspondiente al recurso de inconstitucionalidad 739-2018, interpuesto por más de cincuenta diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en relación con diversos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y en concreto sobre la regulación de la prestación patrimonial no tributaria en ella contemplada, pues allí se dice:

«la creación de la figura fiscal de las prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario supone, a juicio de los recurrentes, que el legislador ha empleado «una pirueta jurídica para travestir el viejo término de «tarifa»... ».

Pirqueta jurídica que ahora llevan a cabo desde el Gobierno quienes antes la atribuían a otros, travistiendo en este caso la categoría tributaria del «impuesto».

El principio de capacidad económica debe combinarse también con los principios de justicia en el gasto público, de los que también forma parte, pues la asignación equitativa conlleva que el gasto público tenga como claros destinatarios a la colectividad y dentro de ella a los más desfavorecidos, circunstancia que evidenciará la capacidad económica de cada uno. Esto es, la Constitución aspira a disponer de un ordenamiento financiero en que ingresos y gastos públicos corrijan las situaciones discriminatorias existentes, lo que exige tratar igual a los iguales y de forma desigual a quienes están en situación desigual.

La incorporación a la Constitución del art. 31.2 supuso, a diferencia de lo que ocurre con los principios tributarios, una novedad radical no solo con relación a la tradición constitucional española, sino en comparación también con la historia constitucional de los Estados europeos continentales, de tradición jurídica afín a la nuestra y cuya ordenación constitucional del gasto público se limitaba a la proclamación del principio de legalidad presupuestaria y, en el mejor de los casos, a regular la posibilidad de que las leyes presupuestarias anuales contuvieran disposiciones atinentes a modificación, creación o supresión de tributos.

Los principios de justicia financiera no solo aparecen como criterios de elaboración y aplicación de las normas, sino también como fines materiales a cuya consecución se encaminan aquéllas. **La invocación de la aportación con el Gravamen a un fondo virtual para fortalecer el pacto de rentas no concretado ni alcanzado aún no puede sustraerse a esos condicionantes.**



3. Posibles inconstitucionalidades en la regulación del gravamen

Las insuficiencias de constitucionalidad en la regulación del Gravamen temporal son numerosas. Algunas de ellas quizá se puedan salvar con una interpretación «constitucional» del alcance del principio de reserva de ley. Son las que afectan a dos de los elementos esenciales del Gravamen, como son la delimitación del presupuesto de hecho y la identificación de los obligados al pago. Al primero nos referiremos de inmediato, mientras que la determinación de los obligados ya ha sido realizada (punto 2.2).

El presupuesto de hecho cuya realización genera la obligación de contribuir está tipificado en el art. 2.1), primer párrafo de la PL:

«1.-Las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito cuya suma de ingresos por intereses y comisiones, determinada de acuerdo con su normativa contable de aplicación, correspondiente al año 2019, sea igual o superior a 800 millones de euros, deberán satisfacer durante los años 2023 y 2024 el gravamen temporal regulado en la presente disposición».

En la EM no se justifica el porqué del umbral fijado en 800 millones. Carencia que no ha podido colmarse toda vez que sobre esta proposición no ha habido consulta pública, ni Memoria de Impacto Normativo, ni Dictamen del Consejo de Estado, circunstancias que, caso de que se hubiera articulado como Proyecto de Ley, hubieran propiciado que se motivara el porqué del referido umbral. En suma, **no se ha motivado el porqué de un elemento esencial del Gravamen**, lo que puede justificar la imputación de una quiebra del principio de seguridad jurídica —ex art. 9.3. CE—, que afecta además a la libertad de empresa —ex art. 38 CE— y distorsiona la libre competencia, elemento cardinal del Derecho Comunitario.

Es evidente que el Legislador puede establecer un umbral que determine la sujeción o no al Gravamen. Tan evidente como lo es la necesidad de que motive el porqué de dicho umbral, motivación que servirá, cuando menos, para alejar cualquier atisbo de arbitrariedad.

Que sin motivación alguna no se sujeten al Gravamen las entidades que no alcancen los 800 millones de euros supone una vulneración del art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por favorecer a unos sujetos e incidir negativamente en otros, así como una acción contraria al art. 119 del mismo Tratado, y permite denuncias a afectos de lo previsto en el art. 116, pues la proyección del principio es común y necesaria, salvo justificación razonada y razonable. Además, no consta que se haya trasladado consulta al Banco Central Europeo (art. 127.4 TFUE).



Esta necesidad de motivación es la que ha ponderado el Tribunal Supremo al examinar el mecanismo de financiación del bono social establecido por un Real Decreto Ley en 2016. En dicho RDL se establecían unas diferencias de trato que fueron las que llevaron al Tribunal Supremo —STS 112/2022, de 31 de enero (rec. 673/2017)— a declarar la disposición contraria al Derecho de la Unión Europea por discriminar a unas empresas del sector eléctrico frente a otras, pese a que en la referida disposición se había motivado la razón de ser de esa diferencia de trato.

Señalaba el TS:

«La Exposición de motivos de dicho Real Decreto Ley contiene una motivación en una doble faceta...»

No se aprecia, por tanto, un problema de motivación. La cuestión litigiosa es otra; se centra en determinar si las razones o motivos esgrimidos por la ley nacional tanto para imponer la financiación únicamente a las comercializadoras como para excluir a las demás empresas que operan en el sector eléctrico pueden considerarse una justificación objetiva y razonable.

En la PL que analizamos la cuestión es sustancialmente distinta. La EM no contiene razones o motivos para la diferencia y la libertad del legislador —en absoluto puesta en cuestión— debe estar motivada, como exige la Jurisprudencia.

En el caso analizado por la sentencia citada, no se consideró justificada la diferencia de trato. En nuestro caso, si la finalidad declarada es obtener ingresos para aportarlos al resultado de un eventual pacto de rentas, no parece que la exclusión de quienes llevan a cabo la misma actividad financiera —aun cuando el volumen sea inferior— se ajuste a la libertad de mercado y a la libre competencia. Antes al contrario, **tanto la libertad de mercado como la libre competencia quedan seriamente comprometidas, dada la evidente distorsión que genera la no sujeción, especialmente cuando esa no sujeción no se ha motivado.**

Pasamos a analizar las que, a nuestro juicio, constituyen inconstitucionalidades incontestables.

3.1. Retroactividad de la prestación y vulneración del principio de seguridad jurídica

En primer lugar, formalmente la prestación es aplicable en 2023 y 2024, por lo que, en principio, no debería pensarse en la existencia de retroactividad, que salvo para las normas restrictivas y sancionadoras desfavorables, no está prohibida (art. 9 CE). No obstante, que la retroactividad en sí misma no resulte inconstitucional, no cierra el paso a la posible inconstitucionalidad derivada de la quiebra de otros principios que gozan de respaldo constitucional, como el principio de seguridad jurídica —art. 9.3 CE— y, tratándose —como es el caso— de un tributo, también el principio de capacidad económica.

La prestación patrimonial prevista toma unas referencias temporales no exentas de problemas. Así, para identificar a las entidades sujetas al gravamen se toma como elemento definidor la



circunstancia siguiente: que la suma de ingresos por intereses y comisiones correspondiente a 2019 sea igual o superior a 800 millones de euros.

Al margen de los problemas que ese umbral cuantitativo supone en relación con la libertad de mercado y libre competencia, se plantea otro problema: puede darse el caso de que haya entidades que no existían en 2019 y ahora sí existan y en 2023 y 2024 superen el umbral de los 800 millones de euros, entidades que no se sujetarán al Gravamen.

A sensu contrario, puede darse otro problema: entidades que, existiendo en 2019 y superando en aquel año el umbral de los 800 millones, ahora estén por debajo del mismo. Pese a lo cual serán sujetos pasivos y deberán satisfacer el Gravamen.

En suma, tomar como referencia un marco temporal referido a los tres años anteriores a la presentación de la PL conlleva una retroactividad injustificada, pues anuda consecuencias jurídicas a un hecho acontecido y perfeccionado en el pasado. A mayor abundamiento, esa referencia temporal a 2019 también puede generar tratamientos diferenciados arbitrarios al proyectar sus efectos sobre el momento en que se aplica el Gravamen.

En segundo lugar, aunque se dispone que la obligación se *devengará* el primer día del año natural –por tanto, la primera vez el 1 de enero de 2023– la base de cálculo de la misma –*la base imponible*– es la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones correspondiente al año natural anterior al de nacimiento de la obligación de pago. Esto es, para la obligación que nace en 2023, se atenderá al resultado de 2022, y no para cuantificar un ingreso anticipado respecto de lo que resultase en 2023, sino para cuantificar la obligación principal definitiva.

Por tanto, los efectos del Gravamen se proyectan sobre unos hechos acontecidos en su totalidad antes del devengo de la obligación y del año en que se devenga la misma, y parcialmente tras la entrada en vigor de la Ley, si se aprueba antes de 31 de diciembre de 2022. No hay prevista ninguna disposición que proyecte efectos jurídicos para la PL desde la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes. Por ello, la prestación de 2023 toma en cuenta una realidad ya producida y perfeccionada antes de la entrada en vigor de la Ley, si llega a aprobarse.

A estos efectos, no debiera echarse en saco roto lo que ha dicho el Tribunal Constitucional, en diversas ocasiones, sobre la retroactividad de normas tributarias, admitiendo la misma *salvo que resulte arbitrario o no razonable* (desde la 6/1983, de 4 de febrero, 126/1987, de 16 de julio, 150/1990, de 4 de octubre, del pasado siglo, a las, por ej., 116/2009, de 18 de mayo, 121/2016, de 23 de junio, o 9/2019, de 17 de enero).

En ese contexto, el grado de retroactividad de la norma, así como las circunstancias específicas que concurran se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de la constitucionalidad, siendo especialmente relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o



desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas.

En el primer caso, estamos ante un caso de retroactividad absoluta, auténtica o de grado máximo y para el TC la prohibición de retroactividad operaría plenamente, salvo que circunstancias muy cualificadas del bien común pudieran justificar la excepción.

Que la sujeción venga dada por hechos de 2019, y la cuantificación por hechos de 2022, naciendo la obligación en 2023, **son elementos que nos inducen a considerar que se trata de una prestación retroactiva en su grado máximo**. No sería así, por lo que respecta a la cuantificación, si los datos de 2022 fueran relevantes para efectuar ingresos anticipados, ni tampoco tendría ese vicio la correspondiente a 2024, pero por la determinación de la sujeción subsistiría el problema de constitucionalidad, dado que la referencia temporal a 2019 vulnera el principio de seguridad jurídica.

3.2. La no deducibilidad del gravamen en el Impuesto sobre Sociedades vulneraría la capacidad económica que debe medir dicho impuesto

El núm. 6 del art. 2 de la PL establece que los ingresos que comporte este Gravamen no serán gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Ello supondrá un ajuste positivo en la cuantificación del citado impuesto, en la medida en que esos ingresos sí se reflejan en el resultado contable de las entidades, sin poder decirse con seguridad si con ello se quiere equiparar el Gravamen al gasto que supone a las multas, recargos por incumplimientos o gastos por actuaciones contrarias al ordenamiento de los que se enumeran en el art.14 de la ley 27/2014, puesto que liberalidades no son, al tener el gravamen carácter coactivo.

La base de cálculo del Gravamen temporal es una parte del beneficio que se grava en el Impuesto sobre Sociedades. España, en 1995, llevó a cabo una reforma de gran calado en su IS (Ley 43/1995, de 27 de diciembre), para adaptarlo al modelo seguido en la gran mayoría de los países de la OCDE, en el que el cómputo de la base imponible del impuesto partía del resultado contable, obtenido conforme a las normas contables de aceptación internacional (en España, las denominadas Normas Internacionales de Contabilidad, NIC) y al que se debían aplicar diferentes ajustes extracontables establecidos por la normativa legal del IS, unos positivos (que aumentaban el resultado contable) y otros negativos (que lo reducían), con el fin de preservar una medición razonable de la capacidad de pago de las sociedades ante el posible abuso estratégico resultante de la aplicación de los principios contables, especialmente el de «prudencia valorativa».

Por tanto, las diferencias existentes entre el resultado contable de las sociedades y la base imponible son fruto del diseño legal del tributo y no son ningún tipo de beneficio fiscal susceptible de cualquier limitación que vaya más allá del alcance de su definición legal.



Por tanto, el Impuesto sobre Sociedades grava el beneficio, del que forma parte la base de cálculo del Gravamen temporal, lo que significa que éste último toma en cuenta parte de lo relevante para cuantificar la base imponible del IS. Sin perjuicio de que la base de la prestación es una magnitud que no refleja la capacidad de pago de la entidad, pues determina la contribución de cada entidad sin tener en cuenta un elemento sustancial para medir la capacidad manifestada a través de los beneficios (que es lo que, según expresa la EM, busca la PL), diferencial entre entidades, como son los gastos de explotación. Que sobre esa magnitud bruta se cuantifique un gravamen que no puede deducirse del Impuesto que mide la capacidad económica, y que también grava esos mismos conceptos, vulnera la contribución conforme a la capacidad económica.

Por ej., en el sector del juego es deducible la tasa que soportan casinos y titulares de máquinas recreativas en su Impuesto sobre Sociedades para cuantificar la base imponible, y así se respeta el principio de capacidad económica.

Ahora bien, el IS grava un presupuesto de hecho indicativo de capacidad económica, como tiene reconocido el TC, entre otras en las STC 73/2017, de 8 de junio y 28/200, de 1 de julio:

«... al Impuesto sobre Sociedades se le puede considerar, junto con el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, como otra de las piezas básicas del sistema tributario y, concretamente, de la imposición directa en España. Se trata de otro tributo global sobre la renta, aunque en este caso de las personas jurídicas, que, con su integración con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, complementa el gravamen de uno de los índices de capacidad económica más importantes: la renta. De esta manera, sirve también al objetivo de personalizar el reparto de la carga fiscal según los criterios de capacidad económica y de igualdad, coadyuvando al cumplimiento de los principios de justicia tributaria y los objetivos de redistribución de la renta. Por tanto, la alteración sustancial de sus elementos esenciales podría afectar también al modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de las personas jurídicas que pongan de manifiesto una capacidad económica gravable».

La relevancia del impuesto de que se trate ha servido al TC para delimitar las posibilidades de utilización del Real Decreto-Ley en la regulación de los tributos (entre otras, además de las ya citadas, SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; y 189/2005, de 7 de julio, FJ 7). Al mismo tiempo, también esa relevancia del tributo en el conjunto del sistema tributario se erigió como elemento relevante para aceptar la *necesidad o no de la presencia de la capacidad económica en el impuesto, individualmente considerado, para ser objeto de medición y de gravamen*, más allá de la necesidad de que esa misma capacidad económica sirviera de *elemento esencial del sistema tributario* (ej., Auto del Pleno del TC 71/2008, de 26 de febrero). Si el Impuesto sobre Sociedades tiene relevancia constitucional para considerarse como elemento relevante en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, resulta obvio que el mismo siempre ha debido medir la capacidad económica, como se reconoce en el FJ 4.A) de la STC 182/2021, de 26 de octubre, en la que se concluye que:



«... el Tribunal deberá determinar si el art. 31.1 CE obliga al legislador a respetar el principio de capacidad económica no solo al seleccionar las manifestaciones de riqueza que han de conformar los hechos imposables de los tributos, sino también al concretar las normas de cuantificación de la prestación tributaria; y, en caso afirmativo, si se vulnera dicho principio (FJ 3.º, in fine)».

Sentencia que, en su FJ. 4 B), b), concluye que:

«el art. 31.1 CE exige que la contribución de cada cual al sostenimiento de los gastos públicos se haga, no de cualquier manera, sino «de acuerdo con su capacidad económica»; cualidad subjetiva del obligado a contribuir (por todas, STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4) que se erige no solo en un «criterio inspirador del sistema tributario» (SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 3, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5) u «ordenador» de dicho sistema (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6, y 193/2004, FJ 5), sino que opera singularmente también, a diferencia de otros principios (como, por ejemplo, el de progresividad), en la configuración de cada tributo. Siendo esto así sobre la capacidad económica como fundamento de la imposición (STC 26/2017, FJ 2), debe reconocerse ahora que la recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos «de acuerdo con» la capacidad económica de cada contribuyente en el art. 31.1 CE [con el correlativo «derecho a que esa contribución solidaria sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad» (STC 182/1997, FJ 6)] engloba las dos vertientes del referido principio. Y ello porque para hacerlo efectivo no basta con que deban contribuir al sostenimiento de las cargas públicas únicamente quienes tengan capacidad económica para ello, sino que es necesario que la proporción de la contribución que cada individuo deba realizar al sostenimiento de los gastos públicos se determine también en atención a su capacidad económica. En efecto, el art. 31.1 CE contiene un mandato que vincula a los poderes públicos: (i) «a exigir esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación» (por todas, SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4, y 10/2005, de 20 de enero, FJ 6) y (ii) a exigirla en función de la intensidad con que aquella capacidad económica se ponga de manifiesto en esos contribuyentes (STC 46/2000, de 14 de febrero, FJ 8)».

Si la base imponible del IS ha de medir la capacidad económica de los obligados tributarios, impedir la deducción de un gravamen legal y coactivamente impuesto, que afecta e incluso se cuantifica sobre parte de los beneficios de la sociedad, afecta de forma indubitada a la medición de la capacidad económica, dado que se hace contribuir de acuerdo con una capacidad que no se tiene y que afecta al gravamen de unos beneficios que realmente no son tales, por haber tenido unos gastos que se impide deducir, con negativas consecuencias para los accionistas, grandes y pequeños.

Lo que vulnera la Constitución no es el doble gravamen sobre la misma materia, sino la desconsideración para medir la capacidad que en un impuesto estructural en el sistema tributario,



aunque solo afecte a determinados contribuyentes (los que lo han de soportar), tiene un gasto real, cierto, coactivamente impuesto, y que puede constituir un porcentaje importante del beneficio que obtiene el obligado. Teniendo en cuenta, además, que esa quiebra de las exigencias del principio de capacidad económica no se apoya en valores o principios constitucionales que pudieran servir de justificación.

Por supuesto que hay excepciones posibles a la contribución al sostenimiento del gasto público de acuerdo con la capacidad económica.

El TC se ha pronunciado con claridad sobre ello.

A ello se ha referido, entre otras, en el FJ 4.C),c) de la STC 182/2021:

«... es constitucionalmente posible que el legislador tributario, al regular cada figura impositiva, otorgue preeminencia a otros valores o principios, respetando, en todo caso, los límites establecidos por la Constitución (STC 221/1992, FJ 5)».

En relación con los tributos tradicionales con fin primordialmente fiscal se ha admitido: (i) en primer lugar, el establecimiento de exenciones y bonificaciones, que serán «constitucionalmente válida[s] siempre que responda[n] a fines de interés general que la[s] justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita[s] [...] por cuanto la Constitución a todos impone el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en función de su capacidad económica» [SSTC 96/2002, FJ 7; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 57/2005, de 14 de marzo, FJ 4; 33/2006, de 13 de febrero, FJ 4; 12/2012, FJ 4 a), y 60/2015, FJ 4, todas con cita de la STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 8]; (ii) en segundo lugar, que, siendo la lucha contra el fraude fiscal «un objetivo y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos» [SSTC 76/1990, FJ 3; 214/1994, FJ 5 B); 46/2000, FJ 6; 194/2000, FJ 5, y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5], ya que «lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar» (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3), la capacidad económica como medida de la carga tributaria puede ceder ante la necesidad de evitar actuaciones abusivas por parte de los sujetos pasivos en detrimento de la solidaridad de todos en el sostenimiento de los gastos públicos; siempre, eso sí, que estas medidas antifraude no sean desproporcionadas [SSTC 146/1994, FJ 6 A); 194/2000, FJ 8, y 255/2004, FJ 6]; y, (iii) en tercer lugar, que el legislador puede recurrir a una técnica que no exija la cuantificación exacta de los gastos producidos, estableciendo una deducción global o a tanto alzado, para evitar la complejidad en el procedimiento tributario y por la dificultad de comprobar la existencia y cuantía de ciertos gastos, con excesivos costes de gestión (razones de política financiera, técnica tributaria o de practicabilidad o conveniencia administrativa) [STC 214/1994, FJ 6 A)].

En conclusión, la imposibilidad de deducir los gastos sin justificación válidamente respaldada por valores constitucionales **altera la medición de la capacidad económica para la contribución**



al sostenimiento del gasto público, que se exige conforme al art. 31 CE, a la jurisprudencia constitucional, y a la relevancia del Impuesto sobre Sociedades, pilar estructural del sistema tributario y que, precisamente por ello, forma parte de los tributos integrantes de la «*esencia del deber de contribuir*», concepto acuñado precisamente por el Tribunal Constitucional.

3.3. Inconstitucionalidad de la infracción y sanción del art. 2.7

La **Proposición de Ley**, en su **artículo 2.7** prevé:

«El importe de la prestación y su pago anticipado no serán objeto de repercusión económica, directa o indirecta.

Tendrá la consideración de infracción muy grave el incumplimiento de la obligación a que se refiere el párrafo anterior y se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe repercutido.

Esta infracción no tendrá carácter tributario y estará sometida al régimen administrativo sancionador general.

Corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las competencias del Banco de España y de la obligación de éste de colaborar con la misma, la comprobación del cumplimiento de la obligación a que se refiere el párrafo primero, así como, en su caso, la tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores por incumplimientos de la misma. A estos efectos, en particular, se podrá solicitar información relativa al cumplimiento de la obligación correspondiente a los años 2022 y siguientes».



3.3.1. Inconstitucionalidad por vulnerar el principio de taxatividad

Que se declare que la prestación o el ingreso anticipado no sean objeto de repercusión económica es como querer poner puertas al campo. Todo desplazamiento patrimonial tiene repercusión económica. Por ello la descripción sería más correcta técnicamente si la expresión fuera que no será objeto de traslación económica, pues *la repercusión es jurídica y debe especificarse*, siendo varios e importantes los problemas de constitucionalidad que presenta esta regulación. Además de los efectos económicos que se exponen en el Anexo. En mi época se utilizaba la terminología al revés, pero esto no tiene la más mínima importancia.

Por un lado, se vulnera el art. 25.1 CE:

«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

Así, el **segundo párrafo del precepto transcrito incumple el principio de taxatividad, dado que la conducta infractora es totalmente abierta e indeterminada**, al identificarse tácitamente con incrementos de comisiones o de tipos de interés que se cobren a los clientes o con quien se relacionen las entidades financieras, y no se especifica si esa «repercusión» ilícita lo ha de ser sobre todos o algunos, o uno solo de ellos, pues es por todos conocido que las entidades financieras no aplican a todos sus clientes las mismas condiciones en cuanto a comisiones e intereses a cobrar o pagar. Incluso se podría incorporar el coste de la prestación a otro tipo de actos o entregas que realicen las entidades financieras y que nada tengan que ver con comisiones e intereses.

Por ello, estamos ante una infracción de resultado. Infracción que se tipifica sin atender a las causas de ese efecto; **infracción que choca con el propio régimen jurídico de las comisiones y de los intereses, así como con las exigencias de la libre organización empresarial**. Amén de ello, paradójicamente, la conducta subyacente conllevaría un incremento del importe a ingresar por la prestación patrimonial si se incluyera en la cuantificación de comisiones o intereses. ¿O acaso el Impuesto sobre Sociedades no es un coste relevante para fijar los precios del obligado tributario?

Como ha dicho el TC en la sentencia 14/2021, de 28 de enero,

«... desde la óptica del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE) aplicado a la actividad legislativa, nuestra doctrina ha destacado que el mismo se articula a través de una doble garantía: formal y material».

La garantía formal, como señala la STC 166/2012, de 1 octubre, FJ 5, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones y sostiene, siguiendo la constante jurisprudencia de este tribunal, que el término «legislación vigente» contenido en el artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único y jurisprudencia allí citada). No obstante lo anterior, la garantía formal, de exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, «tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria... aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Por tanto, la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica... » (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4, y 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, entre otras).

La garantía material es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4). Como señala la STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, con cita de la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, «la garantía



material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador».

No existiendo remisión normativa al Reglamento, el problema se centra en la garantía material, que a la vista de lo anteriormente señalado no se cumple en los términos en que está redactado el texto, por la indefinición de la «repercusión, directa o indirecta», de costes no singularizados en las diversas operaciones que puedan llevar a cabo las entidades financieras, pues queda en manos del intérprete determinar qué es la repercusión que se ha producido y en qué importe, pues este último dato es imprescindible para cuantificar la sanción, y todo ello vulnera el art. 25 CE.

Como de forma reiterada ha venido manteniendo el Tribunal Supremo, las sanciones administrativas son una manifestación del *ius puniendi* del Estado y, en consecuencia, deben sujetarse a los principios que regulan el ejercicio de dicho poder. Principios de entre los cuales ocupa un lugar esencial el principio de legalidad.

Lo señalaba con precisión el Magistrado F. J. Navarro Sanchís, en el voto particular formulado a la STS de 17.IX.2020. Rec. 325/2019, al referirse al bien jurídico protegido:

«3) Sobre el bien jurídico protegido.

Hay una reflexión de orden más general, pero pertinente a mi juicio, que es la siguiente: cuando se habla de que la sanción administrativa (sólo indirecta y oblicuamente reconocida en la CE) participa de la naturaleza del ius puniendi del Estado y, en su virtud, deben trasladarse, si bien con las matizaciones que, tal vez con excesiva prudencia e indefinición, propone el Tribunal Constitucional –aún no se han concretado con precisión y detalle aquellas garantías, pautas o reglas–, lo que se viene a postular es más bien su flexibilidad (en la exigencia de la reserva de ley, en la predeterminación normativa o tipicidad, en la dogmática de la culpabilidad, etc...), pero siempre en beneficio del expedientado. Carecería de sentido que esa equiparación ontológica, derivada de la unidad de sustancia, trajera consigo un empeoramiento de la situación que la ley tributaria define para sancionar las conductas que en ella se tipifican, esto es, que fuera peor tratado el sancionado que el condenado penalmente».

Principio de legalidad que conlleva también que, como señalan los arts. 7 del CEDH y 49.1) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional...», principio que se aplica también a las infracciones administrativas, es decir, a aquellas conductas que, de conformidad con los criterios Engel –*calificación jurídica de la infracción, su naturaleza y el grado de severidad de la sanción*– son constitutivas de infracción administrativa.



A mayor abundamiento, y mirando al futuro en el que pudiera tipificarse como delito una conducta que vulnerara el contenido de lo que en su día será Ley si prospera la PL que analizamos, debe tenerse en cuenta que ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que, tras la aprobación y ratificación por los Estados del Protocolo n.º 7 al CEDH, y atendiendo a su art. 2.1., el principio *non bis in idem* debe entenderse vigente en este ámbito, de forma que impediría la reiteración paralela de sanciones por los mismos hechos por órganos administrativos y órganos judiciales penales.

Por otro lado, cabe suponer —lo que resulta improcedente por ser expresivo de la inseguridad jurídica existente en el régimen sancionador contenido en la PL y específicamente en el precepto que analizamos—, dado que la norma nada dice, salvo la enigmática previsión de que «*se podrá solicitar información relativa al cumplimiento de la obligación correspondiente a los años 2022 y siguientes*», que la traslación quedaría prohibida en el cómputo de las comisiones e intereses, u otros precios, cobrados durante el periodo relevante para cuantificar la prestación, o sus ingresos anticipados, esto es, 2022 y 2023.

Ello significa que ahora podría estar produciéndose una conducta que tras la entrada en vigor de la Ley no podrá ser objeto de sanción, porque no está aún tipificada como infracción. Y en 2024 ya no podría producirse, dado que la prestación se cuantifica con datos de 2022 y 2023 y la proyección para 2024 o años sucesivos, de la prohibición establecida, supondría una ultraactividad no prevista legalmente, constituyendo una nueva indeterminación que vulnera el principio de legalidad y taxatividad.

En efecto, las comisiones bancarias son libres, no se deben autorizar por el Banco de España, pues con carácter general sus importes se fijan libremente, debiendo publicar la información para poder comparar los cargos que efectúan las distintas entidades. No obstante, sí hay comisiones que están limitadas, como las de cancelación y amortización anticipada de un préstamo hipotecario o de un crédito al consumo y las comisiones que se pueden cargar en cuentas de pago básicas, reguladas en el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera.

Y obviamente, también son libres, o resultado de las condiciones del mercado, los intereses que se pagan y los que se cobran. Y los incrementos de costes para cualquier empresario, profesional o productor, antes o después tienen una repercusión en el precio de los productos o servicios que presta y en el ámbito bancario más necesario por las circunstancias de supervisión financiera. Limitarlos, o impedir su incremento para evitar que nos encontramos ante el supuesto de la infracción descrita, que difícilmente puede decirse tipificada, además del art. 25 CE, vulnera la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, pues la infracción puede equipararse a una infracción de peligro abstracto, por cualquier incremento de comisiones o intereses, sin que en concreto pueda relacionarse con la nueva y temporal prestación patrimonial, concreción que deberá acreditarse en el complejo procedimiento al que después se hace referencia.



En las Directrices sobre Concesión y Seguimiento de Préstamos (Informe Final: EBA/GL/2020/06, de 29 de mayo de 2020), de la Autoridad Europea de Banca, en el punto 6 rubricado Fijación de precios (<https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/credit-risk/guidelines-on-loan-origination-and-monitoring> y en la web del Banco de España <https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2019-05-ES.pdf>), el parágrafo 202 dice:

«202. Las entidades tendrán en cuenta, y reflejarán en los precios de sus préstamos, todos los costes pertinentes hasta la siguiente fecha de revisión del precio o vencimiento. Dichos costes incluirán:

a. el coste del capital (considerando tanto el capital regulatorio como el capital económico), que debe obtenerse a partir de la asignación del capital de acuerdo con los desgloses establecidos, p. ej., región geográfica, línea de negocio y producto;

b. el coste de la financiación, que debe ser acorde con las características fundamentales del préstamo, p. ej., su duración prevista, teniendo en cuenta no solo los términos contractuales sino también determinadas hipótesis conductuales, como el riesgo de amortización anticipada;

c. los costes de administración y explotación, que deben obtenerse a partir de la imputación de costes;

d. los costes asociados al riesgo crediticio, calculados para diferentes grupos de riesgo homogéneos teniendo en cuenta la experiencia histórica de reconocimiento de pérdidas derivadas del riesgo de crédito y, cuando proceda, utilizando modelos de cálculo de pérdidas esperadas;

e. cualquier otro coste real asociado al préstamo en cuestión, incluidas las consideraciones tributarias, cuando proceda;

f. la competencia y las condiciones predominantes en el mercado en determinados segmentos de préstamo y para productos de préstamo específicos».

En consecuencia, cualquier coste cierto vinculado a los préstamos, operación típica que devenga intereses, debe incluirse en la fijación de los mismos, incluidos los de tipo tributario y aunque formalmente se le niegue dicha condición —al calificarse como prestación patrimonial pública no tributaria—, ello no deja de constituir un coste. Lo contrario supone una limitación de beneficios, que contradice las exigencias de solvencia que deben supervisar los Bancos Centrales y Autoridades bancarias.



3.3.2. Inconstitucionalidad por retroactividad prohibida por el art. 9 CE

Otro problema que suscita la infracción es la vulneración del art. 9.3 CE, junto al art. 25.1) ya indicado, al permitir sancionar conductas producidas antes de su entrada en vigor. Como ya se ha dicho, para la obligación de 2023 se atiende a las comisiones e intereses de 2022. Pretender acreditar que en 2022 se ha producido un incremento, para relacionarlo con la traslación prohibida y constitutiva de infracción, es absolutamente inconstitucional, por no estar vigente la norma, y proyectar sus efectos retroactivamente está prohibido por la Constitución para las normas sancionadoras no favorables.

La quiebra del principio de seguridad jurídica, también en este punto es palmaria. De acuerdo con el art. 9.3 CE «La Constitución garantiza... la seguridad jurídica».

Como señaló Matías Cortés hace tiempo:

«... genera inseguridad el descuido del legislador que olvida que hay una dogmática con sus categorías jurídicas establecidas, cuya configuración, utilidad y efectos han sido acuñados, por la doctrina y la jurisprudencia y al olvidarlos, resta precisión y claridad a su mandato».

La conclusión es obvia: **la PL está aplicando una sanción a una conducta que en el momento de realizarse no estaba tipificada como infracción. La retroactividad penal *in malam partem* es manifiesta. Su inconstitucionalidad también.**

3.3.3. Inconstitucionalidad de la sanción por vulnerar el principio de proporcionalidad

Se califica la infracción como muy grave y se fija ya *ex lege* la sanción aplicable del 150 por ciento del importe repercutido. Para el hipotético caso de probarse la comisión de la infracción –harto difícil, por la dificultad de acreditar tanto su existencia como su cuantía– será la CNMC el órgano competente que deberá aplicar la sanción. Deben destacarse dos extremos: a) no se aplica el procedimiento sancionador tributario y b) la sanción no se sujeta a ningún criterio modulador, debiéndose proceder mecánicamente a la aplicación de la sanción legalmente fijada.

Así se margina el principio de proporcionalidad –a tenor del cual la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción–, desoyendo las directrices de la Jurisprudencia comunitaria. Téngase en cuenta que el principio –art. 49.3 Carta DFUE– recoge una larga tradición constitucional vigente en los Estados miembros de la UE, refrendada por la Jurisprudencia del TJUE.

El principio siempre lo tuvo en cuenta el Tribunal Constitucional, que en STC 179/2009, de 21 de junio (FJ 5) señaló que la vulneración del principio de proporcionalidad se produce «al



constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta».

Muy recientemente, el TC ha relajado sensiblemente las exigencias asociadas al principio de proporcionalidad. En la STC 74/2022, de 14 de junio, marginó el referido principio, en contra de lo que sobre ello piensa y ha reflejado con claridad el Tribunal Supremo. De forma especial en el Auto 2129/2021, de 25 de febrero (rec. 1481/2019. Ponente: F. J. Navarro Sanchís).

Tribunal Supremo que, a diferencia del TC, siempre ha manifestado mayor sensibilidad al referido principio. Ya en 2007 —STS de 13 de febrero de 2007; rec. N.º 1846/2002— concluyó que el respeto al principio de proporcionalidad que contiene el art. 178 LGT:

«no se cumple por el mero hecho de que la sanción impuesta se encuentre dentro de los límites que el precepto aplicado autorice. De modo que, la cuantía impuesta deberá justificarse dentro del amplio margen que el texto legal confiere a la autoridad sancionadora».

Circunstancia que, repetimos, no puede producirse en este caso, toda vez que la sanción ya viene fijada *ex lege*, sin conferir margen alguno de graduación al Juez competente para pronunciarse sobre su adecuación a Derecho.

Al respecto debe recordarse que por tibia que haya sido la respuesta que el Tribunal Constitucional esté dando últimamente a las exigencias del principio de proporcionalidad, estamos ante un principio que, como recuerda la STJUE de 8/3/22, asunto C-205/20) constituye:

«... un principio general del Derecho de la Unión que vincula a los Estados miembros cuando aplican este Derecho, incluido el caso de que no exista una armonización de la legislación de la Unión en el ámbito de las sanciones aplicables [véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de abril de 2017, Farkas, C-564/15, EU:C:2017:302, apartado 59, y de 27 de enero de 2022, Comisión/España (Obligación de información en materia tributaria), C-788/19, EU:C:2022:55, apartado 48]».

La aplicabilidad del principio, aun cuando no se aplique Derecho de la Unión, está hoy fuera de toda duda.

Además, cuando el art. 2.7, segundo párrafo, dispone que *«Esta infracción no tendrá carácter tributario y estará sometida al régimen administrativo sancionador general»*, **se está generando una evidente y criticable fragmentación del *ius puniendi* del Estado que acentúa la inseguridad jurídica en un ámbito que, como el sancionador, recaba justo lo contrario.**



4. El gravamen sobre entidades de crédito. Posible vulneración de los principios y normas de la UE

4.1. Ideas previas

A pesar de que la EM afirme reiteradamente que se trata de establecer una prestación patrimonial pública no tributaria, en los apartados anteriores hemos demostrado, creemos que suficientemente, que nos encontramos ante un impuesto directo, real, subjetivo y temporal que grava el margen bruto de explotación de la parte más importante de la actividad bancaria porque, como dijo la STC 63/2019, de 9 de mayo, que ya hemos citado, para calificar una categoría tributaria debemos atender a su configuración y régimen jurídico, y no al *nomen iuris* utilizado por el legislador.

La PL es muy parca a la hora de precisar quiénes son los sujetos obligados al pago del gravamen, pues se limita a decir que serán las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito. Nosotros ya hemos dicho y argumentado que a esto se debe añadir que **los obligados solo son las entidades residentes en España**.

Si esto es así, y parece que caben pocas dudas sobre ello, el gravamen que se pretende establecer puede vulnerar varios principios y normas de la UE. En particular, la prohibición de discriminar entre residentes de los distintos países de la Unión, y la prohibición de restringir los derechos fundamentales de la libertad de establecimiento, de la libre prestación de servicios y de la libertad de circulación de capitales. Ya podemos adelantar que tal vulneración existe, siempre a nuestro juicio, como argumentaremos con detalle a continuación.

Antes, sin embargo, resulta necesario hacer algunas precisiones.

La **primera precisión** es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que nos interesa examinar se refiere casi exclusivamente a supuestos en los que entran en juego los tributos, por lo que se plantea el problema de si ella puede ser aplicable al gravamen objeto de nuestro examen. En nuestra opinión, la contestación debe ser afirmativa por dos razones:

1. Según acabamos de señalar, y hemos demostrado cumplidamente en los apartados anteriores de este Informe, el gravamen que nos ocupa es un impuesto, a despecho de la denominación que utiliza la PL.



2. No sería obstáculo a lo que se acaba de indicar el hecho de considerar que el Gravamen controvertido no es un tributo, porque el TJUE utiliza este término en un sentido lato, entendiéndolo como tal todo tipo de prestaciones patrimoniales exigidas por los poderes públicos, incluso las que la normativa española denomina prestaciones tributarias accesorias (intereses y recargos) y también aquellos tratamientos que neutralizan total o parcialmente o alteran la cuantía del tributo (exenciones, bonificaciones, reducciones de la base imponible, deducciones de la cuota, compensación de pérdidas, etc.). Además de las sentencias que vamos a examinar en seguida, podemos mencionar ahora sobre el particular la sentencia de 25 de julio de 2018 (Asunto C-553/16, «*TTL*» *EOOD*) que toma en consideración, para determinar la posible existencia de una discriminación por razón de la residencia, la exigencia o no de intereses de demora, según los casos.

Y la **segunda precisión** tiene que ver con una circunstancia peculiar que se produce en nuestro caso.

En efecto, la delimitación del alcance y contenido de los principios y derechos de la UE que acabamos de mencionar ha sido realizada a través de una copiosa jurisprudencia del TJUE, de la que daremos cumplida referencia. Y la lectura de sus sentencias pone de relieve que casi todas se refieren a asuntos en los que se enjuiciaban normas de los Estados de la Unión que discriminaban positivamente a las personas y entidades residentes en ellos, de tal modo que los residentes en otros Estados miembros terminaban siendo de peor condición.

En nuestro caso sucede lo contrario puesto que, como hemos visto, el gravamen solo alcanza a las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito residentes en España, por lo que serán ellos los que se encontrarán en peor situación frente a las mismas entidades que operan en nuestro país, pero que tienen fijada su residencia en otro Estado miembro de la Unión.

Lo que señalamos no es nuevo. El TJUE también conoce supuestos en que los «perjudicados» son los residentes del Estado cuyas normas se enjuicia. Basta recordar el caso conocido de las reglas del Derecho español sobre la declaración de tenencia de bienes en el extranjero, reglas que fueron declaradas contrarias a las normas comunitarias por discriminar a los afectados por razón de su residencia por la sentencia de 27 de enero de 2022 (Asunto C- 788/19, *Comisión versus España*).

En definitiva, según nuestra opinión, esta circunstancia no entorpece nuestro trabajo puesto que **el objetivo que persiguen los principios y normas de la UE citadas es conseguir que todas las personas y entidades que residen y que desarrollan sus actividades en ella sean tratadas del mismo modo**, por lo que las disposiciones dictadas por un Estado miembro que discrimine por razón de la residencia no pueden ser aceptadas, cualesquiera que sean las personas o entidades discriminadas negativamente, sean residentes o no. En definitiva, creemos que el cuerpo de doctrina sentada por el TJUE al que vamos a referirnos a continuación es perfectamente aplicable a nuestro caso.



4.2. La prohibición de la discriminación entre residentes y no residentes

4.2.1. Planteamiento

En principio, los Tratados UE no prohíben expresamente la discriminación por razón de la residencia en los distintos Estados que la componen. Esta prohibición es, en realidad, una doctrina que deriva de sentencias reiteradas del TJUE, doctrina que, simplificando mucho la cuestión, se ha construido a partir de ciertas normas que sí se encuentran plasmadas en los Tratados:

1. La primera de ellas es la prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 21.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en lo sucesivo CDFUE). En innumerables sentencias, el TJUE ha señalado como hecho incontestable que los no residentes en un Estado de la UE no poseen habitualmente su nacionalidad, por lo que una discriminación por razón de la residencia termina por ser, en la inmensa mayoría de los casos, una discriminación por razón de la nacionalidad, lo que no es admisible. En este sentido, y por todas, puede verse la sentencia del TJUE de 25 de noviembre de 2021 (Asunto C-372/20, QY).
2. Y la segunda, que en realidad son varias, está constituida por las libertades comunitarias que, por el orden en que aparecen mencionadas en los artículos 63 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), y por lo que nos interesa, son las libertades de establecimiento, de prestación de servicios y de libertad de movimiento de capitales.

En este apartado examinaremos la primera de las prohibiciones, dejando las restantes para más adelante.

Aparte de la inexistencia de normas expresas que prohíban la discriminación de las personas físicas o jurídicas por su respectiva residencia, hay otra razón que explica que tal prohibición haya sido, en el ámbito de la UE, una construcción judicial. La razón estriba en el hecho de que, la tributación directa, naturaleza de la que participa el gravamen que nos ocupa como hemos demostrado más arriba, que es donde se pueden apreciar mayores discriminaciones de este tipo, y donde se utiliza como criterio de aplicación de los gravámenes el de la residencia efectiva, es competencia exclusiva de los Estados miembros, competencia que, por lo visto hasta ahora, no están dispuestos a ceder. Como resultado de ello se ha producido una «*armonización tributaria derivada*» jurisdiccional, distinta de la originaria, calificativo que, como sucede en buena parte de la imposición indirecta, solo puede reservarse a la que está prevista expresamente en los Tratados de la UE.

4.2.2. El derecho a la no discriminación

Como se acaba de señalar, el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad, establecido en el artículo 21. 2 de la CDFUE, en combinación con las libertades de establecimiento



(artículo 15 también de la Carta), y de circulación y de residencia (artículo 45 TFUE), es uno de los derechos fundamentales europeos más relevantes desde el punto de vista de la exigencia de prestaciones patrimoniales. Lo es porque ya se reflejaba en los Tratados de la UE y, por tanto, ya se aplicaba de forma habitual por el TJUE antes, incluso, de que la Carta fuera aprobada formalmente en el año 2000.

En particular, **el derecho a la libertad de circulación y de residencia de las personas (físicas y jurídicas) es uno de los pilares de la UE**. Este principio, al menos desde el punto de vista que nos ocupa, se descompone en tres derechos cuya vulneración puede plantearse sin problema alguno ante los Tribunales de justicia ordinarios, como por otra parte ya se ha hecho con frecuencia. Estos derechos son los siguientes:

- a) Las personas de los Estados miembros pueden desplazarse y fijar su residencia libremente por el territorio de la UE.
- b) No pueden establecerse discriminaciones entre las personas por razón de su nacionalidad.
- c) No pueden establecerse discriminaciones entre las personas de la UE por razón de su residencia.

Por otro lado, la libertad de circulación de las personas aparece íntimamente ligada, en la jurisprudencia comunitaria, a la libertad de circulación de capitales, cuestión ésta que será examinada más adelante, por lo que es frecuente su mención conjunta en las decisiones del TJUE.

Como era de prever, el TJUE se ha ocupado en múltiples ocasiones de la aplicación de estos preceptos del Tratado. Su doctrina sobre el particular, que no siempre ha sido clara y coincidente, se puede resumir del modo siguiente:

En **primer lugar**, y con carácter general, no son admisibles las diferencias en el régimen tributario que tengan como única razón de ser el lugar de residencia de las personas (físicas o jurídicas).

Son numerosísimas las sentencias en las que se mantiene esta postura, por lo que es imposible mencionarlas, incluso de modo telegráfico. De entre ellas, referidas todas a las personas jurídicas, y por no hacer interminable este Informe, podemos mencionar las siguientes dictadas a partir de 2015 (por tomar una fecha relativamente cercana):

1. En la sentencia de 10 de junio de 2015 (Asunto C-686/13, *XAB*) el Tribunal consideró ajustada al Derecho Comunitario la norma de un Estado miembro que eximía del impuesto sobre sociedades las plusvalías obtenidas de participaciones, y excluía de forma correlativa la deducción de las minusvalías generadas por dichos títulos, incluso si dichas minusvalías se debían a una pérdida derivada del tipo de cambio. El argumento fundamental esgrimido



fue que las inversiones en participaciones realizadas en un Estado miembro distinto del tomado en cuenta (Suecia) no eran tratadas de forma más desfavorable que las inversiones similares efectuadas en él.

2. La sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-593/14, *Masco Denmark ApS, Damixa ApS*) consideró contraria a las normas comunitarias la normativa de un Estado miembro que concedía a una sociedad residente una exención fiscal por los intereses abonados por una filial residente, en la medida en que esta última no hubiera podido deducir el gasto correspondiente debido a normas que limitan el derecho a la deducción de los intereses abonados en caso de subcapitalización, pero que excluye la exención que resultaría de la aplicación de su propia normativa relativa a la subcapitalización cuando la filial era residente en otro Estado miembro.
3. La sentencia de 20 de diciembre de 2017 (Asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16, *Deister Holding AG, anteriormente Traxx Investments NV y otro*) entendió que vulneraba el ordenamiento comunitario la normativa de un Estado miembro que, cuando poseen participaciones en una sociedad matriz no residente, personas que no tendrían derecho a la devolución o a la exención de la retención en origen si percibieran directamente los dividendos procedentes de una filial residente, negaba a esa sociedad matriz la exención del impuesto sobre los rendimientos del capital correspondiente al reparto de dividendos en caso de que se cumpliera al menos uno de los requisitos establecidos por dicha normativa.
4. En la sentencia de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-416/17, *Comisión versus Francia*) el Tribunal consideró que Francia había incumplido las normas comunitarias al decidir no tener en cuenta, a efectos del cálculo de la devolución de las retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario practicadas e ingresadas por una sociedad matriz residente en concepto de distribución de los dividendos pagados por una subfilial no residente por mediación de una filial asimismo no residente, la tributación de los beneficios subyacentes a tales dividendos a la que hubiera estado sometida dicha subfilial no residente en el Estado miembro en el que está establecida, siendo así que, al mismo tiempo, el mecanismo nacional para evitar la doble imposición económica permite, en el caso de una cadena de participaciones puramente interna, neutralizar la tributación a la que hubieran estado sometidos los dividendos distribuidos por una sociedad en cada escalón de la referida cadena de participaciones.
5. La sentencia de 26 de febrero de 2019 (Asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, *N Luxembourg 1 y otros*) es muy compleja y en ella el Tribunal dio contestación a las numerosas cuestiones planteadas pero, por lo que nos interesa, declaró contraria a las normas comunitarias la normativa nacional que exigía a la sociedad residente obligada a practicar una retención en la fuente sobre los intereses satisfechos por ella a una sociedad no residente, el pago de unos intereses de demora, en caso de ingreso fuera de plazo de esa retención, calculados a un tipo más elevado que el aplicable en caso de retraso en el pago del impuesto sobre sociedades que grava, en particular, los intereses percibidos por una sociedad residente de otra sociedad residente.



Como es fácilmente observable, en este caso, el TJUE también tomó como elemento para enjuiciar la discriminación por razón de la residencia la exigencia o no de intereses de demora, al igual que se decidió en la sentencia de 25 de julio de 2018, citada más arriba.

6. En la sentencia de 20 de enero de 2021 (Asunto C-484/19, *Lexel AB*) se declaró que vulneraba el Derecho de la Unión la normativa nacional conforme a la cual una sociedad establecida en un Estado miembro no estaba autorizada a deducir los intereses abonados a una sociedad perteneciente al mismo grupo, establecida en otro Estado miembro, debido a que la obligación contractual que las vinculaba parecía haber sido contraída principalmente con el objetivo de obtener una ventaja fiscal significativa, mientras que no se habría considerado que existía dicha ventaja fiscal si las dos sociedades hubieran estado establecidas en el primer Estado miembro, dado que en tal caso las disposiciones relativas a las transferencias financieras entre sociedades del grupo les habrían resultado aplicables.

Y en **segundo término** debe destacarse que, según el TJUE, la discriminación entre las sociedades residentes y no residentes no puede justificarse ni en el peligro de evasión fiscal (sentencias, entre otras, de 12 de abril de 1994 -Asunto C-1/93, *Hallinburton Services*; y de 28 de octubre de 2010 (Asunto C 72/09, *Établissements Rimbaud SA*); ni la persecución de una ventaja fiscal (como se acaba de ver en la sentencia de 20 de enero de 2021), ni la ausencia de armonización fiscal (sentencias de 14 de febrero y 11 de agosto de 1995, *Schumacker y Wielockx*); ni en las dificultades de recaudación de los impuestos (sentencia de 16 de mayo de 2000, *Patrick Zurstrassen*); ni la existencia o no de un Acuerdo de asistencia mutua en materia administrativa y de recaudación (sentencia de 10 de febrero de 2011, Asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH*, y *Österreichische Salinen AG*).



4.2.3. Análisis de la doctrina del TJUE sobre la cuestión

Para determinar la existencia o no de una discriminación por razón de la residencia de los obligados al pago de prestaciones patrimoniales, tributarias en sentido estricto o no, el TJUE sigue en la práctica totalidad de los casos un proceso de indagación cuyo examen puede ser importante para la aplicación de su doctrina al gravamen que nos ocupa.

Este proceso se puede observar con claridad en la conocida sentencia de 3 de septiembre de 2014 (Asunto C-127/12, *Comisión versus España*) en la que se declaró contraria a las normas comunitarias la regulación entonces vigente de nuestro Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) por discriminar entre los residentes en nuestro país y los residentes en otro Estado miembro de la UE. El Tribunal, en su fallo, declaró que:

«... el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en

España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste».

Para llegar a este resultado, el Tribunal siguió un *iter* lógico que ya había sido ampliamente utilizado en sentencias anteriores.

En **primer lugar**, el Tribunal se preguntó si la norma controvertida podía enjuiciarse desde el respeto a las libertades comunitarias.

Esta cuestión, a su vez, se observó desde dos perspectivas sucesivas:

1. La primera de ellas es si se podía aplicar al gravamen de las adquisiciones gratuitas las normas relativas a la libre circulación de capitales.

Sobre esto, el Tribunal advirtió que ya había contestado afirmativamente en la sentencia de 19 de julio de 2012 (Asunto C 31/11, *Scheunemann*) (apartados 22 y 30), que, a su vez, se hacía eco de las sentencias de 11 de septiembre de 2008 (dos), (Asunto C-11/07, *Eckelkamp y otros*, y Asunto C-43/07, *Arens-Sikken*); de 15 de octubre de 2009 (Asunto C-35/08, *Busley y Cibrián Fernández*), y de 10 de febrero de 2011 (Asunto C-25/10, *Missionswerk Werner Heukelbach*). Y añadió (apartado 52) que tal conclusión derivaba del valor indicativo de la nomenclatura que constituye el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado [artículo derogado por el Tratado de Ámsterdam], **nomenclatura que, por su importancia para nuestro caso, será estudiada con detalle más adelante.**

2. Y la **segunda** de las perspectivas es determinar si una diferencia de trato fiscal en la imposición sobre las adquisiciones gratuitas entre los residentes y no residentes en un Estado miembro puede suponer, al menos en principio, una discriminación entre ambos tipos de contribuyentes: para el Tribunal no hay duda de que ello es así, de tal manera que en la sentencia que comentamos se puede leer:

«57. Es oportuno recordar que constituyen restricciones de los movimientos de capitales las medidas nacionales que causan una disminución del valor de la herencia o de la donación de un residente de un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se grava la sucesión o la donación, o de un residente de un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se encuentran los bienes afectados y que grava la sucesión o la donación de éstos (véanse, en este sentido, en materia de sucesión, las sentencias Jäger, C-256/06, EU:C:2008:20, apartado 31, y Welte, EU:C:2013:662, apartado 23, y jurisprudencia citada, y, en materia de donación, la sentencia Mattner, EU:C:2010:216, apartado 26)».

Mutatis mutandis, esta conclusión se puede aplicar al gravamen que nos ocupa **por la sencilla razón de que su exigencia producirá en las entidades de crédito residentes en España**



unas menores rentas derivadas del ejercicio de su actividad frente a las que obtendrán las entidades no residentes competidoras, ya que, de un lado, parte de sus ingresos se verán disminuidos por el importe del propio gravamen, que según requiere la PL no puede ser repercutido a terceros y, por otro lado, el gravamen mismo no podrá ser tomado en consideración como gasto en el Impuesto sobre Sociedades.

Una vez despejado lo anterior, el Tribunal estudió, en **segundo término**, si la situación de los residentes y no residentes era equiparable, de tal manera que una discriminación de trato en el ISD sería inadmisibles. En esta cuestión el TJUE utilizó el mismo modo de argumentación que nuestro TC que, cuando ha aplicado el principio de igualdad previsto en el artículo 9 de la CE, ha señalado de forma reiterada que debe tratarse de manera igual a los iguales y de modo desigual a los desiguales.

Esta cuestión ya había sido abordada en la sentencia de 17 de octubre de 2013 (Asunto C-181/12, *Yvon Welte*). En este caso, el gobierno alemán argumentó que la situación de los residentes y no residentes en el ISD era distinta porque los primeros estaban sujetos por obligación personal (esto es, por todos los bienes que se hereden o se reciban en donación), mientras que los segundos lo estaban por obligación real (esto es, solo por los bienes situados en su territorio). El TJUE aceptó que, en principio, la situación de los residentes y no residentes puede justificar una diferencia de trato por encontrarse en situaciones diferentes, pero no lo admitió en el caso planteado porque solo se heredaba un inmueble, por lo que los residentes y los no residentes se encontraban en la misma situación.

En la sentencia de 3 de septiembre de 2014, que es la examinada, la doctrina del Tribunal fue incluso de aplicación mucho más amplia porque no se vincula al supuesto concreto de la adquisición de un solo inmueble. A este respecto señaló lo siguiente:

*«66... la posibilidad de que en virtud de la legislación estatal se dé un trato diferente a los sujetos pasivos en función de su residencia, aun cuando se encuentren en una situación comparable, **puede bastar para tipificar una restricción de la libre circulación de capitales**».*

Y añadió:

*«77... la normativa discutida considera en principio a los herederos o los donatarios, sean residentes o no residentes, como sujetos pasivos a efectos de la percepción del impuesto de sucesiones y donaciones sobre los bienes inmuebles situados en España. Por tanto, **no existe ninguna diferencia entre la situación objetiva de un residente y la de un no residente que pueda sustentar una diferencia de trato** (véase, en este sentido, la sentencia *Schumacker*, EU:C:1995: 31, apartado 37)».*

No nos cabe la menor duda de que esta doctrina resulta perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, por muy distintos que sean el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el



gravamen sobre entidades de crédito. En ambos supuestos, no existe diferencia objetiva alguna entre los obligados al pago, las entidades residentes en España, y los no obligados, que son las no residentes. Por lo que nos atañe, **nos encontramos siempre con entidades que realizan la misma actividad, que reciben por ello rentas de igual naturaleza y que se encuentran además sometidas a un mismo régimen de funcionamiento.**

Y, **en tercer y último lugar**, el TJUE examinó si era posible esgrimir alguna razón de interés general que justificase la discriminación en el ISD a pesar de que se hubieran superado los filtros anteriores, como puede ser el respeto a una distribución de las potestades tributarias de los Estados implicados, la coherencia del sistema tributario de alguno de ellos, la lucha contra el fraude fiscal o la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales.

Este extremo ya había sido estudiado en la sentencia de 15 de septiembre de 2011 (Asunto C132/10, *Halley*). Se trataba de un supuesto en el que se enjuiciaba el plazo de prescripción para valorar unas acciones adquiridas por vía hereditaria. Según el Derecho belga, cuando las acciones fueran de una sociedad residente en este país, la Administración tributaria tenía dos años para valorarlas, mientras que en el supuesto de acciones de una sociedad cuya dirección efectiva estuviera establecida fuera del territorio belga, el plazo anterior se prolongaba hasta los diez años.

La Administración tributaria belga alegó que la diferencia de trato entre uno y otro supuesto tenía su fundamento en la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar contra el fraude fiscal.

El TJUE, aceptando en principio que estas razones pueden ser válidas para establecer diferencias de trato entre los residentes y los no residentes (apartado 30), consideró que una restricción a la libre circulación de capitales solo puede aceptarse si es idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue, sin poder ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (apartado 31). En esta sentencia, el TJUE hizo un análisis detenido del supuesto concreto que se planteaba para finalizar negando que hubiera un motivo válido que sustentara la discriminación entre residentes y no residentes.

Por su parte, en la sentencia referida a nuestro ordenamiento (3 de septiembre de 2014), el Tribunal fue mucho más lacónico y tajante, pues se limitó a señalar lo siguiente:

*«83... se ha de observar que el Reino de España se limita a destacar una diferencia de situación entre los Estados miembros y los Estados terceros partes en el EEE en lo concerniente al intercambio de información para la verificación de las liquidaciones y la recaudación del impuesto. Aun suponiendo que ese Estado miembro invoque la prosecución del objetivo legítimo de garantizar la eficacia de los controles fiscales y la lucha contra la elusión fiscal, **es preciso constatar que no ha demostrado de qué forma la falta de un acuerdo de asistencia mutua podría justificar una legislación como la discutida en el presente litigio**».*



También sobre este extremo, importante en nuestro caso, nos detendremos más adelante.

En definitiva, solo después (1) de considerar que una norma que impone una prestación patrimonial tributaria o no puede suponer una limitación de las libertades comunitarias, (2) de que la situación de los residentes y no residentes es equiparable, y (3) de que no existe una razón de interés general que enerve los dos primeros filtros, el TJUE siempre ha llegado a la conclusión de que una norma interna que trata de manera distinta a los residentes y no residentes en un Estado miembro resulta contraria a las normas de la UE.

Si aplicamos este mismo sistema de razonamiento al caso que nos ocupa, las **conclusiones** no pueden ser otras que las siguientes:

1. El gravamen previsto para las entidades de crédito supone una limitación a las libertades comunitarias. Profundizaremos sobre esto más adelante.
2. La situación de las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito residentes en España y de las entidades homólogas residentes en otro Estado de la UE son equiparables.
3. No parece existir una razón de interés general que justifique la diferencia de trato entre las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito residentes en España y las entidades homólogas residentes en otro Estado de la UE. También nos referiremos a ello después.

En definitiva, **el gravamen sobre las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que, como hemos defendido más arriba no es más (ni menos) que un impuesto directo sobre determinados ingresos, vulnera las normas de la Unión Europea porque trata de manera diferente a tales entidades únicamente por razón de su residencia.**

4.3. La vulneración de las libertades fundamentales de la UE

4.3.1. Planteamiento

El poder tributario de los Estados miembros se encuentra limitado por la normativa de la UE.

A este respecto, lo primero que debemos señalar es que, como ya hemos apuntado, los límites derivan no solo de las normas escritas, tanto primarias como secundarias, sino también de las reglas que es posible extraer de la **jurisprudencia del TJUE** que, en nuestro ámbito y como ya hemos señalado, ha llevado a cabo una auténtica **«armonización tributaria secundaria»**.

Entre los límites al poder tributario impuestos por la UE destacan los que derivan de la necesidad de respetar las libertades que establece el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que, como es sabido, son las siguientes:



1. Libertad de circulación de mercancías (artículos 28 y siguientes).
2. Libertad de circulación de personas (artículos 45 y siguientes).
3. Libertad de establecimiento (artículos 49 y siguientes).
4. Libertad de prestación de servicios (artículos 56 y siguientes).
5. Libertad de movimiento de capitales (artículos 63 y siguientes).

Estas libertades y su alcance han sido precisadas en multitud de sentencias del TJUE y, aunque las más importantes (evidentemente a mi modo de ver) serán examinadas en las líneas que siguen, podemos adelantar que, en términos generales, su doctrina se puede resumir del modo siguiente:

- a) Los tributos no pueden establecer discriminaciones por razón de la nacionalidad de los sujetos pasivos, sobre todo en materia de beneficios fiscales. Es cierto que la normativa de los sistemas tributarios modernos no toma en cuenta el criterio de nacionalidad, sino el de residencia o el del lugar de realización de las actividades, pero debe tenerse en cuenta que, como también hemos destacado, los no residentes son, en la mayor parte de los supuestos, no nacionales, por lo que si los beneficios fiscales se reservan solo a los residentes se produce también una discriminación por razón de la nacionalidad, aunque sea de forma indirecta.
- b) No son admisibles los tributos que restrinjan las libertades del TFUE, salvo que las restricciones cumplan estos requisitos:
 - Deben ser aplicadas de forma no discriminatoria.
 - Deben estar justificadas por exigencias imperativas derivadas del interés general.
 - Deben ser adecuadas para la consecución del fin que persiguen.
 - No deben ir más allá de lo necesario para ello, esto es, deben ser proporcionadas.

Como vamos a ver con cierto detalle, las libertades a que acabamos de aludir no se aplican de forma autónoma o independiente. Es muy frecuente que, ante una determinada norma tributaria de un Estado miembro, el TJUE se refiera simultáneamente a varias de ellas. Esto nos ha obligado, en no pocas ocasiones, a examinar las decisiones del Tribunal al analizar la libertad en la que hacía mayor hincapié, siempre bajo nuestro punto de vista, que no tiene por qué ser compartido. Por ello los errores de juicio que se cometan en este particular son de nuestra exclusiva responsabilidad.



Hay que señalar, para terminar esta pequeña introducción, que de las libertades citadas solo examinaremos las que pueden tener incidencia en nuestro ámbito de estudio, esto es, las libertades de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de capitales, y también que serán examinadas en el orden en que aparecen recogidas en el TFUE.

4.3.2. La libertad de establecimiento

Como se acaba de indicar, la libertad de establecimiento se encuentra reconocida en los artículos 49 y ss. del TFUE. En realidad, estos artículos formulan el derecho en sentido negativo, *primero*, estableciendo la regla general de prohibir cualquier restricción a la libertad de establecimiento; *después*, regulando cómo se hace efectiva tal libertad y, *por último*, permitiendo ciertas restricciones al derecho en determinadas circunstancias.

Del párrafo segundo del artículo 49 podemos extraer una definición de este derecho. Así, la libertad de establecimiento consiste en la posibilidad incondicionada que tienen los ciudadanos de la UE para poder llevar a cabo, en cualquier Estado miembro, actividades no asalariadas, constituir y gestionar empresas y, en especial, constituir sociedades.

El TJUE se ha ocupado en multitud de ocasiones de la libertad de establecimiento, reiterando tanto la regla general de prohibir las trabas al libre ejercicio de actividades económicas o profesionales, como fijando las causas por las cuales este derecho puede ser objeto de limitaciones. Por no hacer interminable la cita, podemos mencionar algunas sentencias dictadas en fechas algo distantes entre sí para mostrar que la postura del Tribunal ha sido y es constante.

Sobre el primer aspecto (**la prohibición de cualquier restricción a la libertad de establecimiento**) en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 (Asuntos acumulados C-159/12 a C-161/12, *Alessandra Venturini y ASL Varese*) se puede leer lo siguiente:

«30. Según reiterada jurisprudencia, constituye una restricción en el sentido del artículo 49 TFUE toda medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, **pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión Europea, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado** (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de octubre de 2004, *Comisión/Países Bajos*, C-299/02, Rec. p. I-9761, apartado 15, y de 21 de abril de 2005, *Comisión/Grecia*, C-140/03, Rec. p. I-3177, apartado 27)».

Y en la sentencia de 6 de octubre de 2020 (Asunto C-66/18, *Comisión versus Hungría*) se dice:

«67. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que **prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad** (sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Comisión/Portugal*, C-38/10, EU:C:2012:521, apartado 26)».



Y por lo que se refiere a las **limitaciones o excepciones a la libertad de establecimiento** podemos mencionar la **sentencia de 5 de diciembre de 2013** que acabamos de citar, en la que se lee:

*«Según reiterada jurisprudencia, **las restricciones a la libertad de establecimiento, que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad, pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencias de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, apartado 44, y de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171, apartado 25)».***

Y también la **sentencia de 4 de julio de 2018 (Asunto C-28/17, NN A/S)** en la que se dice:

*«18. Para que la legislación de un Estado miembro constituya un obstáculo a la libertad de establecimiento de las sociedades, es preciso que de ella resulte una diferencia de trato en detrimento de las sociedades que ejercen esta libertad, que la diferencia de trato afecte a situaciones objetivamente comparables y **que no esté justificada por una razón imperiosa de interés general o no sea proporcionada respecto a ese objetivo** (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de febrero de 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, apartado 20)».*

Por lo que afecta al objeto del presente Informe, la cuestión es determinar si el gravamen previsto sobre las entidades de crédito puede llegar a colisionar con la libertad de establecimiento prevista en TFUE. **La contestación debe ser inequívocamente afirmativa** porque sobre ello ya se ha pronunciado el TJUE.

En **primer lugar**, porque, como hemos señalado más arriba, **las libertades explicitadas en el TFUE se deben aplicar en una doble dirección, esto es, no solo impiden el trato discriminatorio de las entidades con residencia en un Estado distinto de la Unión del que establece una limitación, sino que también protegen a las entidades con residencia en el propio Estado limitador.**

Por lo que afecta a **la libertad de establecimiento** podemos citar, en este sentido, la STJUE de 12 de junio de 2018 (Asunto C- 650/16, A/S Bevola y otro), en cuyo apartado 16 se puede leer lo siguiente:

*«16. Si bien las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libertad de establecimiento tienen por objeto, según su tenor, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, también **se oponen a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación** (sentencia de 23 de noviembre de 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, apartado 24)».*



Y en **segundo término** porque el TJUE también se ha pronunciado sobre **el efecto que puede tener una prestación patrimonial en la libertad de establecimiento**.

En efecto, en la sentencia de 3 de marzo de 2020 (Asunto C-75-18, *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt*) se sienta una **doctrina que resulta perfectamente aplicable a nuestro caso (apartados 42 y 43)**, doctrina que se puede sintetizar así:

1. Son contrarias a la libertad de establecimiento no solo las discriminaciones manifiestas basadas en el domicilio social de las sociedades, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado, esto es, a tratar de manera diferente a las empresas residentes y a las no residentes.
2. Una exacción obligatoria se puede considerar, en general, como un criterio de carácter objetivo que no guarda relación con la residencia de los obligados a satisfacerla y que, por tanto, no vulnera el ordenamiento comunitario.
3. Ahora bien, tal exacción obligatoria se convierte en una discriminación indirecta basada en el lugar del domicilio social de las sociedades, y por tanto prohibida por el ordenamiento comunitario, si de sus características se deduce que perjudica, en la mayor parte de los casos, a las sociedades no residentes que se hallen en una situación comparable a aquellas que tienen su domicilio social en el Estado miembro que ha establecido tal exacción.

Hay que destacar, además, que esta doctrina no supone una novedad, porque la misma sentencia citada menciona otras anteriores que se manifestaron en el mismo sentido, como de la de 25 de febrero de 2010 (Asunto C-337/08, *X Holding*).

En conclusión, **el gravamen sobre las entidades de crédito conlleva, al menos en línea de principio, una discriminación indirecta por razón de la residencia de las entidades afectadas, lo que supone una vulneración de la libertad de establecimiento**.

Esta conclusión se refuerza con el hecho de que, como ya hemos dicho más arriba, **el gravamen en cuestión no es aplicable a los establecimientos permanentes de las entidades de crédito con residencia en otros Estados miembros de la Unión que operan en España**.

Y podemos dejar nuestro discurso aquí, a la espera de examinar más adelante, con mayor detalle, los supuestos en los que las limitaciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas, siempre, evidentemente, en relación con nuestro objeto directo de examen.

4.3.3. La libertad de prestación de servicios

A la libertad de servicios se refieren, como ya hemos apuntado, los artículos 56 y ss. del TFUE, que entiende por tal (artículo 57) las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una



remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Puede parecer que esta libertad se confunde con la de libertad de establecimiento, sobre todo si atendemos la relación que, a título de ejemplo, se contiene en el párrafo segundo del artículo 57 del TFUE (donde se mencionan expresamente las actividades de carácter industrial, las de carácter mercantil, las artesanales, y las propias de las profesiones liberales), pero, en nuestra opinión, hay una diferencia importante entre ambas. Así, mientras que la libertad de establecimiento se refiere al ejercicio de una actividad económica o profesional con un desplazamiento efectivo del empresario o profesional al Estado donde se pretende ejercer aquella, la libertad de prestación de servicios se refiere a la realización de un ejercicio de una actividad económica sin necesidad de desplazamiento de un Estado miembro a otro. Dicho de otro modo, la libertad de establecimiento permite que cualquier persona física o jurídica pueda instalarse en un Estado miembro de la UE para ejercer cualquier tipo de actividad económica, mientras que la libertad de prestación de servicios implica que una persona física o jurídica pueda desarrollar sin trabas una actividad desde su lugar de residencia dirigida a clientes situados en cualquier Estado miembro de la UE.

Por otro lado, la diferencia entre las dos libertades (de establecimiento y de prestación de servicios) tiene gran relevancia para nuestro objeto de estudio porque bajo la última se exige que cualquier entidad de crédito pueda realizar su actividad en España en igualdad de condiciones cualquiera que fuera el Estado de la Unión en donde tuviera fijado su lugar de residencia.

Otra peculiaridad que debemos resaltar es que la libertad de establecimiento se aplica también a las entidades que residan en los Estados incluidos en el Espacio Económico Europeo (artículo 31 del Acuerdo), hecho que tiene una especial importancia en nuestro caso si tenemos en cuenta que dentro de tal espacio se encuentra Suiza, cuya relevancia en el sector financiero no necesita ser demostrada por ser evidente.

Por lo que se refiere a esta libertad, y también por poner de relieve que la postura del TJUE no ha variado, podemos citar dos sentencias dictadas en un lapso dilatado.

La primera es la sentencia de 23 de enero de 2014 (Asunto C-296/12, *Comisión versus Bélgica*) en la que se indicó (apartado 29):

«Procede señalar también que desde la perspectiva de un mercado único y para permitir alcanzar sus objetivos, el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro (véanse las sentencias Comisión/Dinamarca, antes citada, apartado 38, y de 6 de junio de 2013, Comisión/Bélgica, C-383/10, apartado 42)».



Y la segunda es la sentencia de 6 de mayo de 2021 (Asunto C-142/20, *Analisi G. Caracciolo Srl*) donde se lee:

«47... el artículo 56 TFUE no solo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también **suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque esa restricción se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios similares** (sentencia de 11 de diciembre de 2019, *TV Play Baltic*, C-87/19, EU:C:2019:1063, apartado 35 y jurisprudencia citada)».

También en este extremo, **la doctrina del Tribunal europeo tiene relevancia para nuestro objeto de estudio puesto que la libertad de prestación de servicios juega, como la anterior, en la doble dirección de impedir las limitaciones para las entidades residentes y para las no residentes**, como se acaba de ver en el apartado transcrito.

También sobre esta libertad podemos mencionar dos sentencias del TJUE que pueden servirnos para precisar su alcance en el ámbito de las prestaciones patrimoniales, en ambos casos tributarias, aunque de distinta naturaleza.

La **primera** es la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Asunto C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri versus Regione Sardegna*), sentencia que puede ser considerada como un *leading case*, lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de estar dictada en Gran Sala, esto es, con la intervención de 15 jueces.

La sentencia tuvo por objeto enjuiciar un impuesto establecido por la Región de Cerdeña sobre las escalas turísticas de las aeronaves utilizadas para el transporte privado de personas y de las embarcaciones de recreo, impuesto que se exigía solo a los operadores que tuvieran su domicilio fiscal fuera del territorio regional.

La **doctrina del Tribunal**, que ya podemos adelantar que consideró el impuesto como contrario a la libertad de prestación de servicios, puede ser resumida del modo siguiente:

1. Si bien los Tratados solo mencionan la libertad de prestación de servicios activa (esto es, solo se refieren expresamente a quien los presta), tal libertad debe extenderse a los destinatarios de los servicios y, en particular, debe reconocerse a los turistas la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, en el que se encuentra el prestador, para obtener sus servicios, como fue el caso (apartado 25).
2. Es evidente que el tributo establecido tiene como consecuencia encarecer los servicios de todos los sujetos pasivos del impuesto que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional o que están domiciliados en otros Estados miembros, en comparación con los



prestados por los operadores establecidos en dicho territorio, lo que crea una ventaja para estos (apartados 31 y 32).

3. La Región de Cerdeña alegó que, mientras sus residentes contribuyen con sus impuestos a cubrir sus necesidades, entre ellas la preservación del medio ambiente, los no residentes no lo hacen por lo que su situación es diferente y esta diferencia de situación justificaba el tributo.

El Tribunal contestó a este argumento señalando que ningún elemento de los autos permitiría declarar que los residentes y los no residentes no se encuentran en una situación objetivamente comparable a efectos del impuesto regional sobre las escalas. Por lo tanto, la normativa fiscal de que se trataba en el litigio principal constituía una restricción de la libre prestación de servicios en la medida en que se exigía únicamente a los operadores que explotan aeronaves destinadas al transporte privado de personas y embarcaciones de recreo y que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional, sin someter a los operadores establecidos en dicho territorio al mismo impuesto (apartado 39).

4. Tampoco podía considerarse que existían razones de interés general que justificasen la limitación de la libertad de prestación de servicios, como podría ser la protección del medio ambiente (¡de nuevo!), porque aun admitiendo que las aeronaves privadas y embarcaciones de recreo que hacen escala en Cerdeña fueran una fuente de contaminación, ésta se producía independientemente de la procedencia de tales aeronaves y embarcaciones y, en particular, no guardaba relación alguna con el domicilio fiscal de sus operadores. También las aeronaves y embarcaciones de los residentes contribuyen al menoscabo del medio ambiente en igual medida que las de los no residentes (apartado 44).

La importancia que tiene esta sentencia para el caso que nos ocupa es doble:

- a) Por un lado, la diferencia de trato entre los residentes y no residentes solo puede llegar a justificarse cuando su situación respecto de la prestación de unos determinados servicios sea objetivamente distinta, y es evidente que las entidades de crédito sean o no residentes en España, realizan exactamente la misma actividad y todas ellas tienen por ello los mismos ingresos, esto es, comisiones e intereses. Exigir a las residentes el gravamen que nos ocupa y no hacerlo a las no residentes supone, a nuestro modo de ver, una clara vulneración de la libertad de prestación de servicios.
- b) Y, por otra parte, la posible finalidad *extrafiscal* de los tributos puede que no sea suficiente para «*eximir*» a un gravamen de la aplicación de las libertades reconocidas en el ordenamiento de la UE. Volveremos sobre esto más adelante.

Y la **segunda sentencia** que vamos a citar es la de 25 de julio de 2018 (Asunto C-553/16, «*TTL*» *EOOD*), que ya hemos mencionado más arriba. Los datos de hecho relevantes fueron los siguientes:



1. La sentencia tuvo por objeto examinar si vulneraba o no la libertad de prestación de servicios el diferente trato que recibían las empresas que suministraban productos a una sociedad búlgara según aquellas fueran o no residentes en Bulgaria.
2. Las empresas no residentes en Bulgaria entendieron que sus retribuciones no estaban sujetas a tributación en este país por aplicación de los Convenios suscritos para evitar la doble imposición, y presentaron los documentos exigidos para probar su aplicabilidad uno a cuatro años después de que la empresa búlgara pagara sus servicios sin practicar retención alguna.
3. La Administración tributaria búlgara consideró que, a pesar de que procedía aplicar los Convenios en cuestión, eran exigibles intereses de demora por la presentación tardía de la documentación requerida.
4. El Tribunal de casación búlgaro planteó la cuestión prejudicial por entender que no existía en su ordenamiento ninguna norma que estableciera que, cuando no se cumpliera la obligación legal de aportar la prueba de la existencia de un derecho, se debieran abonar intereses sobre un impuesto que no había que pagar.

Planteada así la cuestión, la decisión del TJUE puede resumirse así:

1. Una restricción de la libre prestación de servicios solo puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado de FUE y está justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo necesario para alcanzarlo.
2. La normativa en la que se establece una sanción en forma de intereses no recuperables no garantiza que se alcancen los objetivos de eficacia de los controles fiscales en situaciones transfronterizas porque no existe relación entre el importe de los intereses exigidos, por un lado, y el importe del impuesto debido, que es inexistente, o la gravedad del retraso en la presentación de los documentos a las autoridades tributarias, por otro lado.

En consecuencia, declaró contrarias a la normativa europea las normas búlgaras y la actuación de su administración tributaria.

La enseñanza que podemos extraer de aquí para nuestro objeto de examen es que **la libertad de prestación de servicios puede ser vulnerada por la exigencia de una prestación patrimonial únicamente a las entidades de crédito residentes en España.**



4.3.4. La libertad de movimiento de capitales

Los artículos 63 y ss. del TFUE prohíben las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros de la UE y, como ha puesto de relieve la doctrina, uno de los mayores obstáculos a tal libertad de movimientos puede derivar, precisamente, de la exigencia de gravámenes.

Ahora bien, el mismo Tratado, en el artículo 65.1, admite como excepción a dicha prohibición las normas fiscales que discriminen por razón de la residencia. Dicho de otro modo, los Estados miembros se han reservado el derecho a seguir aplicando preceptos tributarios que diferencien entre los residentes y los no residentes, si bien esta reserva de soberanía fiscal (como ha sido denominada en ocasiones) no es absoluta, en modo tal que, como dice el propio artículo 65, en su número 3, las disposiciones que pueden dictarse sobre el particular

«... no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos...».

La libre circulación de capitales se configura por la jurisprudencia comunitaria como una cláusula residual que opera en defecto de otra libertad más específica, y tiene la peculiaridad de que también se aplica en operaciones con países terceros, siempre que, en este caso, estemos en presencia de un Convenio internacional que garantice el intercambio de información tributaria. El carácter residual de este derecho deriva de la amplitud del concepto de *«libre circulación de capitales»*, puesto que basta, por ejemplo, la existencia de una donación transfronteriza, o la adquisición de bienes en un Estado miembro distinto del de residencia para que concurra dicha libertad. En definitiva, siempre que nos encontremos ante un supuesto de aplicación de otra libertad más específica (de residencia, de establecimiento o de prestación de servicios) subyacerá también, casi con toda seguridad, la libre circulación de capitales. Sobre el particular, pueden citarse las SSTJUE de 7 de septiembre de 2017 (Asunto C-6/16, *Eqiom SAS, anteriormente Holcim France SAS, y otro*), y de 20 de diciembre, también de 2017 (Asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16, *Deister Holding AG, anteriormente Traxx Investments NV y otro*).

Esta circunstancia, junto con el hecho de que sea necesario aplicar de forma conjunta los artículos 63 y 65 del TFUE, es lo que posiblemente explica que, de todas las libertades que han sido examinadas a lo largo de estas líneas, sea precisamente la libertad de capitales la que haya provocado una mayor atención del TJUE. Así, las discriminaciones tributarias entre los residentes y no residentes de un determinado Estado miembro normalmente han sido examinadas por el Tribunal desde la perspectiva de la interdicción de la libre circulación de capitales, unas veces aludiendo a ella de manera exclusiva, y otras veces haciendo también referencia a alguna de las otras libertades que hemos mencionado.

Para nuestro objeto de estudio tiene interés el examen de dos cuestiones: de un lado, precisar qué se entiende por circulación de capitales; y por otro, qué se entiende por restricciones o limitaciones a la libertad de circulación de capitales.



Por lo que se refiere a la **primera cuestión**, el TJUE ha puesto de relieve que los Tratados no definen qué se debe entender por circulación o movimiento de capitales. Por todas, podemos citar la sentencia de 7 de noviembre de 2013 (Asunto C-322/11, *K*). Por ello, es posible remitirse a la nomenclatura que figura en el Anexo 1 de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado CEE (hoy 63 TFUE), con la precisión de que tal nomenclatura solo tiene carácter indicativo, como expresamente se indica en el párrafo tercero del Anexo, y que no puede ser interpretada de modo restrictivo (apartado 20 de la sentencia).

En el Anexo en cuestión, y por lo que nos interesa, se dice (párrafo segundo) que los movimientos de capitales abarcan, entre otras muchas operaciones, las siguientes:

1. El conjunto de las operaciones necesarias para efectuar los movimientos de capitales: terminación y ejecución de la transacción y transferencias correspondientes a ella.
2. El acceso del operador a todas las técnicas financieras disponibles en el mercado solicitado para realizar la operación, con mención expresa a la adquisición de títulos y otros instrumentos financieros a través de todas las técnicas de negociación disponibles, las operaciones en cuenta corriente y de depósito en las entidades financieras, incluidas las operaciones a plazo en moneda extranjera y las operaciones de créditos o préstamos.

Por la realización de estas y otras operaciones, las entidades de crédito (a las que se cita expresamente en el Anexo) perciben comisiones e intereses, y como estos ingresos son los que están sometidos al gravamen que nos ocupa, es evidente que tales deben ser considerados movimientos de capitales.

Por lo que se refiere a la **segunda cuestión**, el TJUE ha acuñado un concepto amplio de restricciones o limitaciones. Así, por mencionar solo una, en el apartado 44 de la sentencia de 26 de mayo de 2016 (Asunto C-48/15, *NN (L) International SA, anteriormente ING International SA, sucesora en los derechos y obligaciones de ING (L) Dynamic SA*), se puede leer lo siguiente:

*«En lo que atañe a la libre circulación de capitales, resulta también de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las medidas prohibidas por el artículo 56 CE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, **incluyen las que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados miembros** (véase, en ese sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, C-436/08 y C-437/08, EU:C:2011:61, apartado 50 y la jurisprudencia citada)*».*

La exigencia del gravamen que nos ocupa a las comisiones e intereses hace que estas se carezcan para las entidades de crédito con residencia en España primero, en un 4,8%, y después en un aumento del Impuesto sobre Sociedades porque el gravamen no se considerará gasto deducible. Dicho de otro modo, los beneficios de tales entidades disminuirán frente a las



no residentes en el porcentaje del gravamen, y en un aumento del Impuesto sobre Sociedades (que la EM de la PL fija, en todo caso, por debajo del 30%, sin mayores precisiones).

Nos parece claro que, como consecuencia de ello, **las entidades de crédito residentes en otros Estados de la UE se encuentran en una situación de ventaja competitiva que les puede permitir ofrecer sus productos en mejores condiciones económicas**. Eso constituye, a nuestro entender, una clara restricción a la libertad de movimiento de capitales.

4.3.5. Excepciones a las libertades fundamentales de circulación

Como sucede con todos los derechos y libertades, las de circulación o movimiento que reconocen los Tratados de la UE no son absolutas. La jurisprudencia del TJUE se ha referido a los límites de todas ellas de manera continua, y los ha tenido en cuenta a la hora de precisar si, en cada caso concreto, se ha vulnerado o no la libertad puesta en cuestión. Así:

1. Por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, la sentencia de 6 de octubre de 2020 (Asunto C-66-18, *Comisión versus Hungría*) señaló, en su apartado 78, lo siguiente:

*«... una restricción a la libertad de establecimiento únicamente podría admitirse a condición, en primer lugar, de estar justificada por **una razón imperiosa de interés general** y, en segundo lugar, de **respetar el principio de proporcionalidad**».*

2. Una doctrina similar se puede observar en el ámbito de la libertad de prestación de servicios. Así, en la sentencia de 25 de julio de 2018 (Asunto C-553/16, «TTL» EOOD), que ya hemos citado, en el apartado 52 se dice:

*«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que **una restricción de la libre prestación de servicios solo puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado FUE y está justificada por razones imperiosas de interés general**, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue».*

3. En fin, el libre movimiento de capitales puede estar justificado por la necesidad de garantizar el cobro del gravamen [sentencia de 26 de mayo de 2016 (Asunto C-48/15, *NN (L) International SA, anteriormente ING International SA, sucesora en los derechos y obligaciones de ING (L) Dynamic SA*)], ya citada; y la preservación de la potestad tributaria de los Estados miembros, así como la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria de los Estados miembros [sentencia de 21 de junio de 2018 (Asunto C-480/16, *Fidelity Funds y otros*)].

Por el contrario, la necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario no parece considerarse motivo suficiente como para enervar la aplicación de los derechos de libertad de circulación. Así se indicó en las sentencias, entre otras, de 16 de julio de 1998 (Asunto C-246/96,



Imperial Chemical Industries), y de 12 de septiembre de 2006 (Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes*).

Si resumimos lo dicho hasta ahora podemos indicar que el TJUE considera que las libertades de circulación dentro de la Unión pueden limitarse (1) por razón de interés general, (2) por la necesidad de garantizar el cobro de un gravamen, y (3) por la preservación y el reparto equilibrado de la potestad tributaria de los Estados miembros.

Parece oportuno que hagamos referencia a estos límites para comprobar si todos, o alguno de ellos, pueden justificar la exigencia del gravamen sobre las entidades de crédito.

Como primera aproximación, podría parecer que los límites que el Tribunal europeo ha señalado respecto de las normas tributarias no pueden tener cabida en nuestro caso porque la PL señala que nos encontramos ante una prestación patrimonial de carácter no tributario. **No obstante, en este Informe hemos defendido, y lo seguimos haciendo, que estamos ante un impuesto directo sobre el margen bruto de explotación de la mayor parte de los ingresos de las entidades de crédito residentes en España. Por tanto, es necesario hacer referencia a los límites de las libertades de circulación que se aplican a los ingresos de esta naturaleza.**

Dicho esto, no hace falta detenerse mucho en demostrar que con la exigencia del gravamen no se pretende garantizar su cobro, tampoco la preservación de la potestad tributaria de España ni, en fin, el reparto equilibrado de tal potestad con la del resto de los Estados de la Unión. Y no lo es por la sencilla razón de que estos límites necesitan de un elemento de comparación. Así, cuando la sentencia de 26 de mayo de 2016, que acabamos de citar, hace referencia a la necesidad de garantizar el cobro del gravamen está comparando un tributo que se exige tanto a las sociedades residentes y no residentes. En este caso, el Estado afectado (Bélgica) perseguía tal garantía a través de la exigencia de un interés de demora solo aplicable a las sociedades no residentes. Ahora bien, si solo se exige el gravamen a las entidades de crédito residentes, el aseguramiento del cobro se consigue con los medios que prevé nuestra legislación y la discriminación por razón de la residencia resulta ser superflua para conseguir este fin.

Lo mismo cabe señalar respecto de la preservación y el reparto equilibrado de la potestad tributaria del Estado español frente al resto de Estados de la UE. No hay tributo alguno similar en estos últimos, por lo que mal puede buscarse una preservación o un reparto sobre lo que no existe.

Por tanto, **solo la necesidad de proteger un interés general** aparece como la posible justificación de la limitación de los derechos comunitarios de libertad de establecimiento, de prestación de servicios y de movimiento de capitales en el caso que nos ocupa.

Para poder comprobar que, efectivamente, el gravamen persigue un interés general legítimo parece evidente que, ante todo, debe identificarse, y esto solo puede hacerse en la misma PL. De la lectura de su EM parece desprenderse que el interés general que se persigue es triple: (1) contribuir a la consecución de un pacto de rentas, entendido el término en un sentido



amplio (precisión esta que nos resulta ininteligible), a través de un reparto equitativo de la inflación; (2) minimizar los beneficios empresariales en los sectores cuyos márgenes se ven más favorecidos por el aumento de los precios y (3) compensar, al menos en parte, los costes que en el pasado cercano supuso el rescate de las entidades de crédito. Examinemos estos tres objetivos.

El **primero de ellos** es la contribución a un pacto de rentas. Debemos reconocer que **no hemos sido capaces de encontrar una relación directa entre el gravamen que estamos analizando y un pretendido pacto de rentas**. En efecto:

1. No se define en modo alguno el alcance, la naturaleza, los medios, la finalidad, etc., de tal pacto. En estas condiciones, no es posible precisar cómo puede contribuir la exigencia de un gravamen para alcanzar algo que no se identifica, ni siquiera de manera aproximada.
2. El pacto de rentas, de existir, es, como su propio nombre indica, un acuerdo entre partes, y no una imposición, y tal pacto debe alcanzarse entre las personas que satisfacen u obtienen las rentas, que fundamentalmente son los trabajadores y los empresarios. El Estado también forma parte de estas categorías (a través, por ejemplo, de la fijación del sueldo de los funcionarios o de las pensiones), pero no parece que la exigencia de un gravamen de forma coactiva se compadezca bien con el concepto mismo de pacto.
3. Salvo que se explique con mayor rigor y precisión, no es posible encontrar una relación directa entre el pacto de rentas y el hecho de que las entidades de crédito pertenezcan a un sector con un reducido peso relativo de los gastos de personal, como se afirma en la EM de manera apodíctica. Si esta es una de las razones de la exigencia del gravamen, no se explica por qué se exige otro similar a las compañías eléctricas, para las que no se alude a tal circunstancia; ni tampoco se explica por qué no se incluye en el ámbito subjetivo del gravamen a todas aquellas empresas en las que el peso de los costes de personal es también bajo, como las del sector tecnológico.

El **segundo de los motivos** es minimizar los beneficios de los sectores favorecidos por el aumento de los precios. Esto significa que, según los proponentes, estos sectores son el crediticio (y el energético), lo que es una afirmación en vacío si no se demuestra con datos tangibles, como ya se ha advertido en el apartado 1.2 del Informe ¿Son estos sectores los únicos beneficiarios de las subidas de precios? ¿No hay ninguno más en los que el incremento de precios se haya notado positivamente en sus cuentas de resultados? ¿Cómo es posible que se haga esta afirmación, absolutamente gratuita, cuando el gravamen se aplicará sobre las magnitudes de los próximos años, cuya situación es hoy día una incógnita?

Y **tercero de los motivos** parece ser la búsqueda de una cierta compensación por los costes públicos que supuso el rescate de algunas entidades de crédito en el pasado cercano. Tampoco nos convence el argumento. Por varias razones:



1. El rescate de algunas entidades de crédito se realizó no en beneficio de ciertas entidades o personas, sino para evitar que todo el país se viera fatalmente afectado por el colapso de un sector vital para la economía. Una medida que benefició a todos los sectores de la economía no puede ser compensada con un gravamen que se exige a un solo sector.
2. El rescate afectó a entidades de todos los tamaños y características. Si se pretende que el gravamen compense, al menos en parte, los costes del rescate bancario, no se entiende por qué se excluye del gravamen a las entidades de menor volumen de negocio, algunas de las cuales también debieron ser rescatadas.

El verdadero motivo del establecimiento del gravamen sobre las entidades de crédito es el incremento de los ingresos públicos en un intento de disminuir el déficit público. Esto no lo decimos nosotros, sino que lo reconoce, explícitamente, la Exposición de motivos, en la que se puede leer que se prevén unos ingresos de 1.500 millones de euros, cantidad que no se considera desproporcionada si se consideran los beneficios pasados o estimados para los próximos años y dividendos distribuidos a los accionistas, y se traduce en el articulado diciendo que el importe del gravamen se ingresará en el Tesoro Público (artículo 2.10).

Pero esta finalidad, que es plenamente legítima, se debe intentar alcanzar, en su caso, a través del establecimiento de nuevos tributos o de modificación de los ya existentes y, en todo caso, respetando los principios constitucionales que configuran este tipo de ingresos.



5. Consideraciones económicas del gravamen a las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito de la Proposición de Ley de 28 de julio de 2022¹

En esta sección se presenta una revisión, obligadamente sintética, de los efectos económicos que tendría la aplicación del gravamen sobre las entidades y establecimientos financieros de crédito recogido en la PL de 28 de julio de 2022. Este análisis valorativo se hace dejando al margen la discusión, tratada ampliamente en los apartados precedentes del Informe, sobre la naturaleza jurídica de la figura elegida y su verdadera caracterización a la luz de los principios constitucionales. En consecuencia, en las páginas que siguen nos referiremos a esta figura como «el gravamen».

La introducción de un gravamen como el propuesto tendrá, inevitablemente, importantes efectos económicos negativos sobre las entidades de crédito a las que se exige su pago. Sin embargo, como no podría ser de otra manera, los efectos económicos no quedarán circunscritos al ámbito exclusivo de estas entidades, sino que afectarán al sector financiero español considerado funcionalmente en su conjunto, del que estas entidades son una parte sustancial, y, consecuentemente, a la actividad económica del país, donde el sector bancario es considerado un sector estratégico sistémico, dado su papel crucial para el buen funcionamiento de la economía². Este papel sistémico de las entidades bancarias es resultado de las funciones principales encargadas al sistema financiero: garantizar la liquidez de los agentes económicos y facilitar los cobros y pagos de las transacciones económicas, la captación del ahorro y su canalización hacia la inversión empresarial y hacia el consumo de los hogares, el fomento del ahorro en sus diversas categorías, entre las que cabe destacar la previsional, vinculada al mantenimiento del consumo de los ciudadanos jubilados, facilitar el reparto eficiente de los riesgos financieros a través de la oferta de productos adaptados a las necesidades de ahorradores e inversores. Finalmente, debe destacarse su papel instrumental en la consecución de la estabilidad monetaria.

Por lo que respecta a los efectos económicos concretos del gravamen, debemos diferenciar entre aquellos generados de forma directa por la incidencia de su carga sobre los precios de

¹ El contenido previo de este Informe se ha elaborado por el conjunto de los autores que figuran al inicio, pero en esta sección, por razón de su contenido, debe indicarse la autoría exclusiva de Jorge Onrubia Fernández.

² Este papel sistémico se reconoce por el Banco de España a la hora de establecer sus objetivos básicos como institución responsable de la supervisión bancaria (sin perjuicio de las responsabilidades atribuidas al Banco Central Europeo dentro del Eurosistema): «La finalidad básica de la supervisión bancaria es salvaguardar la estabilidad del sistema financiero, tratando de impedir que las importantes funciones que desempeña el sector bancario en la economía sufran perturbaciones significativas o puedan llegar a colapsarse» (Web del Banco de España, fecha de consulta: 24 de agosto de 2022): https://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/funcion/objetivos_basico/Objetivos_basicos.html).



los factores productivos (básicamente, la retribución de los accionistas de las entidades y las retribuciones de sus empleados) y sobre los precios de los productos y servicios financieros que deben satisfacer los clientes de la actividad bancaria, ya sea en las operaciones de activo de la entidad (como prestatarios) o en las de pasivo (como depositantes), y aquellos otros efectos derivados del impacto de esos cambios de precios sobre una serie de variables con trascendencia tanto micro como macroeconómica.

5.1. Efectos directos de la incidencia del gravamen en los precios

En relación con los efectos directos de la incidencia del gravamen en los precios, lo primero que hay que advertir, como ya se ha discutido previamente desde la perspectiva jurídica, es que cualquier pago sin contraprestación directa exigido de forma coactiva, sea cual sea su denominación jurídica, da lugar a una alteración de los precios relativos tanto de los bienes y servicios intercambiados entre los agentes económicos, como de los precios de los factores productivos (de forma simplificada, capital y trabajo), ofrecidos y demandados en la economía. Por consiguiente, como ya se ha dicho, la prohibición de repercusión económica, de forma directa o indirecta, del importe cobrado por aplicación del gravamen, bajo la consideración legal de infracción muy grave susceptible de sanción con multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe repercutido, equivale a prohibir por ley la traslación vía precios de esa carga, a cualquier agente económico distinto del considerado como obligado a soportarla. Esto, simple y llanamente, es una pretensión del legislador proponente que solo puede partir del desconocimiento de los fundamentos científicos básicos, incontestados, sobre incidencia impositiva que el análisis económico y la teoría de la hacienda pública vienen estableciendo desde finales del siglo XIX. En otras palabras, esta pretensión se sitúa en el terreno de las ideas basadas en deseos inalcanzables o ilusorios (*wishful thinking ideas*, en terminología anglosajona).

Al hilo de lo que acabamos de decir, cabe plantearse si en lo que se está pensando en la PL es en limitar legalmente los márgenes de beneficios de las entidades de crédito, a través de una regulación legal que limite los precios máximos del negocio bancario, es decir, fijar el importe máximo de las comisiones y de los tipos de interés de las operaciones bancarias de préstamo o la retribución de los depósitos. Resulta inmediato que para poder determinar si ha existido o no traslación del gravamen, sea en parte o en su totalidad, es necesario establecer una comparación entre el precio de mercado cobrado por la entidad a los clientes, como contraprestación de sus diferentes servicios ofertados, y un precio de referencia que sería el cobrado en ausencia del gravamen, el cual operaría *de facto* como precio máximo regulado. Por supuesto, esto, obviamente, no impediría que el gravamen tuviera efectos económicos, como la teoría de la incidencia impositiva muestra, pero, además, resulta palmario que estaríamos ante un mandato legal que colisionaría frontalmente con la normativa de la Unión Europea sobre competencia, libertad de empresa, libertad de precios de mercado, sistema financiero,



etc., además, obviamente, de vulnerar los principios, entre otros, de libertad de empresa y libre mercado recogidos en la Constitución española³.

La discusión sobre el impacto económico de los impuestos y sus efectos de incidencia en equilibrio general ocupa un número inmenso de publicaciones científicas, desde el último cuarto del siglo XIX (desde los primeros trabajos de la escuela neoclásica recogidos en la obra de Alfred Marshall) hasta la actualidad. Dentro de esa literatura, debe destacarse la desarrollada a partir de los primeros años sesenta del siglo XX (con autores de referencia seminales como Harberger, Mieszkowski, Diamond, etc.) dedicada a formalizar la incidencia del impuesto sobre los beneficios societarios en un marco de equilibrio general, y posteriormente ampliada contemplando diferentes escenarios de movilidad de los factores productivos entre sectores económicos, el grado de competencia en los mercados de bienes y factores, el grado de apertura internacional de mercados, o el papel de las imperfecciones informativas y de la incertidumbre. Bajo una perspectiva de equilibrio general (a diferencia de los modelos simplificados de equilibrio parcial, limitados al análisis de oferta y demanda solamente en el mercado donde se establece el gravamen), estos modelos analizan el impacto de un impuesto (o, en general, de cualquier gravamen o, en su caso, de cualquier subvención) en todos los mercados de bienes y servicios y en todos los mercados de factores productivos, teniendo en cuenta sus interrelaciones, con especial atención a la movilidad bajo condiciones de sustituibilidad y complementariedad. En la literatura sobre la incidencia impositiva, los resultados fundamentales que se derivan de estos modelos no están sometidos a discusión, más allá de la discusión propia de las especificaciones concretas de la modelización o de los resultados empíricos obtenidos en su aplicación cuantitativa, básicamente resumidos en los porcentajes de traslación de la carga a los distintos agentes económicos (simplificadamente, consumidores, ahorradores y accionistas o trabajadores asalariados), atendiendo a características como el tamaño empresarial, la renta de los hogares, la edad de los consumidores, etc.

Desde sus inicios, los modelos de incidencia en equilibrio general muestran que, con independencia de quién sea designado por la norma legal como obligado al pago de un gravamen, su carga será soportada, en términos económicos, por todos los agentes, en función de las elasticidades-precio cruzadas para todos los bienes y para todos los factores. Las condiciones de competencia en cada mercado, así como las mayores o menores restricciones derivadas de la regulación y de las rigides institucionales, amplifican o reducen la proporción de carga soportada por cada agente, lo mismo que los escenarios de movilidad de factores y apertura internacional en los que operen estos mercados. Por tanto, prohibir por Ley la repercusión impositiva equivale a pretender que los impuestos no puedan trasladarse

³ Aunque pueda resultar obvio, conviene aclarar que la traslación impositiva y sus efectos sobre la producción y el consumo de bienes, servicios y factores no es algo exclusivo e inherente al sistema de mercado. En los sistemas de economía planificada, la diferencia entre el valor de lo aportado y lo recibido en las transacciones económicas, es decir, la diferencia entre los precios sombra de los bienes y de los costes de producción también introduce una brecha en los precios relativos, aunque estos sean implícitos, con el consiguiente impacto en la asignación eficiente de los recursos, tanto a nivel micro como macroeconómico. Estas brechas, aparentemente ocultas por la ausencia informativa de precios explícitos, están detrás, como la Historia Económica se ha encargado de recordar, del enorme debilitamiento de los incentivos de los agentes económicos que operan en esos sistemas económicos y que condujeron a su colapso, con unos costes de bienestar social, a corto y largo plazo, enormes.



y, consecuentemente, que no provoquen cambios en los precios de los bienes y de los factores productivos, impidiéndose, así, cualquier efecto económico no deseado por el legislador. Como ya se ha dicho, esto únicamente puede ser consecuencia de una mera confusión de la realidad con los deseos acerca del funcionamiento de la ciencia económica.

Los cambios en los precios generados por la introducción del gravamen inducirán cambios en los comportamientos de los agentes económicos en función de cómo se vean afectados por el reparto de la carga. Esos cambios están en el origen de los costes de eficiencia económica —pérdida de bienestar, cuantificada monetariamente, de las transacciones respecto al escenario de ausencia de ese gravamen— que soportará la economía. Como hemos anticipado, la relevancia, dentro del sistema financiero, de las entidades de crédito a las que se exigiría el gravamen y la cuantía del mismo, no menor, hace presumir que el valor monetario de los costes de bienestar generados por las distorsiones en los precios sería muy importante. Es obvio que una estimación cuantitativa de estos efectos requeriría un estudio económico detallado, lo que excede del objetivo de este Informe.

5.2. Otros efectos económicos derivados del gravamen

Además de los efectos económicos directamente relacionados con los cambios en los precios relativos que hemos reseñado en el apartado anterior, un gravamen como el propuesto provocaría otros efectos económicos negativos derivados, al afectar a las decisiones de los agentes económicos. Entre otros, debemos destacar los siguientes:

- a) La existencia de distorsiones relacionadas con el tamaño de las entidades bancarias y del sector financiero español y su composición. Como se ha discutido en el texto principal del Informe, la PL establece que el gravamen se aplicará sobre entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que obtengan ingresos por intereses y comisiones que superen los 800 millones de euros. La introducción de este límite arbitrario, pues no se ofrece motivación alguna convincente del mismo, provocará que las entidades financieras no residentes que operan con licencia bancaria en España a través de sucursal, generalmente con volumen de intermediación inferior a ese importe, queden fuera de la aplicación del gravamen. Esto supondrá, además de una clara discriminación desde el punto de vista jurídico, como se ha fundamentado, la introducción *de facto* de un beneficio fiscal implícito que, sin duda, afectará a la competencia en el mercado bancario, con un perjuicio económico evidente para las entidades residentes en España.
- b) La no extensión del gravamen a otras empresas que operan en el mercado financiero español pero que no tienen consideración bancaria, como las denominadas *fintechs* (empresas de tecnología financiera) y *bigtechs* (gigantes tecnológicos, como Google, Amazon, Facebook-Meta o Apple), supondrá una ventaja comparativa inmediata y directa que les hará ganar posición en el mercado. Estas entidades no bancarias compiten cada vez de forma más directa con las entidades de crédito tradicionales (las cuales llevan tiempo



tratando de adaptarse a la oferta tecnológica de las nuevas), dedicándose a realizar operaciones de crédito vinculado al consumo, al crédito hipotecario, además de al establecimiento de avales o la prestación de servicios de *leasing*, *factoring* o *buy-now-pay-later*.

En este sentido, debe advertirse que la consideración que hace la PL respecto a las consecuencias beneficiosas para las entidades de crédito que aparejará la subida de los tipos de interés de intervención, más allá de su razonabilidad, sería totalmente extensible a estas otras entidades a las que no se exigirá el nuevo gravamen. No cabe mucha discusión de que este trato asimétrico entre entidades que realizan negocios idénticos supone un flagrante caso de discriminación fiscal y de distorsión de las reglas de la competencia (*level playing field rules*).

- c) La introducción del gravamen a las entidades y establecimientos de crédito supondrá un aumento del coste de oportunidad del capital, no olvidemos, variable determinante para la asignación de las inversiones por parte de los ahorradores en el sector financiero, tanto individuales como corporativos. Esto supone un aumento de la brecha fiscal diferencial con otros sectores, que a partir de ese momento verán aumentada, en términos relativos, su rentabilidad y, consecuentemente, atraerán el capital de los inversores, con la consecuente pérdida de valor de las acciones de entidades sometidas al gravamen. Es muy previsible que esta distorsión tenga, a corto y medio plazo, efectos especialmente importantes sobre las decisiones de los accionistas «de cartera», más sensibles en el mantenimiento de sus posiciones a las decisiones sobre distribución de dividendos que los accionistas con posiciones de inversión dominantes, que seguramente desplazarán su ahorro hacia otros sectores o, previsiblemente, en un contexto de tipos de interés elevados, hacia la renta fija proporcionada por la deuda pública, en un escenario muy probable de *crowding out*.

Debe tenerse en cuenta, además, que estas distorsiones sobre la cartera de los accionistas de las entidades bancarias están en oposición a las recomendaciones que viene estableciendo el Banco Central Europeo, así como el resto de las instituciones responsables de la solvencia financiera, respecto de la necesidad de aumentar el valor patrimonial de los bancos y, en particular, su *core capital*. Precisamente este es uno de los principales inconvenientes que destaca el Banco Central Europeo respecto de la utilización de gravámenes *ad hoc* sobre las entidades bancarias, tras algunas de las decisiones adoptadas por algunos Gobiernos durante la crisis financiera de 2008.



6. Conclusiones

Atendido todo lo hasta aquí expuesto podemos señalar, de modo sintético, pero con firmeza, las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La Exposición de Motivos **contiene numerosas contradicciones y algunas apreciaciones equívocas**, que podrían haberse evitado si la propuesta hubiera sido presentada como Proyecto de ley, dada la coincidencia de los grupos parlamentarios proponentes con los que integran el Gobierno de coalición. La tramitación de la propuesta como Proposición en lugar de como Proyecto de ley, en el presente caso, evidencia la elusión en fraude de ley del procedimiento parlamentario debido para el ejercicio por el Gobierno de la iniciativa legislativa.

SEGUNDA. En las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias el interés público, o general, es indispensable, pero no cualquier interés, pues si la finalidad es financiar, en general, el gasto público con obligaciones legal y coactivamente impuestas, se trata de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, debiendo ajustarse a los principios constitucionales de justicia financiera (art. 31 de la CE) y como ha dicho el TC: *«Las categorías legales, tributarias o de otro tipo, tienen cada una la naturaleza que derive de su configuración y régimen jurídico, sin que este Tribunal deba verse vinculado por el nomen iuris utilizado por el legislador»* (STC 63/2019).

TERCERA. El régimen jurídico del Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito tiene los elementos típicos de un tributo y en concreto de un impuesto, dado que su presupuesto de hecho está constituido por hechos que ponen de relieve la capacidad económica (art. 2.2, c) LGT), se gestiona como un tributo, se revisa como un tributo, se ingresa en el Tesoro Público (art. 2.10 de la PL) para financiar el gasto público, y todo ello conlleva que la naturaleza jurídica del gravamen es tributaria y en concreto impositiva.

CUARTA. En la regulación de algunos elementos esenciales del Gravamen concurren circunstancias que pueden comportar la inconstitucionalidad por varias razones. **El presupuesto de hecho por ser retroactivo**, al ser determinado con hechos acontecidos en 2019; además de *discriminatorio* por no justificarse el umbral de 800 millones de euros para quedar sujeto o no, vulnerando el principio de seguridad jurídica; **y los obligados al pago, por la indeterminación legal en su identificación**, sin distinguir tampoco entre residentes y no residentes, vulnerando el principio de reserva de ley por ser un elemento esencial del Gravamen.

QUINTA. La imposibilidad de deducir en el Impuesto sobre Sociedades el Gravamen temporal —sin justificación válidamente respaldada por valores constitucionales— **altera la**



medición de la capacidad económica para la contribución al sostenimiento del gasto público. Medición que se exige conforme al art. 31 de la CE, a la jurisprudencia constitucional y que, además, se exige por la relevancia del Impuesto sobre Sociedades, pilar estructural del sistema tributario y que, precisamente por ello, forma parte de los tributos integrantes de la «*esencia del deber de contribuir*», concepto acuñado por el Tribunal Constitucional.

SEXTA. La tipificación de la infracción por repercutir, directa o indirectamente, el Gravamen temporal o sus ingresos anticipados vulnera los artículos 9 y 25 de la CE, por poder aplicarse a conductas que pueden haber sido llevadas a cabo antes de la aprobación de la Ley.

En consecuencia, es:

- a) una retroactividad prohibida;
- b) incumple el principio de taxatividad, dado que la conducta infractora es totalmente abierta e indeterminada;
- c) no se especifica si esa «repercusión» ilícita lo ha de ser sobre todos o algunos, o uno solo de los clientes, y, por tanto, es una infracción de resultado, con independencia de las causas;
- d) teniendo en cuenta que las comisiones e intereses no están sometidos a autorización y son de libre fijación, la proscripción de la traslación económica puede suponer un límite a la libertad de empresa, contrario al art. 38 de la CE y contravenir los criterios de la Autoridad Europea de Banca, para quien cualquier coste cierto vinculado a los préstamos debe incluirse en su fijación.

SÉPTIMA. La sanción que se fija ya *ex lege* en el 150 por ciento del importe repercutido sin sujeción a ningún criterio modulador, **marginaba el principio de proporcionalidad** —a tenor del cual la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción—, desoyendo las directrices de la Jurisprudencia comunitaria y Constitucional, que tiene señalado que la vulneración del principio de proporcionalidad se produce «al constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta».

Además, que se separe en su apreciación y tramitación del procedimiento sancionador tributario, para quedar «sometida al régimen administrativo sancionador general», **genera una evidente y criticable fragmentación del *ius puniendi* del Estado que acentúa la inseguridad jurídica en un ámbito que, como el sancionador, recaba justo lo contrario.**

OCTAVA. El gravamen previsto para las entidades de crédito **conlleva una discriminación indirecta por razón de la residencia de las entidades afectadas, lo que supone una vulneración de la libertad de establecimiento.**



NOVENA. El gravamen supone, además, una **vulneración de la libertad de prestación de servicios** porque es evidente que las entidades de crédito, sean o no residentes en España, realizan exactamente la misma actividad y todas tienen por ella los mismos ingresos.

DÉCIMA. El gravamen implica una **vulneración de la libertad de circulación de capitales** porque coloca a las entidades de crédito residentes en otros Estados de la UE en una situación de ventaja competitiva con las residentes en España.

UNDÉCIMA. El gravamen:

- a) No puede justificarse en la necesidad de su cobro, ni en la preservación de la potestad tributaria de España, ni en el reparto equilibrado de tal potestad con la del resto de los Estados de la Unión.
- b) No existe interés general plausible que justifique su establecimiento, pues no puede considerarse como tal la contribución a un pacto de rentas, que no se define en absoluto.
- c) Tampoco puede basarse en la intención de minorar los beneficios de un sector favorecido por el incremento de los precios porque no se ofrece dato alguno que demuestre que ello ha ocurrido, o vaya a ocurrir.
- d) Ni tampoco puede encontrarse su fundamento en la búsqueda de una cierta compensación por los costes públicos que supuso el rescate de algunas entidades de crédito en el pasado cercano, porque tal rescate se realizó en beneficio de la economía española en general.



Estudio firmado en Madrid, a treinta y uno de agosto de dos mil veintidós

JUAN MARTÍN QUERALT

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | Universitat de València | Abogado

GABRIEL CASADO OLLERO

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UCM | Abogado

JORGE ONRUBIA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Hacienda Pública y Sistema Fiscal | UCM

GERMÁN ORÓN MORATAL

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UJI de Castellón

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UAM

JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario | UNED | Abogado

Publicaciones del Instituto de Estudios Económicos

2022

COLECCIÓN INFORMES. Septiembre. Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 76. La inflación y la incertidumbre frenan la recuperación de las empresas.

REVISTA DEL IEE. Julio. N.º 3/2022. La necesidad de garantizar la propiedad privada en España como condición para la mejora del mercado del alquiler. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2021.

REVISTA DEL IEE. Junio. N.º 2/2022. El impacto económico del sector de datos en España. Una propuesta de cuantificación.

INFORME IEE-CEIM. Abril. El crecimiento empresarial en la Comunidad de Madrid como factor de competitividad regional.

REVISTA DEL IEE. Marzo. N.º 1/2022. Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España.

EDICIONES ESPECIALES. Febrero. Libro Blanco para la reforma fiscal en España. Una reflexión de 60 expertos para el diseño de un sistema fiscal competitivo y eficiente.

2021

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 75. Una coyuntura condicionada transitoriamente por la inflación.

COLECCIÓN INFORMES. Diciembre. Competitividad fiscal 2021. La competitividad fiscal como referencia obligada para la próxima reforma tributaria.

INFORME IEE-CEIM. Noviembre. El tamaño y el crecimiento empresarial en la Comunidad de Madrid como factor de competitividad regional.

OPINIÓN DEL IEE. Noviembre. Los Presupuestos Generales del Estado para 2022.

COLECCIÓN ESTUDIOS. Octubre. El Programa de Pago a Proveedores como instrumento de inyección de liquidez a la empresa.

COLECCIÓN INFORMES. Septiembre. Empresa, igualdad de oportunidades y progreso social. Indicador IEE de Igualdad de Oportunidades.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 74. La recuperación de la economía española necesita de un clima empresarial favorable.

PUNTO DE VISTA. Junio. La situación actual y perspectivas de las inversiones energéticas y el sector eléctrico en América Latina.

REVISTA DEL IEE. Mayo. N.º 2/2021. La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2021.

INFORME DE OPINIÓN. Abril. La competitividad fiscal de las comunidades autónomas. Condición necesaria para el desarrollo económico.

COLECCIÓN INFORMES. Marzo. La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020.

PUNTO DE VISTA. Enero. La situación actual de la economía en América Latina. Su incidencia sobre las empresas españolas.

REVISTA DEL IEE. Enero. N.º 1/2021. Adaptabilidad y flexibilidad para la recuperación económica.

2020

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 73. Más allá de los fondos europeos: la economía española necesita el impulso de las reformas estructurales.

INFORME IEE-FIAB. Diciembre. Impacto de la crisis del COVID-19 en la industria de alimentación y bebidas española.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Los Presupuestos Generales del Estado para 2021.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Una propuesta de mejora para los incentivos fiscales a la I+D+i.

INFORME IEE-CEIM. Noviembre. La tributación del ahorro y su incidencia en la reactivación económica desde la perspectiva de la competitividad regional.

COLECCIÓN INFORMES. Octubre. Competitividad fiscal 2020. ¿Por qué no se pueden subir más los impuestos en España?

INFORME IEE-ASCOM. Octubre. Estudio sobre la función de Compliance en las empresas españolas.

INFORME DE OPINIÓN. Agosto. El marco fiscal de los planes de pensiones. La necesidad de fomentar el ahorro para la jubilación.

COLECCIÓN INFORMES. Julio. Libertad económica y libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica España 2020.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 72. Crisis de la COVID-19 en la economía española: la recuperación no es posible sin confianza empresarial.

INFORME DE OPINIÓN. Junio. Impacto económico de las medidas adoptadas en el contexto de la presente crisis. Los casos de la financiación privada avalada y los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.

INFORME DE OPINIÓN. Febrero. Eficiencia del gasto público. Medición y propuestas de mejora.

PUNTO DE VISTA. Enero. El Capitalismo. Cambio, evolución y progreso.

2019

COLECCIÓN INFORMES. Diciembre. La deuda pública en España. Implicaciones sobre la política económica.

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 71. Una política económica ortodoxa para revertir la desaceleración y reducir la incertidumbre.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Las buenas prácticas regulatorias.

COLECCIÓN INFORMES. Noviembre. La propiedad privada en España. Índice de Derecho de Propiedad 2019.

COLECCIÓN INFORMES. Octubre. Índice de Competitividad Fiscal 2019.

COYUNTURA ECONÓMICA. Junio. N.º 70. A mayor inestabilidad política, más incertidumbre económica.

INFORME DE OPINIÓN. Febrero. Los Presupuestos Generales del Estado para el 2019.

INSTITUTO
DE ESTUDIOS
ECONÓMICOS

43

años

*por la economía
de mercado*

En este estudio se detallan serios reparos al denominado gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que pueden suponer la futura declaración de inconstitucionalidad del mismo, junto con el gravamen temporal energético, tramitado en la misma norma. A pesar de definirse como una prestación patrimonial de carácter público no tributario, ambos gravámenes tienen los elementos típicos de un tributo, y en concreto de un impuesto, y presentan muy graves problemas desde el punto de vista constitucional, ya que quebrantan el principio de seguridad jurídica y los principios tributarios de generalidad, igualdad y capacidad económica, amén de alterar el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas. Además, se vulneran elementos esenciales del Derecho Comunitario, existe un posible fraude de ley en la tramitación de la norma como Proposición de Ley y la definición de «beneficios extraordinarios», el elemento básico sobre el que gira el gravamen, es confusa y contradictoria, lo que provoca la existencia de una doble imposición con el Impuesto sobre Sociedades.



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

Tel.: 917 820 580

iee@ieemadrid.com

www.ieemadrid.es