



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL NUEVO GRAVAMEN A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Problemas constitucionales y de compatibilidad
con el Derecho de la Unión Europea

Autor: Pablo Eugenio Cuenca González

2023/2024, 5º E-3 A

Departamento de Derecho Financiero y Tributario

Tutor: Eduardo Abad Valdenebro

Madrid

Abril de 2024

RESUMEN

El 28 de diciembre de 2022 entró en vigor la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito (el “Gravamen”) y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas y se modifican determinadas normas tributarias. Este trabajo tiene como objetivo analizar los principales aspectos del Gravamen y realizar una comparativa con otros instrumentos recaudatorios similares en los ordenamientos de otros países europeos. Además, el trabajo desarrolla algunas de las críticas de la doctrina jurídica sobre la constitucionalidad del Gravamen y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. Por último, se ofrecen unas conclusiones basadas en un análisis crítico sobre los principales elementos polémicos del Gravamen.

Palabras clave: Gravamen, Ley 38/2022, prestación patrimonial, beneficios caídos del cielo, constitucionalidad, Derecho Comunitario, políticas fiscales.

ABSTRACT

On December 28, 2022, Law 38/2022 of December 27, came into effect. This law establishes temporary levies on energy and credit institutions and financial credit establishments (the “Levy”), and the temporary solidarity tax on large fortunes and the modification of certain tax regulations. This paper aims to analyze the main aspects of the Levy and make a comparison with other similar instruments approved in other European legal systems. Additionally, the paper addresses some of the criticisms from legal scholars regarding the constitutionality of the Levy and its compatibility with European Union Law. Finally, conclusions are made bases on a critical analysis of the main controversial elements of the Levy.

Keywords: Levy, Law 38/2022, financial obligations, windfall profits, constitutionality, European Union Law, fiscal policies.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Justificación del tema y objetivos.	6
1.2. Metodología.	7
II. SURGIMIENTO DEL GRAVAMEN. EL CONTEXTO ECONÓMICO POSTERIOR A LA PANDEMIA.	8
III. MARCO TEÓRICO. EL GRAVAMEN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO.....	10
3.1. Naturaleza.	10
3.2. El elemento temporal.	11
3.3. Elementos técnicos.	12
IV. DERECHO COMPARADO. LOS GRAVÁMENES A LA BANCA EN OTROS PAÍSES EUROPEOS.	15
4.1. El impuesto bancario sueco (“risk tax”).	16
4.2. La imposición bancaria en Reino Unido.	16
4.3. El impuesto bancario en Hungría.	17
4.4. El impuesto extraordinario en Italia. De la primera formulación al cambio.	18
4.5. El caso francés. Acuerdo entre el Ministerio de Economía y la banca.	18
4.6. Valoración desde el Derecho Comparado	19
V. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL GRAVAMEN	20
5.1. El principio de capacidad económica. La naturaleza no tributaria de la prestación patrimonial.	20
5.2. El empleo de la proposición de ley. Vulneración de los derechos de los parlamentarios y fraude de ley.	22
5.3. La retroactividad del Gravamen. Seguridad jurídica.	24
5.4. El principio de igualdad.	25
VI. ANÁLISIS DEL GRAVAMEN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	29
VII. ANÁLISIS CRÍTICO Y PRINCIPALES CONCLUSIONES.	39
7.1. Conclusiones generales	39
7.2. Principales conclusiones sobre la constitucionalidad del Gravamen	40
7.3. Principales conclusiones sobre la compatibilidad del Gravamen con el Derecho de la Unión Europea.	42
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	44
8.1. Legislación	44
8.2. Jurisprudencia	45

8.3. Obras doctrinales	45
8.4. Recursos de internet	46

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- **ATC:** Auto del Tribunal Constitucional
- **BCE:** Banco Central Europeo.
- **CDFUE:** Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- **CE:** Constitución Española.
- **GRAVAMEN:** Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito.
- **IS:** Impuesto sobre Sociedades.
- **PPCPNT:** Prestación Patrimonial de Carácter Público y naturaleza No Tributaria.
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- **TC:** Tribunal Constitucional.
- **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- **TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- **TUE:** Tratado de la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN.

1.1. Justificación del tema y objetivos.

El objeto de este trabajo es realizar un estudio sobre la constitucionalidad del denominado “Gravamen temporal de entidades de crédito”, introducido en nuestro ordenamiento mediante la Ley 38/2022, de 27 de diciembre y analizar su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Cabe destacar dos elementos que han influido en la elección de este tema. En primer lugar, la fuerte oposición que ha recibido la aprobación del Gravamen por parte de las entidades de crédito afectadas por aquel. Aunque se podría afirmar que esta crítica solamente está relacionada con un afán de las entidades afectadas por proteger sus ingresos y, en definitiva, por mantener o aumentar sus beneficios del año fiscal 2023 y siguientes, sin embargo, creo necesario ir más allá de esta afirmación básica para tratar de entender cuál es el argumento jurídico detrás de esta oposición, para terminar pronunciándome sobre la constitucionalidad del Gravamen, su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea y sobre los riesgos o beneficios que pueda comportar en el futuro la aplicación de figuras similares. Además, si se plantea el problema en términos de competitividad, resulta también extraño establecer un gravamen extraordinario sobre un conjunto de entidades, la mayoría de ellas cotizadas, cuyas acciones estaban cotizando en el mercado, en el momento de aprobación del Gravamen, por debajo de su valor contable en libros.

En segundo lugar, el problema planteado no puede tener mayor actualidad político-jurídica, pues en la fecha de redacción de este trabajo se sigue discutiendo, no solo sobre la constitucionalidad del Gravamen, sino también sobre su carácter extraordinario o permanente, sobre su impacto en la recaudación global, sobre su idoneidad y conveniencia política, sobre el impacto inmediato y futuro en la cotización de las entidades, etc. Asimismo, existe una creciente discusión política sobre la necesidad de someter a imposición los llamados “beneficios caídos del cielo”, utilizados como justificación para la aprobación del Gravamen.

Por otra parte, el apartado principal de este trabajo será el de las conclusiones. En ellas partiremos del análisis realizado previamente para posicionar y valorar el Gravamen en relación con su adecuación constitucional y con la oportunidad político-económica de la medida. Asimismo, se elaborará una propuesta sobre el Gravamen, empleando argumentos jurídicos y económicos para determinar tal propuesta. En ellas se efectuará un análisis jurídico, pero con perspectiva económica y política de la efectividad e idoneidad del impuesto, así como de su constitucionalidad.

1.2. Metodología.

El procedimiento que se va a realizar en esta investigación es el siguiente: en primer lugar, un estudio de la aprobación y de las características del Gravamen temporal sobre entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Este análisis tendrá como principal componente el estudio de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, que aprueba el Gravamen y en la que se establece la motivación y los argumentos principales del legislador en la aprobación del Gravamen. Se delimitará tanto la naturaleza del Gravamen, como sus principales elementos (hecho imponible, sujetos obligados, importe de la prestación, temporalidad, etc.). Asimismo, se analizará desde el derecho comparado la aprobación de figuras similares en otros países del entorno europeo, detallando brevemente las características de esas figuras análogas y su repercusión en el contexto de cada respectivo país.

En segundo lugar, se desarrollará un estudio analítico de la problemática constitucional en relación con el Gravamen, su tipología y sus características, con el fin de determinar su adecuación dentro del ordenamiento jurídico español. Posteriormente, se realizará un análisis similar, pero aplicado a la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. De nuevo, se presentarán e identificarán las principales incompatibilidades y la adecuación del Gravamen con el derecho comunitario.

Para completar la investigación, se estima importante realizar un apartado crítico en el que se resuman, identifiquen y desarrollen los principales elementos problemáticos de la figura y se analice el papel del legislador en la aprobación de este tipo de medidas, así como los principales elementos de mejora o de cambio para mejorar la técnica legislativa futura y para determinar las distorsiones competitivas que ha podido generar el Gravamen sobre las entidades afectadas. Por último, las conclusiones manifestarán el sentido final de la investigación realizada y tendrán como objetivo la valoración del Gravamen, no solo desde la perspectiva jurídica analizada, sino también desde un punto de vista de adecuación político-económica.

II. SURGIMIENTO DEL GRAVAMEN. EL CONTEXTO ECONÓMICO POSTERIOR A LA PANDEMIA.

La aprobación del Gravamen surge en un contexto económico convulso, donde la reactivación económica posterior a la pandemia de la Covid-19 ha provocado una reevaluación de las políticas financieras y fiscales de los países desarrollados. Asimismo, este contexto de recuperación ha sido acompañado por el regreso de la inflación, causada a su vez por el impulso de la demanda, la reducción de la oferta y el incremento generalizado de las principales materias primas, entre ellas, el petróleo y el gas. Iniciado el proceso de recuperación tras la pandemia, la mayoría de los expertos pronosticaban unos niveles de inflación algo superiores a los de antes de la pandemia, pero que desaparecerían durante 2022, hasta regresar a los niveles previos a la pandemia. Sin embargo, el estallido de la guerra en Ucrania en febrero de 2022 provocó un debilitamiento de las cadenas de suministro de alimentos y las redes de transporte de energía, contribuyendo ambos factores a la escalada de la inflación. Asimismo, el estallido del conflicto en la franja de Gaza en octubre de 2023 provocó nuevas tensiones sobre los precios de los combustibles, impidiéndose así la reducción de los niveles de inflación acumulados durante el año.

Desde una perspectiva de la Unión Europea, el Banco Central Europeo (“**BCE**”), organismo encargado del control de la política monetaria, inicia el 21 de julio de 2022 un proceso de incremento de los tipos de interés, elevando los tipos de interés medio punto porcentual. No se había conocido un incremento de los tipos de interés desde la década anterior, siendo la última subida registrada en 2011, tras la crisis financiera de 2008. Desde la primera subida en julio de 2022 se han producido otras nueve subidas de los tipos de interés, situándose el tipo actual en el 4,5%. El proceso de subida de los tipos de interés tiene su base jurídica en el Tratado de la Unión Europea (“**TUE**”), estableciéndose en su artículo 3 una actuación encaminada al crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios. En este sentido, los niveles de inflación acumulados ponen en gran riesgo la competitividad del mercado europeo, el valor del propio euro y el poder adquisitivo de la población, como refleja el Banco de España en su informe de Estabilidad Financiera de otoño de 2022.

Las medidas de respuesta en España tienen su punto de partida el 30 de marzo de 2022 con la promulgación del Real Decreto-ley¹ 6/2022 por parte del Gobierno. En este texto se considera el conflicto entre Rusia y Ucrania como un factor determinante del encarecimiento generalizado de los precios de la energía, los combustibles y el gas. Se reconoce también el incremento de la inflación,

¹ Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania (BOE 30 de marzo de 2022).

desde unos niveles cercanos al cero por ciento, hasta un nivel superior al cinco por ciento, en términos interanuales, perjudiciales para la economía y el bienestar social. El preámbulo recoge la obligación de garantizar un marco de protección del mercado interior europeo y de la competencia entre empresas, que se instrumenta mediante un “Plan Nacional” que supone la movilización de más de 16.000 millones de euros en recursos públicos, dividiéndose esta asignación entre ayudas directas o rebajas de impuestos y ayudas a través de avales concedidos por el ICO.

Todas estas ayudas suponen un coste para las arcas públicas, que ha de financiarse vía déficit fiscal o a través del incremento de la recaudación impositiva, para cumplir con las exigencias en materia de equilibrio fiscal de la Unión Europea. La posibilidad de aprobar un gravamen temporal sobre las entidades de crédito y las entidades del sector energético aparece en el debate público durante junio de 2022, formalizándose el 14 de julio de ese mismo año en un discurso del presidente del Gobierno ante el Congreso en el debate sobre el estado de la Nación. El anuncio principal es la aprobación de un gravamen que tiene como objetivo recaudar 7.000 millones de euros en los ejercicios de 2023 y 2024. En el caso del sector bancario, el importe a recaudar se acerca a los 1.500 millones anuales.

La cotización de las entidades afectadas sufre fuertes descensos tras el anuncio de la medida. En los meses de junio, julio y agosto las entidades cotizadas del sector bancario español registran una pérdida acumulada de aproximadamente 31.712.765.618€ de capitalización bursátil, correspondiéndose esta cifra con un descuento, de media, superior al 21,65% en los precios de cotización. Dichas entidades manifiestan su deseo de recurrir el Gravamen desde el momento en que se concrete la aprobación de la medida.

La aprobación definitiva del Gravamen tiene lugar el 28 de diciembre de 2022, después de la tramitación y entrada en vigor de la Ley 38/2022 que introduce en nuestro ordenamiento, en su artículo segundo, el Gravamen temporal a las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito².

² Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y de establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias (BOE 28 de diciembre de 2022). Artículo 2 *“Las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que operen en territorio español 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”*.

III. MARCO TEÓRICO. EL GRAVAMEN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO

3.1. Naturaleza.

La naturaleza de este Gravamen es una de las principales discusiones que este presenta. Se trata de una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza no tributaria (“PPCPNT”). Los antecedentes de posibles gravámenes sobre el sector bancario, así como el contenido del anuncio de la figura apuntaban en todo momento a la utilización del término “impuesto”³. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en la Ley 38/2022, el Gravamen se configura como una prestación de naturaleza no tributaria, entendida como aquella que se exige por el Estado de forma coactiva y que responde a fines de interés general y se rige con sujeción a la ley que la aprueba y, de forma supletoria, por la ley general presupuestaria y la tributaria.

Por otra parte, la creación de esta figura se justifica amparándose en la necesidad excepcional de que el sector contribuya al llamado “pacto de rentas”. En palabras simples, se pretende gravar a las entidades bancarias para que contribuyan a la protección de los más desfavorecidos por el repunte de la inflación. Asimismo, se emplean como mecanismos de justificación adicional a la existencia del Gravamen, la exención en la tributación por el mecanismo de IVA de la mayoría de los servicios financieros⁴, (a ojos del legislador, la exención en esta materia obliga a exigir al sector un mayor apoyo en la situación de inflación en defensa del pacto de rentas), y el incremento esperado de los beneficios del sector (y dividendos a sus accionistas) tomando como base el informe de la CNMV sobre beneficios de 2021 y el Informe de Estabilidad Financiera Primavera 2022.

Asimismo, el segundo argumento para justificar el Gravamen es el de la existencia de beneficios “caídos del cielo”. Desde el debate político, se ha considerado que el incremento de los tipos de interés iniciado por el BCE ha posibilitado un incremento de los ingresos bancarios, pero que, a su vez, las entidades no han trasladado a sus clientes esos catalizadores positivos a través de una mejor remuneración de depósitos, facilidades en la concesión de préstamos y condiciones favorables sobre los préstamos hipotecarios. Esta disparidad entre el incremento de los ingresos y el mantenimiento de los costes ha sido considerada como argumento para defender la existencia de beneficios injustificados o “caídos del cielo”. Mientras que en el ámbito del debate público se alude a estos beneficios injustificados, el sector bancario considera que el control de costes y el impulso de la actividad son

³ En palabras del presidente del Gobierno en un acto de partido: “Y este Gobierno ha puesto un gran impuesto a las entidades financieras y ha revalorizado las pensiones según el IPC y sube el salario mínimo a 1080 euros”

⁴ Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE 29 de diciembre de 1992). Artículo 20. Exenciones en operaciones interiores. 18.º Las siguientes operaciones financieras: Apartados a hasta h.

medidas destinadas a compensar la presencia de tipos de interés negativos de la década anterior, normalizándose los niveles de rentabilidad bancaria tras esa década caracterizada por una rentabilidad muy reducida a causa del mantenimiento de los tipos de interés negativos.

La argumentación anteriormente expuesta es criticada por parte de la doctrina, que manifiesta un profundo desconocimiento por parte del legislador sobre el funcionamiento del sistema fiscal, así como una falta de justificación suficiente de la clase de “gravamen” escogido -una prestación de carácter público no tributaria. (Vallejo Chamorro, 2023:137). Asimismo, el empleo del mecanismo de la proposición de ley a través del mecanismo de urgencia⁵ ha permitido la eliminación de los trámites de consulta pública e información pública, así como una aprobación rápida y sin un análisis técnico de profundidad como el que requería la complejidad propia de la materia.

3.2. El elemento temporal.

El segundo elemento definitorio del Gravamen es su carácter temporal. Según la redacción de la Ley 38/2022, el Gravamen deberá ser satisfecho durante los ejercicios 2023 y 2024 afectando, por tanto, a los resultados financieros de los años 2022 y 2023. Como se ha expuesto en el apartado anterior, el legislador considera oportuno fijar la prestación para estos dos ejercicios a fin de respetar el equilibrio propio del “pacto de rentas”. Se limita, por tanto, la duración del Gravamen hasta que se entiendan como finalizados los efectos lesivos de la inflación.

La problemática surge a tenor de lo establecido en el último apartado del artículo segundo de la Ley 38/2022⁶. De dicho apartado se desprende la intención del legislador de mantener el Gravamen como permanente y se plantea la redacción de un informe provisional que revise el primer año de aplicación de la medida. En la fecha de redacción de este trabajo, el informe aún no ha sido publicado por las autoridades competentes. Si bien la Ley 38/2022 configura el Gravamen con carácter temporal, la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, prorroga el Gravamen y propone la revisión de su configuración, con enmiendas del grupo parlamentario SUMAR con el objetivo de modificar el carácter temporal a permanente. Asimismo, las manifestaciones de los grupos

⁵ La ley fue tramitada por el procedimiento de urgencia, como recogen las actas del Senado. Disponibles en: <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=14&id1=624&id2=000018>

⁶ Ley 38/2022. Artículo 1. 12. *“En el último trimestre de 2024 el Gobierno realizará un estudio de los resultados del gravamen, y evaluará su mantenimiento con carácter permanente. Para ello, a la vista de las consideraciones que efectúa el Banco Central Europeo en su dictamen de 2 de noviembre de 2022, se considerará la situación del sector bancario, la evolución de los tipos de interés y de las comisiones, y el efecto acumulativo del gravamen junto con el Impuesto de Sociedades. Con carácter previo, en el último trimestre de 2023, el Gobierno elaborará un informe provisional correspondiente al primer ejercicio de aplicación del gravamen”*.

parlamentarios que conforman la mayoría de gobierno indican que existe una clara intención de mantener el Gravamen más del tiempo inicialmente previsto, con independencia de los efectos de la inflación.

También se realizan referencias a un informe emitido por el BCE⁷. Las conclusiones a las que llega dicho informe son principalmente dos. En primer lugar, la necesidad de analizar de forma exhaustiva el impacto negativo que puede tener la medida en el sector y, en segundo lugar, definir el destino de lo recaudado, diferenciando claramente esta partida de las que tienen como fin sanear o equilibrar el presupuesto general. En este sentido, el legislador no ha realizado ningún tipo de informe previo sobre el sector, así como informes preliminares sobre la afectación del Gravamen sobre las entidades afectadas, primero, y sobre el conjunto del sector, en segundo lugar.

3.3. Elementos técnicos.

Sujetos obligados

El Gravamen bancario se exigirá a “las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que operen en territorio español 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”⁸.

Se plantea, por tanto, para estar sometidos al Gravamen un triple requisito. En primer lugar, un requisito subjetivo: quedan sometidas al Gravamen las entidades que tengan la condición de entidades de crédito o de establecimientos financieros de crédito⁹. En segundo lugar, un requisito espacial: se grava a las entidades que operen en territorio español. Por último, un requisito objetivo: quedan sujetas al Gravamen aquellas entidades que superasen en 2019 la cifra de ochocientos millones de euros como suma de ingresos por intereses y comisiones.

Los grupos de consolidación fiscal deberán aplicar el porcentaje referido a la suma del margen de intereses y comisiones que resulte de la cuenta de pérdidas y ganancias del grupo fiscal. En el caso de que el obligado al pago forme parte de un grupo mercantil que presente las declaraciones del

⁷ Dictamen del Banco Central Europeo, de 2 de noviembre de 2022, sobre la imposición de gravámenes temporales a determinadas entidades de crédito (en adelante Dictamen BCE, de 2 de noviembre de 2022)

⁸ Ley 38/2022. Artículo 2

⁹ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 28 de abril de 2015). Título II. Régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

Impuesto sobre Sociedades (“IS”) en territorio común y foral, el porcentaje se deberá aplicar sobre la suma del margen de intereses y de comisiones que resulte de la cuenta de pérdidas y ganancias de los grupos fiscales, entidades y establecimientos financieros que se deban considerar a efectos de determinar la superación del umbral de los ochocientos millones de euros. En este segundo supuesto, se tomará la suma de los intereses y comisiones de las entidades del grupo mercantil que son sujetos potencialmente obligados para comprobar si se alcanza o no el umbral.

Importe de la prestación patrimonial y la base imponible

El importe a ingresar se calcula aplicando el 4,8 por ciento a la suma del margen de intereses y de ingresos por comisiones derivados de la actividad que se desarrolle en España y que figure en la cuenta de pérdidas y ganancias del año natural anterior a aquel al que se refiera el Gravamen¹⁰. Se deben tener en cuenta dos consideraciones relevantes sobre la redacción del apartado: (i) se grava de forma directa los ingresos, no la obtención de beneficio, sin tomar en consideración los gastos directos ni los costes de obtención de los ingresos. Por otro lado, (ii) el cálculo se realiza tomando en cuenta el valor de comisiones e intereses generados por la actividad en España. Se excluyen, a priori, las rentas obtenidas bajo estos conceptos en terceros países, pese a que la entidad sí esté obligada a satisfacer el Gravamen.

Obligación de pago: Nacimiento e ingreso

El nacimiento de la obligación de pago se produce el día 1 de enero del año natural¹¹. Se configura un sistema de ingreso en dos tramos. En primer lugar, un pago anticipado del 50 por ciento de la prestación patrimonial durante los veinte primeros días naturales de febrero del año al que se refiera la obligación. Si en ese momento no se conoce de forma definitiva la suma del margen de intereses y de comisiones se aplicará un importe estimado. Dicho importe deberá partir de un cálculo sobre las cuentas anuales o sobre los trabajos de auditoría previos a la formalización de dichas cuentas¹². Posteriormente, en los primeros veinte días naturales del mes de septiembre del año al que se refiere la obligación de pago se realizará el ingreso de la totalidad de la prestación, minorado el importe del pago anticipado realizado anteriormente.

Respecto del régimen sancionador, se aplicará la Ley General Tributaria. Se establece como

¹⁰ Ley 38/2022. Artículo 2.4.

¹¹ Ley 38/2022. Artículo 3. “La obligación de pago nacerá el primer día del año natural y se deberá satisfacer durante los primeros 20 días naturales del mes de septiembre de dicho año, sin perjuicio del pago anticipado que se deberá efectuar conforme a lo dispuesto en el apartado 5”.

¹² Ley 38/2022. Artículo 5.

sancionable la repercusión del impacto del Gravamen a los consumidores. El dictamen BCE, de 2 de noviembre de 2022 critica severamente la tipificación de la sanción, afirmando que además de generar incertidumbre jurídica, supone riesgos operativos y financieros para las entidades como consecuencia de la no repercusión del gasto adicional que supone el Gravamen. La gestión y recaudación del Gravamen corresponde a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Consideraciones sobre el IS y el Gravamen

El importe de la prestación patrimonial, así como el importe inicial por pago anticipado no tendrán la consideración de gastos deducibles a efectos de la normativa fiscal del IS. A efectos prácticos, por tanto, pese a que el Gravamen no tiene la consideración de tributo, se considera como tal para la normativa del IS.

Lo anterior comporta la realización de un ajuste fiscal positivo por el importe de la prestación a pagar. En la contabilidad la prestación figurará como un gasto, pero al no ser deducible se deberá sumar al resultado contable para realizar el cálculo de la base imponible del IS.

Destino de la recaudación

La recaudación del importe obtenido por el Gravamen temporal se destinará a la adopción de medidas para hacer frente al incremento coyuntural de los gastos para paliar el impacto en los precios (inflación) del conflicto entre Ucrania y Rusia.

IV. DERECHO COMPARADO. LOS GRAVÁMENES A LA BANCA EN OTROS PAÍSES EUROPEOS.

La recaudación extraordinaria al sector bancario ha sido objeto de interés continuo para la mayoría de los países que conforman el entorno europeo. La decisión final sobre la imposición corresponde a criterios subjetivos y objetivos sobre la idoneidad y proporcionalidad de la medida y en la concurrencia de elementos (no retribución de depósitos, correlación entre ingresos y gastos, necesidad de sufragar las cuentas públicas) a favor o en contra del establecimiento de este tipo de gravámenes. El debate sobre la imposición bancaria ha estado siempre presente en la actualidad legislativa europea. Sin embargo, diversos detonantes han hecho reaparecer este debate y que los gravámenes al sector bancario comenzasen a tomar verdadera forma.

Desde la reactivación económica tras la pandemia producida por la Covid-19 han tenido lugar diversos eventos a nivel geopolítico que han causado un gran impacto en las arcas públicas de los estados y que han motivado diferentes niveles de respuesta por parte de los estados. Si bien los ingresos públicos han aumentado estos últimos años (motivados principalmente por el incremento de los precios), el nivel de vida y de ingresos de la población no ha podido responder al incremento masivo generalizado de los precios. Varios estudios (Banco de España, 2023) han concluido que el incremento de los precios es causante directo de cerca del 50 por ciento del incremento de los ingresos públicos tras la pandemia.

Con estos condicionantes, la respuesta de los estados ha consistido en reformular sus políticas de actuación e intervenir mediante la aplicación de medidas de estímulo primero, para reactivar la economía y, ahora, de contracción, para tratar de controlar el impacto de la inflación. Entre este segundo grupo de medidas, diversos países (entre ellos, España) han optado por gravar de manera excepcional a sectores a priori beneficiados por el incremento en los tipos de interés. En el caso de España, el Gravamen ha sido aplicado sobre las entidades de crédito y sobre las entidades del sector energético. En ambos casos la explicación generalizada para la justificación de los gravámenes es la generación de beneficios adicionales (beneficios “caídos del cielo”) que no surgen por una mejora normal de la actividad o del negocio, sino como un incremento extraordinario que aprovecha la situación económica negativa generalizada.

Respecto del formato de la imposición, diversos países han optado por elevar su tipo mínimo del IS, aplicando penalizaciones o incrementos extraordinarios al sector bancario con carácter temporal o permanente. Asimismo, existen casos similares al español, consistentes en la aprobación de un

impuesto (o prestación patrimonial) temporal y extraordinario con el fin de gravar determinadas partidas contables bancarias. Otra medida que se ha aplicado es la aprobación de modificaciones sobre el impuesto equivalente al de transacciones financieras, aprovechando el volumen de estas para gravar a las entidades. Por último, otros países han optado por acuerdos y compromisos con el sector en materia de limitación a subida de comisiones, al traslado de costes o contribuciones a fondos públicos.

A continuación, se describen algunas de las figuras más relevantes que se han aprobado en los últimos años.

4.1. El impuesto bancario sueco (“risk tax”).

El parlamento nacional sueco aprobó en 2021 una ley reguladora de un gravamen sobre los pasivos de la entidades financieras y de las entidades de crédito. Dicho gravamen es conocido coloquialmente como “risk tax” o impuesto sobre el riesgo. La aplicación de este gravamen se produce sobre las entidades que superen ciento cincuenta mil millones de coronas suecas (unos trece mil doscientos veintidós millones de euros) en pasivos por operaciones en Suecia. Para determinar si la entidad está sujeta o no al gravamen se atenderá al informe anual del año anterior, en este caso 2021.

La tasa impositiva para el año 2022 quedó en el 0,05% del total de los pasivos de la entidad, permitiendo la aplicación de excepciones y exclusiones en materia de provisiones y otros pasivos declarados que no han de contabilizarse para la determinación de la base imponible. Para 2023, el tipo impositivo creció hasta el 0,06% de los pasivos.

Las dos críticas principales expuestas en el proceso legislativo fueron, en primer lugar, la posibilidad de incurrir en una ayuda estatal prohibida, entrando en conflicto el impuesto con la normativa de la UE. Y, en segundo lugar, la posibilidad de que se produzcan vacíos legales en la aplicación del gravamen sobre entidades extranjeras que operan en Suecia mediante filiales o sucursales.

4.2. La imposición bancaria en Reino Unido.

La problemática principal sobre el IS británico se encuentra en la distinción entre las sociedades residentes (y, por tanto, sujetas al impuesto tanto por los beneficios locales como por los mundiales, salvo que opten por pagar en destino de sus establecimientos permanentes) y las sociedades extranjeras sujetas exclusivamente por los beneficios obtenidos en el Reino Unido (que pueden no estar sujetas al tributo). La consideración sobre la residencia se evalúa por la constitución de la sociedad en Reino Unido, o bien por la existencia de una sede central de administración y gestión localizada en Reino

Unido.

Los establecimientos permanentes también computan a efectos del pago del tributo, considerando como tales a la presencia de un lugar fijo de negocios en el Reino Unido o a agentes que actúen en dicho territorio en nombre de la entidad, con la autoridad para la realización de negocios en nombre ajeno. En estos casos, la entidad no residente estará sujeta al impuesto corporativo británico solo por los beneficios comerciales del establecimiento permanente o por los beneficios cosechados por el agente.

Hasta 2021 el tipo principal del impuesto corporativo era del 19% de los beneficios. Respecto del sector bancario, se añade un gravamen adicional como tasa bancaria del 0,01% de los pasivos a corto plazo y un 0,05% respecto a las acciones y pasivos a largo plazo. Gozan de exención fiscal los primeros veinte millones de libras (veintitrés millones de euros) en concepto de pasivos, iniciándose la tributación efectiva a partir de este volumen de pasivos. Por otra parte, los beneficios bancarios tributaban con un recargo suplementario del ocho por ciento. Este recargo contaba con una exención hasta los cien millones de libras británicas (ciento diecisiete millones de euros), aplicando el recargo a partir de este volumen de beneficios.

Mediante la vía presupuestaria, se aprobó la subida del tipo corporativo general al 25%, aplicando reducciones por inversiones en sectores o proyectos considerados de interés para la Administración británica. La medida empezó a aplicarse en el año fiscal que comenzó en abril de 2023. El objetivo de la subida es paliar el incremento de la deuda británica durante la pandemia y garantizar la viabilidad de los planes de recuperación. Asimismo, el suplemento al sector bancario se reduce al tres por ciento, manteniéndose la exención hasta los cien millones de libras (ciento diecisiete millones de euros).

4.3. El impuesto bancario en Hungría.

El funcionamiento del IS húngaro se caracteriza por tener un tipo fijo cercano al 9%, fijándose a su vez una base mínima de contribución sobre un porcentaje del total de los ingresos. El 4 de junio de 2022, el gobierno húngaro aprueba un decreto que introduce impuestos adicionales para aseguradoras y entidades bancarias. La aprobación de la medida considera que se generan ingresos extraordinarios como consecuencia de la situación de los tipos de interés y de la inflación en los sectores afectados. La medida se aplica a 2022 y 2023, incrementándose la tasa en un diez y en un ocho por ciento respectivamente. Asimismo, se amplían las operaciones financieras gravadas por el impuesto de transacciones financieras, incluyendo en del impuesto los depósitos, servicios de pago,

cambio de moneda y préstamos.

4.4. El impuesto extraordinario en Italia. De la primera formulación al cambio.

El gobierno italiano decide aprobar por sorpresa el 8 de agosto de 2023 la creación de un impuesto sobre los beneficios extraordinarios del sector bancario. En concreto, se propone gravar el cuarenta por ciento del margen de interés neto. Esto incluye, según el gobierno italiano, los llamados “beneficios extraordinarios” siendo el objetivo destinar la recaudación del gravamen a la financiación de una reducción generalizada de impuestos y a la creación de un fondo para el pago de hipotecas. La medida se toma en consideración, como se ha anticipado, el 8 de agosto de 2023 y se produce una reacción negativa en el mercado de valores italiano por lo inesperado de la medida y por su impacto. (Gallén, 2023).

La norma establecía inicialmente dos requisitos para su aplicación efectiva. En primer lugar, que la entidad afectada tuviese un incremento en margen de intereses superior al cinco por ciento respecto al ejercicio fiscal de 2021 y un incremento superior al diez por ciento para el siguiente ejercicio. Por otra parte, las entidades que retribuyesen sus depósitos conforme a la recomendación del Banco de Italia no se verían significativamente afectadas por el gravamen.

Un día después del anuncio de la medida se emite un comunicado del Ministerio de Economía y Finanzas italiano para precisar el contenido del gravamen. El impuesto extraordinario se limita al 0,1% del activo bancario en los ejercicios de 2022 y 2023, no pudiendo superar en ningún caso el 25% por ciento del patrimonio neto. Se mantienen los requisitos mínimos de incremento del margen de intereses para determinar si la entidad está o no afectada por el tributo.

La aprobación del gravamen extraordinario supone, según estimaciones del gobierno italiano, una contribución adicional de hasta dos mil quinientos millones de euros. Respecto de los bancos afectados, su beneficio neto disminuirá entre un dos y un diez por ciento, según la afectación e impacto reales del gravamen.

4.5. El caso francés. Acuerdo entre el Ministerio de Economía y la banca.

Frente a la creación de nuevas figuras tributarias sobre el sector bancario, el modelo francés se ha caracterizado por la firma de acuerdos con el sector bancario en los que se adquieren compromisos para la limitación de los costes hacia el cliente. El acuerdo alcanzado en septiembre del 2022 limita el incremento de las comisiones a un máximo del 2% anual. La medida entró en vigor en 2022 y obligó a las principales entidades francesas a reportar directamente el incremento de las comisiones y las

medidas tomadas para su limitación¹³.

Asimismo, se llegó a un compromiso de analizar la situación de los colectivos sociales más vulnerables para realizar una oferta específica de productos y servicios adecuada al riesgo de estos grupos.

4.6. Valoración desde el Derecho Comparado

Comparando el Gravamen español con el resto de las figuras y las reformas aprobadas en el resto de los países europeos se plantean problemas no solo desde la incompatibilidad con el derecho constitucional y del derecho comunitario, sino también problemas desde una perspectiva económica. Analizando el Gravamen desde el empleo, el sector bancario ha experimentado en las últimas dos décadas una importante pérdida del nivel de empleo¹⁴, principalmente motivado por la búsqueda de una mayor eficiencia y el control y la reducción de costes. La aprobación del Gravamen puede tener efectos negativos sobre la economía y generar inestabilidad dentro del sector, continuándose así la tendencia de destrucción de empleo. Si el objetivo del Gravamen es realmente mitigar los efectos de la inflación y garantizar una mejor redistribución de los recursos, aumentar los costes operativos de las entidades a través de una mayor imposición no resulta la mejor elección ya que puede comportar nuevos procesos de despidos, así como motivar la deslocalización del negocio bancario de España hacia otros países con legislaciones más competitivas.

Asimismo, la inversión extranjera futura puede verse comprometida por la existencia de un marco fiscal poco competitivo y caracterizado por la falta de seguridad jurídica, demostrada con la aprobación de nuevas figuras tributarias y no tributarias. Como precedente a este respecto, cabe destacar aquí la aprobación en España de la Tasa Tobin y de la conocida como “Tasa Google” en enero de 2021. Ambas figuras, así como el Gravamen, generaron gran polémica al ser aprobadas sin consenso dentro del marco europeo y tuvieron efectos negativos sobre el volumen de negociación de las acciones y mayores costes asociados para los clientes en publicidad, respectivamente.

¹³ Acuerdo entre el Ministerio de Economía y Finanzas francés y la Federación Bancaria Francesa (FBF) para la limitación del crecimiento de los interés y la aplicación de medidas de alivio al cliente. Discurso disponible en: <https://presse.economie.gouv.fr/13-09-2022-propos-liminaires-de-bruno-le-maire-point-presse-a-lissue-de-la-reunion-entre-bruno-le-maire-et-la-federation-bancaire-francaise-fbf/>

¹⁴ Varios artículos e informaciones publicados en prensa digital que toman datos publicados por el Banco de España describen la realidad del sector bancario en términos de empleo. En la década de 2010 a 2020, se han destruido cerca de 70.000 empleos en el sector. Información disponible en el diario Expansión, en su versión digital. <https://lab.expansion.com/despidos-banca/>.

V. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL GRAVAMEN

Tras la aprobación del Gravamen, se han señalado diversos elementos controvertidos en relación con la constitucionalidad de la figura, citando entre ellos su forma de aprobación, la propia naturaleza de la prestación patrimonial, la vulneración del principio de seguridad jurídica o la falta de análisis previo de las repercusiones potenciales de la medida, la quiebra de los principios tributarios de generalidad, capacidad económica y de igualdad o la alteración del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas. En este contexto, la viabilidad y legalidad del Gravamen están siendo objeto de estudio no solo por la doctrina, sino también en sede judicial mediante diferentes recursos y acciones judiciales entabladas por las asociaciones del sector bancario y por las propias entidades afectadas. En este apartado se pretende realizar un comentario de los diferentes elementos controvertidos sobre el Gravamen y analizarlos desde la óptica de su compatibilidad constitucional.

5.1. El principio de capacidad económica. La naturaleza no tributaria de la prestación patrimonial.

El principal elemento vertebrador de la crítica doctrinal al Gravamen es su calificación como PPCPNT y no como tributo. La elección de la figura es controvertida para la mayoría de la doctrina, que considera que el Gravamen es esencialmente un tributo y debe regirse por los requisitos y límites propios del modelo tributario. Entre otros, Cruz Amorós (2022) afirma que “se someten a la LGT y sus normas reglamentarias, en particular, a su régimen sancionador y de revisión, una pista más de que estamos ante auténticas prestaciones patrimoniales de naturaleza impositiva, fundamentadas en la capacidad económica (beneficios extraordinarios) de los obligados y en necesidades excepcionales de afrontar gastos públicos inesperados derivados de una hostil situación económica sobrevenida. La obtención de estos recursos públicos no es un objetivo secundario de estas prestaciones, sino claramente principal”.

En esencia, pese a que el legislador trate de elegir discrecionalmente la figura, la propia naturaleza del Gravamen indica que este se asocia a una capacidad económica que se pretende gravar y, por tanto, la tipología escogida no es la adecuada. Cabe aquí destacar lo establecido por la STC 63/2019, fj 5, sentencia en la que el Tribunal se pronuncia sobre un recurso de inconstitucionalidad de varios artículos relativos a la financiación de servicios a través de PPCPNT de la Ley 9/2017, de contratos del sector público. El TC recuerda que la categoría o tipo de figura escogido, ya sea tributario o de cualquier otra naturaleza, no será determinado por el legislador, sino por el régimen jurídico y las características propias concretas de la figura en cuestión. Por tanto, pese a que la Ley 38/2022 configura

el Gravamen como PPCPNT, se habrán de analizar sus elementos concretos para referir ese carácter tributario o no tributario.

La primera contradicción evidente al respecto de la naturaleza no tributaria del Gravamen se encuentra en la exposición de motivos de la Ley 38/2022 donde se reconoce que los gravámenes tienen como objetivo mitigar las deficiencias en la recaudación del IS. El IS, por definición, es un tipo de impuesto directo que tiene como objeto gravar la obtención de renta (beneficio) por parte de las sociedades con personalidad jurídica. Por tanto, si se pretende corregir las deficiencias de este impuesto, lo lógico sería modificar su normativa reguladora o introducir cambios sobre el cálculo de la base imponible o sobre el tipo de gravamen. El reconocimiento expreso del legislador en el preámbulo de la Ley 38/2022 sobre el objeto del Gravamen confirma que su naturaleza, si no idéntica, es muy similar a la del IS y que, por tanto, presenta los elementos característicos de un tributo y no de una PPCPNT.

En este sentido, los elementos configuradores del Gravamen también apuntan claramente a que la figura se trata de un tributo y no de una PPCPNT. Se recoge en la Ley 38/2022 el presupuesto de hecho (margen de intereses y comisiones, revelador de la capacidad económica de las entidades bancarias al ser su principal fuente de ingresos), los sujetos obligados, el nacimiento de la obligación y el pago anticipado, una infracción no tributaria que se rige por una ley de carácter tributario y el control de la aplicación a cargo de la Agencia Tributaria. En definitiva, pese a que se define como PPCPNT, el Gravamen presenta los elementos propios de un tributo, se revisa y recauda como un tributo y tiene como objetivo final la financiación del gasto público ocasionado por el contexto inflacionario. Todos estos ejemplos son indicios de que la prestación exigida tiene naturaleza y fines de carácter tributario, pese a que el legislador califique el Gravamen como no tributario.

Varios autores alertan de que el TC debería endurecer y replantearse su doctrina sobre las PPCPNT porque estas figuras suponen una quiebra o alteración del ordenamiento jurídico en términos de justicia y de seguridad jurídica. (Lago Montero, 2021: 167). En la STC 63/2019, fj 5, el TC reconoce que la clasificación y la categorización de las PPCPNT se ha realizado por exclusión y que la figura no es homogénea, siendo comunes a todas ellas los rasgos de coactividad y una finalidad encaminada a financiar gastos concretos separados del gasto público recurrente. Desde mi punto de vista, esta argumentación del TC debería ser más exhaustiva, definiendo claramente los límites de la figura y sus características principales, evitando así un uso inadecuado del legislador, sobre todo cuando la materia en cuestión presenta evidencias de carácter tributario, como es el caso del Gravamen.

Considerando el Gravamen como un tributo y no una PPCPNT, la no deducibilidad del importe de la prestación del Gravamen en la declaración del IS a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.6 de la Ley 38/2022 presenta claros problemas. A efectos fiscales, la primera consecuencia de la no deducibilidad es la realización de un ajuste fiscal positivo por el importe contabilizado por las entidades como gasto por el Gravamen. A todos efectos, el gasto incurrido por el pago del Gravamen se equipara a los gastos vinculados a multas, recargos por incumplimientos o gastos por actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico¹⁵, que no son deducibles según la normativa del IS. Impedir a las entidades deducir fiscalmente un Gravamen que afecta de forma directa a sus ingresos y costes de explotación¹⁶, supone vulnerar el principio de capacidad económica. En este sentido, parte de la doctrina (Martín Queralt et al, 2022: 43) alega que impedir la deducción de un gravamen impuesto de forma coactiva y directa sobre parte de los beneficios de la entidad provoca que esta contribuya sobre una capacidad que realmente no tiene al impedir reducir sus ingresos con sus gastos, generando consecuencias negativas para los accionistas de las sociedades afectadas y una mayor tributación de la que realmente corresponde conforme al principio de capacidad económica.

5.2. El empleo de la proposición de ley. Vulneración de los derechos de los parlamentarios y fraude de ley.

El recorrido legislativo que lleva a la aprobación de la Ley 38/2022 comienza con la presentación de una Proposición de Ley registrada el 28 de julio de 2022 por los portavoces del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos- En Comú Podem-Galicia en Común, es decir, los grupos parlamentarios que daban apoyo y conformaban el Gobierno de coalición. A diferencia del proyecto de ley, cuya iniciativa legislativa corresponde en exclusiva al Gobierno, la proposición de ley se caracteriza porque puede ser presentada por 15 diputados o por un grupo parlamentario representado por su portavoz, tras lo cual se habilita un plazo de 30 días para que el Gobierno se oponga o no a la tramitación. Después de este plazo, si no existe negativa, puede iniciarse la toma en consideración de la proposición, tal y como indican los artículos 124 a 127 del Reglamento del Congreso.

En el caso del gobierno de coalición ha sido frecuente la presentación de proposiciones de ley por cada uno de los grupos que conforman el Gobierno, a fin de marcar diferencias políticas entre

¹⁵ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Artículo 14.3. Se detallan los gastos no deducibles fiscalmente, incluyendo aquellos originados por actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico o por multas y en los que no se da una correlación entre ingresos y gastos que justifique la posibilidad de deducción.

¹⁶ Recordemos que el Gravamen grava el margen de intereses y el margen de comisiones de las entidades afectadas. Ambas partidas suponen los principales ingresos de explotación de las entidades bancarias, siendo el Gravamen un coste directo sobre esos ingresos.

ambos grupos y manifestar su derecho a ejercer la iniciativa legislativa por separado pese a formar un gobierno en común. Sin embargo, para parte de la doctrina, citando entre otros a Gómez Lugo (2009: 2 y 4) y Martín Queralt et al (2022:8), el uso de la proposición de ley puede constituir no solo un vicio procedimental, sino también realizar una aplicación en fraude de ley del procedimiento legislativo debido para la iniciativa legislativa. Esta interpretación alude a que el uso de la proposición de ley permite evitar los trámites de consulta pública, memoria informativa, informe de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios y el Dictamen del Consejo de Estado, todos ellos requeridos en el caso de los proyectos de ley tramitados a iniciativa del Gobierno. La omisión de estos trámites a través del uso de un mecanismo de iniciativa legislativa inadecuado es lo que conduce a un potencial fraude de ley, así como a la eventual vulneración de los principios generales de fidelidad a la Constitución.

En este sentido, la redacción de la Ley 38/2022 ha planteado numerosos problemas de interpretación sobre el cálculo de la base imponible del Gravamen que pueden deberse al incumplimiento o ausencia de los trámites e informes pertinentes para mejorar la técnica legislativa. Se han registrado diferencias significativas entre el importe efectivamente satisfecho por las entidades y el importe teórico resultante de aplicar el 4,8% sobre el margen de intereses y comisiones. Parte de esta diferencia se explica por la exclusión en el cálculo de la base imponible de los ingresos por la actividad desarrollada fuera del territorio español (excluyéndose, por tanto, las cifras de sucursales o filiales con domicilio en el extranjero), así como los importes correspondientes a la prestación de servicios de seguros, que las entidades han excluido al interpretar que el hecho imponible fijado por la Ley 38/2022 se limitaba a los ingresos que hayan sido beneficiados por el incremento de los tipos de interés.

Todos estos indicios pueden apuntar también a una vulneración directa de los derechos fundamentales de los parlamentarios, argumentándose tal vulneración en lo definido por el Auto del Tribunal Constitucional (“ATC”) 85/2006, de 15 de marzo, del Pleno del TC, según la cual la correcta tramitación de la iniciativa legislativa pertenece al núcleo esencial de la función representativa protegido por el artículo 23.2 CE. El auto expone lo siguiente a este respecto: “el resultado sería que, dando satisfacción a su pretendido derecho a participar en los asuntos públicos en la forma que considere pertinente, se incurriría en la lesión inevitable de los derechos de los demás parlamentarios a la tramitación de los proyectos y propuestas por los cauces reglamentariamente establecidos.” La omisión de los trámites previos puede ser causa de una peor redacción legislativa y puede lesionar el régimen de garantías constitucionales previsto para la producción legislativa.

5.3. La retroactividad del Gravamen. Seguridad jurídica.

La prestación (el Gravamen) establecida por la Ley 38/2022 es aplicable en 2023 y 2024, quedando sujeta a posterior revisión que determine su alcance temporal futuro. A priori, no debería plantearse problema en términos de retroactividad y, en cualquier caso, si se pudiesen plantear, la retroactividad en términos generales no está prohibida salvo para casos de normas restrictivas de derechos o sancionadoras desfavorables atendiendo al artículo 9 CE. Pese a que la retroactividad esté admitida, pueden darse casos de inconstitucionalidad cuando esta vulnere otros principios protegidos por la Constitución como el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, lo que trataremos de analizar en este apartado.

Regresando al contenido material del Gravamen, su redacción toma unos períodos temporales que pueden dar lugar a problemas relevantes. En materia de fijación de las entidades obligadas al pago, el elemento sustantivo para distinguirlas de las no sujetas es un umbral mínimo de 800 millones de euros resultantes de la suma del margen de comisiones y margen de intereses en el ejercicio correspondiente al año 2019. Al margen de los posibles problemas en conexión al Derecho de la UE, que se detallarán en un apartado posterior, el matiz temporal plantea una serie de problemas prácticos para el derecho interno que son de interés constitucional. En primer lugar, puede darse el caso de entidades que bien por no alcanzar el volumen en 2019 o bien por no existir en dicho momento, no estén sujetas al Gravamen aun superando ahora (en 2023 y 2024) la cifra mínima. Este es el caso, por ejemplo, de la filial española del grupo ING, que no superaba la cifra mínima en 2019, pero que, conforme a los datos publicados por la entidad, en 2022 excedió el umbral mínimo sin quedar sujeta al Gravamen¹⁷. Y, por otra parte, puede darse el caso contrario. Entidades sujetas por su volumen en 2019, pero que en la actualidad ya no superan dicha cifra, aunque siguen estando sujetas y obligadas al pago del Gravamen.

Este punto de partida sobre el problema permite concluir que el marco temporal de referencia escogido conlleva una retroactividad poco justificada, que puede generar tratamientos arbitrarios como los descritos por aplicarse a hechos acontecidos y perfeccionados en el pasado, sin atenderse a las circunstancias presentes. Gravar a una entidad que en 2023 no superó el umbral mínimo y no gravar a otra que ahora sí lo supera, pero no lo hacía en 2019 genera una diferencia de trato que no está justificada.

¹⁷ Datos a partir de las cuentas publicadas por la entidad sobre su filial en España. Disponibles en: <https://www.ing.com/Investors/Financial-performance/Annual-reports.htm>.

Además, la forma de cuantificación de la base imponible también presenta elementos retroactivos. La obligación se devenga el primer día del año natural (1 de enero de 2023, la primera vez y 1 de enero de 2024, la segunda), calculándose para el pago de esta el margen de intereses y comisiones del año natural anterior. Esto tiene como principal consecuencia que, para la obligación que nace en enero de 2023 se atiende al resultado de 2022, no para cuantificar un ingreso anticipado, sino para cuantificar la obligación principal definitiva (Martín Queralt et al, 2022: 38). Esta retroactividad en la cuantificación puede ser también considerada injustificada y contraria al principio de seguridad jurídica, citando a modo de ejemplo la STC 121/2016, de 23 de junio o la STC 9/2019, de 17 de enero, donde el Tribunal Constitucional ha recordado que la retroactividad absoluta está prohibida salvo que se den circunstancias excepcionales que puedan justificarla.

Si bien el preámbulo de la Ley 38/2022 enuncia motivos como el respeto al pacto de rentas o la existencia de beneficios “caídos del cielo” para las entidades del sector bancario, estos motivos parecen insuficientes por sí mismos y parecen propios de la retórica política, no correspondiéndose con una argumentación constitucional clara y justificada. En el caso del pacto de rentas, este concepto abstracto más bien parece una imposición desde el Gobierno frente a los operadores del sector bancario y financiero con el objetivo de que estos financien íntegramente el coste de las medidas anti-inflación y que asuman una pretendida culpabilidad por el incremento de los tipos de interés y de la inflación. No obstante, este “pacto” no se ha traducido en ningún compromiso concreto, ni se ha implicado a otros agentes sociales o sectores para alcanzar el objetivo de reducción de la inflación. El “pacto” ha quedado sin contenido material alguno y ha servido exclusivamente para argumentar el Gravamen sobre el sector bancario¹⁸.

En conclusión, el Gravamen plantea serios problemas de retroactividad en su aplicación, que pueden poner en riesgo a principios constitucionales protegidos como el principio de seguridad jurídica al establecer referencias temporales a varios años antes en lo que respecta a la sujeción al Gravamen y al año natural anterior en materia de cuantificación del Gravamen. Todo ello genera, en mi opinión, incertidumbre y da lugar a actuaciones injustas sobre las entidades afectadas.

5.4. El principio de igualdad.

El problema de la aplicación de los principios informadores de los tributos a las PPCPNT ha generado un profundo debate dentro de la doctrina, encontrando opiniones dispares al respecto de esta

¹⁸ Varias noticias en prensa denuncian la falta de concreción del llamado “pacto de rentas”. El legislador exige esfuerzos del sector bancario, pero no concreta otras medidas ni el coste derivado de ellas.

polémica. Por un lado, autores como Lago Montero exponen que “la distinción entre categorías de prestaciones exigibles por la prestación de servicios públicos está demostrando su artificiosidad e inutilidad, creciente a medida que aumenta y al legislador se le ocurre dar vida a nuevas figuras, carentes de sustantividad propia. Son todas prestaciones retributivas, que han de ser proporcionadas al coste del servicio que se presta” (2021: 157), justificando en cierta medida la aplicación y extensión de los principios tributarios al resto de prestaciones públicas tributarias o no tributarias, en la medida en que el legislador las ha utilizado de una forma inadecuada y con fines interesados.

Por otra parte, autores cercanos a la doctrina administrativa, citando entre ellos a Lavilla Rubira (2015: 90) defienden la separación entre una figura y otra y exponen la existencia de otros límites constitucionales en la creación de PPCPNT, entre ellos la obediencia al resto de preceptos constitucionales o que la PPCPNT deba responder a una finalidad constitucionalmente admitida y tutelada. Considerando esta opinión doctrinal, el principio de capacidad económica establecido por el artículo 31.1 CE será de aplicación exclusiva para los tributos, mientras que, el resto de las prestaciones, incluyendo en esta categoría a las PPCPNT, deben regirse por el artículo 31.2 CE y por el respeto al resto del contenido constitucional, incluyendo aquí el principio de igualdad.

Regresando a la primera teoría doctrinal anteriormente expuesta, desde mi punto de vista, la consideración del Gravamen como una PPCPNT no tiene un fundamento objetivo real, sino que se ha empleado para evitar la sujeción del Gravamen a los límites del artículo 31CE (principios de capacidad económica, igualdad y progresividad, no confiscatoriedad). Si se aplicase esta teoría, el contenido material del Gravamen presenta contradicciones importantes respecto de principios como el de capacidad económica (no se permite la deducibilidad del Gravamen ni se tienen en cuenta los beneficios, partiéndose directamente de los ingresos para el cálculo de su base imponible) y el de igualdad (se establece un umbral mínimo de sujeción al Gravamen que engloba a un número determinado de entidades, los grandes operadores del sector, frente al resto de entidades, sin una justificación que permita superar el juicio del principio de igualdad en materia tributaria. Asimismo, la no revisión del umbral genera situaciones discriminatorias, dando lugar a que situaciones económicas similares lleven aparejada una imposición fiscal mayor sobre unas entidades que sobre otras). Al vulnerarse estos principios y, considerando el Gravamen como un tributo, en mi opinión, este supera los límites del artículo 31CE y presenta claros vicios de inconstitucionalidad.

Atendiendo a la jurisprudencia constitucional, parece reforzarse la opinión de la segunda corriente doctrinal, citándose a modo de ejemplo la STC 83/2014, fj 6, donde se recoge que los principios recogidos en el artículo 31.1 CE operan respecto de los tributos, pero no respecto de

cualquier prestación patrimonial que carezca de naturaleza tributaria. En este sentido se pronuncia también la STC 167/2016, fj 5, recordando que, si bien no es aplicable a las PPCPNT el contenido del artículo 31.1 CE, dichas prestaciones sí que han de someterse a un triple juicio de adecuación en cumplimiento del artículo 14 CE, relativo al principio de igualdad. Este triple baremo ha de superar los juicios de comparabilidad (concretando si las situaciones analizadas son iguales), razonabilidad (observar si concurre una finalidad objetiva y razonable que haga dar un trato distinto a situaciones similares) y proporcionalidad (entre el medio empleado y la finalidad perseguida, sobre todo si existen consecuencias lesivas injustificadas) para determinar si la PPCPNT en cuestión cumple con las exigencias del principio de igualdad o no.

El TC no se ha pronunciado en la fecha de redacción de este trabajo sobre los recursos pendientes sobre el Gravamen bancario, pero parte de la doctrina (Palao Taboada, 2023: 32-33) considera que existen indicios suficientes para considerar una eventual vulneración del principio de igualdad por el incumplimiento del triple juicio de comparabilidad, razonabilidad y proporcionalidad descrito anteriormente. Partiendo de la naturaleza de las PPCPNT, al exigirse estas coactivamente sobre un grupo de sujetos (en este caso, sobre las entidades bancarias y establecimientos de crédito que superen un umbral mínimo) predeterminados por el legislador y a diferencia de los tributos, que gravan a todos los ciudadanos o entidades que realicen el hecho imponible en cuestión, la justificación ha de ser suficiente y significativa, para poder considerar superado el triple juicio de adecuación y que, por tanto, no se vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE.

De nuevo, independientemente del tratamiento del Gravamen como PPCPNT o como tributo, este debe someterse al principio de igualdad. Desde mi punto de vista, el Gravamen no supera el triple juicio exigido por el artículo 14 CE. En primer lugar, el legislador argumenta que el sector bancario es el principal beneficiado del incremento de tipos de interés y de la inflación. Sin embargo, no realiza ningún estudio previo ni compara la realidad del sector bancario con la de otros sectores. Si se toman las cifras de incremento de ventas entre 2020 y 2022, publicadas por la Agencia Tributaria¹⁹ a partir de las declaraciones de IVA de las grandes entidades se observa que otros sectores, entre ellos el textil, la hostelería o el transporte, han registrado unos incrementos de márgenes superiores a los del sector bancario y no han sido sometidos a ningún gravamen o tributo adicional.

Asimismo, este trato diferente al sector bancario frente a otros sectores no está justificado en

¹⁹ Datos extraídos del informe Ventas, Empleo y Salarios en las Grandes Empresas, publicados por la Agencia Tributaria a partir de las declaraciones de IVA de las entidades. La comparativa con el sector bancario se ha realizado a partir de los datos de incremento de márgenes de las principales entidades cotizadas de este sector.

ninguna razón objetiva, más allá de la retórica política. Cabe además destacar que el sector bancario ya está sometido a un tipo impositivo por IS superior al de otros sectores (30% de tipo de gravamen, frente al 25% de tipo general del IS).

Por último, la medida no parece proporcionada por tres motivos: (i) la revisión y conversión del Gravamen en permanente (lo cual niega toda proporcionalidad al admitir que el Gravamen no solo penalizará al sector cuando los tipos de interés y la inflación sean elevados, sino que también lo hará cuando la situación revierta y el sector pierda esos alicientes positivos), (ii) la no valoración de otras alternativas menos lesivas, como por ejemplo, introducir un incremento adicional temporal en el tipo de IS, gravando así los beneficios y no los ingresos, o (iii) por la elección de antemano de un grupo de entidades que van a estar sujetas al Gravamen, sin que este grave a la totalidad de los ciudadanos o a la totalidad del sector.

En relación con lo expuesto por autores como Palao Taboada, más allá de la consideración del Gravamen como PPCPNT o tributo, mi opinión es que la vulneración del principio de igualdad en los elementos materiales y en la configuración del Gravamen parece evidente y provoca su incompatibilidad con el artículo 14 CE, sobre todo desde el incumplimiento de la justificación y superación del triple juicio de adecuación.

VI. ANÁLISIS DEL GRAVAMEN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Analizadas la naturaleza y características del Gravamen, así como los principales desafíos o problemas que se plantean con aquel dentro del ordenamiento constitucional español, se hace necesario analizar dicha figura en conexión al Derecho Comunitario. Este derecho, creado con el fin de dar cumplimiento a los objetivos fundacionales de la UE, ha ido conformando un sistema jurídico propio y autónomo que goza de primacía²⁰ frente a los respectivos derechos nacionales. Como principal derivada de este concepto de primacía del derecho comunitario, se dan una serie de limitaciones tanto en materia tributaria como en otras materias y, en otras ocasiones, es necesario adaptar los ordenamientos y los marcos regulatorios nacionales al contenido que figura en las disposiciones de Derecho Comunitario.

Los principales problemas del Gravamen en conexión al derecho comunitario que van a analizarse a continuación son los siguientes: en primer lugar, la vulneración de los derechos de propiedad, el principio de libertad de empresa y el principio de proporcionalidad. En segundo lugar, los problemas entre el contenido material del Gravamen y las disposiciones comunitarias y, por último, la posibilidad de incurrir en ayudas ilegales de Estado.

Vulneración de los derechos de propiedad, el principio de libertad de empresa y el principio de proporcionalidad.

A diferencia del análisis de valoración constitucional sobre si los principios materiales de justicia tributaria son aplicables o no a las PPCPNT, en el marco del Derecho de la Unión no existe una distinción análoga dentro del llamado derecho originario de la UE sobre las diferentes clases y formas impositivas. Tampoco existe dentro de este derecho una fijación expresa de principios tributarios que pueda servir de guía y de límite a los respectivos derechos nacionales. A falta de ello, como punto de partida, puede considerarse que el establecimiento de una PPCPNT supone, por la naturaleza de esta, un impedimento al derecho de propiedad y que, por ello, el establecimiento de tales figuras ha de estar sometido a los límites y circunstancias propios de este derecho (por ejemplo, el principio de igualdad).

²⁰ El concepto de primacía del Derecho de la Unión se basa en la idea de que, en caso de conflicto entre un derecho nacional y una disposición de derecho comunitario, prevalecerá el Derecho de la Unión, pues en caso contrario se privaría de efecto y se impediría la consecución de las políticas y objetivos comunitarios. Se trata de un concepto emanado de la jurisprudencia del TJUE en sentencias como *Van Gend en Loos/Administración Tributaria neerlandesa* (asunto 26/62) o en el caso *Costa/Enel* (asunto 6/64).

Una parte mayoritaria de la doctrina considera que el derecho de propiedad y el principio de libertad de empresa se colocan como grandes límites al establecimiento de PPCPNT. El artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“CDFUE”) consolida la libertad de actuación de las personas físicas y jurídicas como un elemento que no puede ser sometido a injerencias del Estado sin que estas hayan sido justificadas bajo un estricto juicio de proporcionalidad²¹. Esta exigencia de justificación, desde el marco del derecho comunitario, se traduce en dos componentes: (i) el análisis de las alternativas de regulación posibles (incluso la posibilidad de no regulación) y (ii) la evaluación sobre la confiscatoriedad de la medida sobre el obligado.

La ausencia de análisis previo de las características del sector bancario y el incumplimiento de las promesas de valoración posterior del Gravamen recogidas en la Ley 38/2022 son indicios claros de un incumplimiento de este principio comunitario por parte del legislador español.

Asimismo, parte de la doctrina, aplicando el criterio de la carga irrazonable en la valoración de la proporcionalidad de la medida, considera complicado asumir como razonable una carga que se exige a un operador de un sector cuando el beneficiario de dicha carga excede a su sector (Gómez Ferrer, 2015: 64) y se identifica, en el caso del Gravamen bancario, con la sociedad en su conjunto. Considerando que el sector bancario planteó diversas propuestas como la creación de un fondo de protección de impagos hipotecarios o facilidades en la concesión de crédito con el fin de paliar y mitigar los efectos de la inflación en el plano intrasectorial y tales propuestas fueron desechadas por el legislador y sustituidas por el Gravamen, todo parece apuntar a un nuevo incumplimiento en la aplicación del principio de proporcionalidad.

La doctrina también se ha decantado por defender que las libertades de circulación de capitales y de establecimiento, contenidas en los artículos 63 a 66 y 49 a 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) representan límites a la regulación y establecimiento de las PPCPNT en atención al principio de proporcionalidad. La STJUE, de 14 de mayo de 1974, *J.Nold, Kohlenund BaustoffgroBhandlung/ Comision de las Comunidades Europeas (asunto 4-73)*, permitió al tribunal defender que la libertad de empresa implica evitar que se prohíba a un agente económico realizar su actividad mediante la imposición de nuevas condiciones legales. Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE ha considerado en varias ocasiones que la posibilidad de disuasión de las inversiones puede bastar para calificar una medida como restrictiva en el sentido del artículo 63.1 TFUE y suponer, por tanto, una limitación a la libre circulación de capitales. En el caso del Gravamen, este provoca una

²¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario oficial de las Comunidades Europeas, 30 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>. Artículo 52.

disminución de la rentabilidad y del resultado contable de las entidades afectadas, lastrando potencialmente su atractivo e interés para inversores nacionales y extranjeros y provocando que estos se decantan por otros sectores a la hora de invertir en su capital social. Este concepto es explorado en la STJUE de 13 de mayo de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas/ Reino de España* (C-463/00), donde se declara el incumplimiento por parte del estado español de diversos preceptos de derecho comunitario en el marco de aplicación de un régimen de autorización administrativa previa por la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en la medida, así como la falta de fijación de criterios objetivos y públicos, pudiendo lesionar el atractivo en materia de inversión de las entidades afectadas por tal autorización previa.

Como hemos visto, la vulneración del principio de proporcionalidad en su conexión al resto de libertades, derechos y principios comunitarios plantea evidentes interrogantes sobre la compatibilidad del Gravamen con el Derecho Comunitario. La imposición de la medida puede suponer, por tanto, una quiebra del mercado único y restringir gravemente la libertad de circulación de capitales y ser objeto de revisión mediante cuestiones prejudiciales o bien mediante recurso directo ante el TJUE.

Incompatibilidades entre el contenido material del Gravamen y las disposiciones comunitarias

El contenido material del Gravamen tal y como se establece en la Ley 38/2022 ha sido criticado por gran parte de la doctrina, afirmando que, además de poder suponer vicios de inconstitucionalidad, la citada ley también puede presentar motivos que implican la vulneración del Derecho de la UE.

El primero de ellos es el relativo a la fijación del umbral mínimo de 800 millones a partir del cual se considera a las entidades sujetas o no al pago del Gravamen. Atendiendo a la redacción de la Ley no existe una justificación suficiente sobre el importe, más allá de una afirmación contenida en su preámbulo donde se afirma que “en el sector de las entidades de crédito el umbral del gravamen se determina en función del importe de los intereses y comisiones cobrados; es decir, se considera una magnitud inferior a la cifra de negocios, de ahí que el límite cuantitativo se fije en 800 millones de euros”²². Esta justificación, no obstante, parece insuficiente para determinar el umbral de aplicación del Gravamen al no existir detalles o referencias concretas de porqué ese importe está justificado y, en su caso, de cuáles son las razones que han llevado al legislador a determinar esa cifra y no otra y si existen o no informes, directivas o estudios que avalen dicha cifra en comparación con otras alternativas posibles.

²² Ley 38/2022. Preámbulo. Apartado I.

Por ello, la falta de justificación de este umbral puede suponer una vulneración de los artículos 107 y 119 del TFUE. El artículo 107 alude al concepto de ayudas de estado ilegales, siendo estas incompatibles con el Derecho de la UE al favorecerse a unos sujetos u operadores y perjudicar de forma arbitraria a otros sujetos. El umbral mínimo, debido a su falta de justificación y de motivación parece haber sido elegido de forma arbitraria por el legislador para condicionar la aplicación del Gravamen a una serie de entidades y evitar que el Gravamen se aplique a operadores extranjeros o a entidades con volúmenes más pequeños, todo ello sin enarbolar una justificación suficiente que permita comprender y motivar esa distinción.

Por otra parte, el artículo 119 del TFUE obliga a la coordinación de los Estados miembros de la UE en materia de política económica a fin de garantizar “el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. La imposición arbitraria del Gravamen sobre un conjunto de entidades puede impedir que estas participen de forma justa y en igualdad con sus pares europeos, debido a que son sometidas a limitaciones adicionales no justificadas. Estos hechos pueden ser objeto de conocimiento por la Comisión en virtud del artículo 116 TFUE, amparando las denuncias de las entidades afectadas y pudiendo requerir una eventual eliminación o rectificación de la medida si se comprueba la vulneración de los dos artículos mencionados.

El artículo 2.7 de la Ley 38/2022 establece una multa proporcional del 150 por ciento del importe repercutido por las entidades a sus clientes o a terceros en concepto del Gravamen. Asimismo, se clasifica la infracción como muy grave y se afirma el carácter no tributario de la infracción y su sometimiento al régimen administrativo sancionador general. Al respecto de este tipo de sanciones se ha pronunciado recientemente el TJUE en la STJUE de 27 de enero de 2022, *Comisión Europea/ Reino de España* (C-788/19). En este asunto, se examinaba el modelo 720, concretamente la modificación incorporada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, relativo a la declaración de bienes y derechos poseídos por el contribuyente en otros estados miembros de la UE, estableciendo un severo régimen sancionador por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación. La citada sentencia del TJUE declara nulas las sanciones por incumplimiento del principio de proporcionalidad en su aplicación y por el hecho de que la imposición de este tipo de sanciones supone una clara restricción a la libertad de movimiento de capitales en la medida en que se crea una distinción de trato entre los residentes en España y los residentes de otros estados miembros por la localización de sus bienes y derechos. De nuevo, y en el caso de la multa establecida por el Gravamen bancario, la ausencia de justificación y de graduación de

la extensión de la multa supone contrariar el principio de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia del TJUE y por las normas configuradoras del Derecho sancionador, pudiendo llegar a declararse la nulidad de la multa por estos motivos.

Cabe recordar también el caso del llamado “céntimo sanitario”, un impuesto especial sobre gasolinas y gasóleos para ayudar a la financiación de la sanidad pública, que fue analizado en la STJUE, de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora y Generalitat de Catalunya* (C-82/12) donde se declaró a este impuesto como incompatible con el Derecho Comunitario instando a la devolución completa de todos los importes recaudados por este impuesto, hasta su integración dentro del impuesto general de hidrocarburos. La obligación de devolución, mas allá de su razonamiento jurídico, tiene implicaciones económicas evidentes sobre las arcas públicas, que han de devolver los ingresos previamente recaudados.

El tercer problema del contenido material del Gravamen en relación con el Derecho Comunitario parte de su propia naturaleza como PPCPNT o como tributo. Si pese a que la calificación dada por el legislador es la de PPCPNT, se considera que el Gravamen es en realidad un impuesto como defiende mayoritariamente la doctrina (De La Fuente, 2022: 3), resultaría de obligada exigencia que el Gravamen cumpla con los principios y normas de la Unión Europea en materia de tributos, citándose entre ellos la prohibición de discriminación entre los residentes de la UE, la prohibición de restricción de la libertad de establecimiento, de la libre prestación de servicios y de la libertad de circulación de capitales (Martín Queralt et al., 2022: 55).

De igual forma, si se considerase que el Gravamen no es un tributo, sino verdaderamente una PPCPNT, el TJUE en su jurisprudencia ha empleado el término en sentido amplio, entendiendo como tributos a “todo tipo de prestaciones patrimoniales exigidas por los poderes públicos, incluyendo las que la normativa española denomina prestaciones tributarias accesorias y también aquellos tratamientos que neutralizan total o parcialmente o alteran la cuantía del tributo” (Martín Queralt et al., 2022: 44). Varias sentencias del TJUE cuestionan y entienden como discriminatorios a diversos gravámenes por ser contrarios a la libertad de establecimiento. A modo de ejemplo, la STJUE de 25 de julio de 2018, *TTL EOOD/Direktor na Direksia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika* (C-553/16) toma en consideración la posibilidad de que la exigencia de intereses de demora puede provocar discriminación por razón de la residencia y ser contraria al derecho comunitario.

Desde una perspectiva práctica, para las entidades afectadas por el Gravamen este supone una discriminación competitiva negativa, según la cual, las entidades residentes en España, por el simple

hecho de residir en España y generar su actividad en el país, sufren una disminución de sus beneficios por la aplicación del Gravamen frente a entidades con residencia en otros estados miembros. La imposibilidad de trasladar o repercutir esos costes a sus clientes o la posibilidad de deducir el gasto incurrido por el pago del Gravamen en la tributación por el IS son otros dos elementos que motivan esa línea de pensamiento. En mi opinión, la no discriminación por razón de la residencia implica no tratar de forma diferente a entidades que realizan una actividad similar en función del país concreto en que realicen dicha actividad. Por tanto, el Gravamen vulnera el Derecho de la Unión en tanto genera una diferencia clara de trato, perjudicando a las entidades residentes en España frente a sus competidores extranjeros.

Los argumentos expuestos anteriormente se consolidan con la opinión contenida en el Dictamen BCE, de 2 de noviembre, donde este se manifiesta crítico con el establecimiento del gravamen bancario temporal en España debido a que puede suponer un grave impacto negativo en la capacidad real de las entidades financieras para conceder créditos y para mantener su solvencia a largo plazo, limitándose así en gran medida la capacidad de estas entidades para trasladar la política monetaria a la economía real y, por tanto, impedir el ejercicio de control de la inflación iniciado mediante las subidas de tipos de interés por el BCE. En el informe, el propio BCE recomienda modificar la prohibición de traslado del impacto del Gravamen por parte de las entidades a sus respectivos clientes y exige al legislador nacional delimitar claramente los riesgos operativos y emplear una terminología más clara sobre los criterios a aplicar en materia de cálculo del importe de la prestación. El informe también alerta de la posibilidad de falsear la competencia en el mercado interior, al imponer una obligación de forma exclusiva a un grupo determinado de entidades y excluir al resto de ellas del pago de la obligación. Asimismo, la competencia a nivel nacional también se vería afectada por el hecho de privilegiar a una serie de entidades no obligadas al pago del Gravamen frente al conjunto de entidades afectadas.

Ayudas ilegales de Estado

El artículo 107 del TFUE prohíbe las llamadas ayudas estatales cuando estas se refieran a los intercambios comerciales entre Estados Miembros y tengan como consecuencia el falseamiento de la competencia a través de la concesión de una ventaja selectiva en favor de un determinado operador o grupo de operadores frente al resto. Esta definición tiene tres elementos de interés: (i) el concepto de ayuda de estado, entendida como el apoyo o ventaja prestada por una autoridad pública a una entidad o conjunto de entidades beneficiarias, a través del uso de recursos públicos (tanto mediante transferencias positivas de fondos desde el Estado a las entidades como de forma negativa, dejando el

Estado de percibir recursos que podría recibir) y en unas condiciones no alcanzables dentro del mercado ordinario, (ii) la tipología de estas ayudas, que abarca desde las subvenciones, las transferencias directas de recursos, la concesión de préstamos “blandos”, garantías de financiación e incluso medidas que tengan como objetivo la exención o reducción de las bases imponibles, así como exoneraciones absolutas del pago de impuestos, gravámenes o tasas y (iii) la selectividad de la medida, relativa a la aplicación de la ventaja sobre una entidad o grupo de entidades concretos, pese a que estas se encuentran en una situación jurídica similar a la de otras entidades no beneficiadas.

El primer paso, por tanto, es determinar si el Gravamen supone una ayuda de estado y si se cumplen los requisitos establecidos para ello. En este sentido, nos encontramos ante una ayuda en favor de las entidades extranjeras que, pese a prestar su actividad también en España, no están sujetas al pago del Gravamen. En este caso, la ventaja es evidente. El Gravamen coloca a las entidades sujetas en una situación financiera comparativamente peor a la de las entidades (tanto del sector bancario como de otros sectores no gravados) no sujetas al Gravamen. El legislador nacional, pese a considerar que el sector bancario es beneficiario principal del incremento de la inflación, sanciona exclusivamente a las entidades residentes en España, pese a que existen numerosas otras entidades que, pese a no residir en España, también prestan sus servicios en el país. Asimismo, la decisión sobre la sujeción es imputable al Estado español, en tanto el Gravamen es aprobado mediante una ley estatal, la Ley 38/2022, aprobada por el Congreso y el Senado. Precisamente, regresando al texto de esta Ley, la argumentación del legislador para la aprobación del Gravamen parte de los beneficios extraordinarios del sector, sin considerar que otros sectores también se han beneficiado (incluso en mayor medida) de este incremento de precios y que el resto de las entidades financieras no sujetas también se benefician de este incremento generalizado.

Por ello, en mi opinión, la ausencia de justificación en la elección de aquellas entidades sujetas frente al resto de entidades tanto del propio sector financiero como del resto de sectores es un factor que indica la arbitrariedad del legislador en su elección, discriminando a unas entidades sobre otras e incurriendo en una ayuda de Estado. Si la finalidad de la medida es realmente mitigar los efectos lesivos de la inflación a través de una mayor contribución de las entidades más beneficiadas (tal y como refleja el preámbulo de la Ley 38/2022), entonces sería necesario eliminar el umbral mínimo de sujeción (dentro del sector bancario) y ampliar el ámbito de aplicación a otros sectores también beneficiados por el incremento generalizado de los precios. Ambos elementos prueban el componente de

selectividad²³ requerido para la consideración de ayuda de estado, discriminando negativamente a las entidades sujetas frente al resto.

Una vez determinado el primer elemento de la ayuda de estado, esto es, la concesión de una ventaja selectiva injustificada en favor de un grupo de entidades, queda pendiente comprobar si, efectivamente, la ayuda estatal tiene incidencia sobre las relaciones comerciales entre Estados Miembros y si esto produce efectos negativos (falseamiento) sobre la competencia. Como punto de partida de este segundo interrogante, la STJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, establece que la distorsión no implica una intervención directa en favor de las entidades beneficiarias para que estas incrementen sus volúmenes o su cuota de mercado, sino que basta con facilitar su posición competitiva o con reducir, directa o indirectamente, sus costes frente al de sus competidores. En el caso que nos ocupa, el sector bancario se trata de un sector plenamente liberalizado e internacionalizado, donde las entidades prestan libremente sus servicios en diferentes países en función de sus intereses comerciales o de sinergias territoriales (por ejemplo, BBVA tiene su sede social en España, pero el mayor volumen de ingresos lo registra en su filial en México. CaixaBank opera en España principalmente, pero su segundo mercado principal es Portugal. O Santander, que presenta un modelo diversificado entre España, Brasil, Reino Unido y varios países de la Unión).

Atendiendo al dictamen BCE, de 2 de noviembre de 2022, cuyo contenido ha sido resumido en apartados anteriores, coincido en su criterio, afirmando que la aprobación del Gravamen “podría perjudicar la igualdad de condiciones tanto dentro del país como en toda la unión bancaria”. A mi parecer, la aplicación del Gravamen sobre un grupo de entidades preseleccionadas y la prohibición que se establece de que estas puedan repercutir ese coste supone una clara lesión de la competencia y altera el régimen establecido dentro de la Unión, falseando la competencia.

Determinada la existencia de una ayuda de estado, el siguiente paso es determinar si esta ha infringido las normas procedimentales de control de ayudas de estado. Esto tiene especial interés para conocer si la ayuda es susceptible de ser declarada como ilegal o incompatible con el Derecho Comunitario. Para este efecto, el artículo 108 TFUE contiene, en primer lugar, la responsabilidad conjunta de la Comisión junto a los Estados Miembros para la revisión de las ayudas existentes en los respectivos Estados Miembros y, en segundo lugar, la obligación de que los Estados Miembros

²³ La selectividad es una nota configuradora de las ayudas de estado. Este concepto implica que la medida solo se aplica frente a una entidad o conjunto de entidades, pese a que esta se halla en una situación competitiva y comparativa comparable a la de otra u otras entidades que no reciben la ayuda. Por tanto, al hallarse en una situación jurídica similar, la discriminación se demuestra en tanto la ayuda se concede a una entidad frente a la otra, pese a que presentan condiciones y características similares.

comuniquen a la Comisión la concesión o modificación de las ayudas para que la Comisión presente sus observaciones y determine la compatibilidad de la ayuda con el mercado comunitario y el Derecho de la Unión Europea.

La revisión de las ayudas, por tanto, presenta una doble posibilidad. En primer lugar, que sea el Estado Miembro el que comunique a la Comisión la aprobación de una ayuda de estado (bien por comunicación directa del Estado o por investigación de la propia Comisión) o, por otro lado, el control por parte del juez nacional en aquellos casos en los que interprete la existencia de una ayuda de estado no notificada a la Comisión, debiendo entonces declarar la ilegalidad de la ejecución de la ayuda, pendiente de la determinación de la Comisión sobre la incompatibilidad de la ayuda con el Derecho Comunitario.

En el caso del Gravamen, este se ha implementado sin la notificación previa pertinente por parte del Gobierno español ante la Comisión y, por tanto, puede haberse incurrido en una ejecución ilegal dado que la Comisión no ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto de la medida, determinando si el Gravamen es compatible o no con la competencia dentro del mercado comunitario. En este sentido, el juez nacional no parece que se haya decantado por considerar el Gravamen como una ayuda de estado, pues el recurso de las entidades donde se solicitaba la suspensión cautelar de la Orden HFP/94/2023, de 2 de febrero, donde se aprueban los modelos de liquidación del Gravamen, (ha trascendido por el momento el recurso de Repsol sobre el gravamen energético) ha sido rechazado, alegando la Sala Séptima de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que la imposición de medidas cautelares supondría paralizar el ordenamiento jurídico e invadir competencias sobre la constitucionalidad de la ley que no corresponden a la Audiencia Nacional.

En cualquier caso, en febrero de 2023 ha trascendido la denuncia de un abogado español, Isaac Ibáñez, ante la Comisión, solicitando la apertura de un procedimiento de infracción y la revisión del contenido del Gravamen y su adecuación al Derecho Comunitario. En este sentido, de nuevo, las consideraciones del Dictamen BCE, de 2 de noviembre son especialmente críticas con la prohibición de repercusión del Gravamen y el control de dicha prohibición, así como con la eventual disminución de la rentabilidad de las entidades afectadas por el Gravamen frente a aquellas no sujetas. Las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea EBA/GL/2020/06 establecen, al respecto del traslado de costes en el apartado 202, letra e) lo siguiente: “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: cualquier otro coste real asociado al préstamo en cuestión, incluidas las consideraciones tributarias, cuando proceda”. Siguiendo la literalidad de este apartado,

las entidades bancarias deben trasladar (porque así lo dice la normativa del BCE) los costes a sus clientes para preservar su estabilidad y su solvencia. La prohibición de repercusión (y, sobre todo, la falta de concreción sobre la definición de esa repercusión y su alcance) es contraria al Derecho Comunitario y pone en riesgo el desarrollo de la actividad bancaria.

Los recursos sobre el fondo de la Orden siguen su curso y las entidades afectadas demandan el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE y/o la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Parece evidente, por tanto, que queda camino por recorrer ante los tribunales de Justicia hasta que se conozca el desenlace definitivo.

VII. ANÁLISIS CRÍTICO Y PRINCIPALES CONCLUSIONES.

En este apartado se pretende analizar el Gravamen desde tres perspectivas fundamentales: (i) una aproximación general desde la idoneidad política y económica del Gravamen, (ii) constitucional, analizando de forma crítica los argumentos expuestos en este trabajo con el objetivo de determinar la conformidad del Gravamen con la CE y (iii) compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, poniendo el foco en los principales elementos problemáticos del Gravamen en relación con las disposiciones de Derecho Comunitario.

7.1. Conclusiones generales

Desde un punto de vista del análisis jurídico-económico del Gravamen, el primer interrogante que se plantea es si la situación del sector bancario en España es adecuada para la aprobación de un Gravamen y si existen argumentos económicos relevantes para justificar esta decisión. En primer lugar, el legislador se ampara en el preámbulo de la Ley 38/2022 en dos elementos: la existencia de un “pacto de rentas” y beneficios “caídos del cielo”, de los cuales las entidades se estarían beneficiando de manera injustificada. Del análisis de ambos conceptos resulta una conclusión común, que es la inexistencia tanto de lo primero, como de lo segundo. El concepto del pacto de rentas es un constructo del legislador que tiene como único objetivo establecer medidas en contra de un sector bancario al que se pretende situar como culpable de una situación de inestabilidad general (motivada por la inflación y diversas tensiones militares), pero no se ha traducido en ninguna medida concreta adicional sobre otros sectores o en un esfuerzo generalizado para paliar la inflación.

Si se analiza al conjunto de las entidades del sector bancario, puede observarse como, lejos del planteamiento del legislador, estas entidades sufren un fuerte descuento en términos de cotización sobre su valor contable o valor teórico y enfrentan un coste de capital muy superior, en media, a la rentabilidad real obtenida por las entidades. El Gravamen supone un condicionante negativo añadido a las entidades, que además son dependientes de los tipos de interés para la generación de negocio y la expansión de márgenes. En la década comprendida entre 2012 y 2022 las entidades han sido parte de un período de tipos de interés casi negativos, donde se ha producido un deterioro de la actividad y una erosión de los márgenes. La razón que explica el descuento en la cotización no es otra que la incertidumbre regulatoria que existe en España. El debate sobre la modificación del Gravamen es permanente, algo que ya parece asumido por los grupos parlamentarios que conforman el Gobierno²⁴

²⁴ Varias noticias recogidas en prensa aluden a los comentarios del Gobierno. Una vez ampliado el Gravamen al ejercicio de 2025, la intención actual tanto del Gobierno como de los grupos parlamentarios que lo conforman es la de modificar la

pone en evidencia que la medida no tenía la intención de combatir de forma excepcional los efectos de la inflación, sino que se trata de un intento de incrementar la imposición sobre el sector bancario.

En segundo lugar, otro de los problemas que plantea el Gravamen es el de la doble imposición al que se somete a las entidades afectadas por el Gravamen. Por ello, siguiendo la línea de opinión de autores como Palao Taboada y Martín Queralt, la calificación de la figura como la de una prestación patrimonial de carácter no tributario y no como la de un impuesto o tributo tiene como principal finalidad esquivar el control constitucional del artículo 31.1 (principios de capacidad económica y no confiscatoriedad), tratándose la medida de un “tributo enmascarado”, en palabras de Pablo Allende Salazar y no de un gravamen.

A este respecto, el 23 de febrero de 2024 se registra en el Congreso una iniciativa del Grupo Parlamentario Mixto que plantea la modificación de la Ley 38/2022, fijándose un “gravamen sobre márgenes” con un tipo de gravamen sobre el margen de intereses y comisiones desde el 4,8% actual hasta un 10%. Y, por otra parte, se define el importe a satisfacer como el resultado de “aplicar el porcentaje del 75% a aquella suma del margen de intereses y comisiones... sin que la cuantía a abonar pueda resultar inferior, en ningún caso, al 50% del beneficio bruto obtenido en el período de referencia”. La presentación de este tipo de iniciativas denota un claro desconocimiento no solo de la realidad del sector (que ya tributa en IS con un tipo reforzado sobre el tipo general), sino un desconocimiento del sistema fiscal, ya que las cifras manejadas tienen un alcance confiscatorio y suponen un impedimento claro a la libertad de empresa y a la prestación de servicios.

En definitiva, la aprobación de iniciativas sin el análisis exhaustivo de la realidad que se pretende legislar y reduciendo los tramites de información se traduce en una ley con problemas de interpretación evidentes y con la producción de efectos contrarios a los inicialmente previstos.

7.2. Principales conclusiones sobre la constitucionalidad del Gravamen

En el marco de este trabajo, se ha realizado un análisis sobre los principales problemas de constitucionalidad del Gravamen, observándose varias incompatibilidades entre el contenido formal y los aspectos materiales de aquel y el texto constitucional.

naturaleza del Gravamen para que este se convierta en permanente. A modo de ejemplo, se cita aquí este artículo de La Razón, a tenor de las conversaciones para la negociación presupuestaria. Disponible en: https://www.larazon.es/economia/gobierno-prorroga-impuesto-banca-energeticas-2025_20231227658c1c3929f3180001efa319.html#:~:text=El%20Gobierno%20har%C3%A1%20permanente%20el.energ%C3%A9ticas%20a%20partir%20de%202025.

El principal objeto de polémica es la calificación del Gravamen como una PPCPNT y no como un tributo o impuesto al uso. La calificación reviste de especial importancia, sobre todo a tenor de la sujeción de la figura al artículo 31.1 CE y los principios que este establece, entre ellos el principio de capacidad económica y el principio de no confiscatoriedad. En este sentido, recordando la STC 63/2019, lo importante no es la calificación utilizada por el legislador, sino los aspectos materiales y de configuración de la figura en cuestión. Como se ha demostrado en el trabajo, existen indicios claros que apuntan a la naturaleza tributaria del Gravamen recordando, entre otros, su carácter similar al del IS, su sujeción a la Ley General Tributaria o sus elementos materiales (hecho imponible, sujetos obligados, base imponible...).

En este sentido, el Gravamen vulnera el principio de capacidad económica, gravando una generación de renta superior a la que se corresponde con la realidad. Como se ha demostrado, el tipo de Gravamen se aplica directamente sobre el margen de intereses y comisiones, sin descontarse los gastos, amortizaciones y otros elementos previos a la determinación del beneficio de las entidades. Asimismo, si la finalidad es gravar el incremento de los márgenes de las entidades, se observa un alcance confiscatorio en el Gravamen, sometiéndose el margen de intereses a una tributación directa total directa muy elevada, resultado del impacto combinado del IS y el Gravamen sobre los márgenes de las entidades.

El segundo de los problemas que se observan desde el enfoque constitucional es la retroactividad del Gravamen, tanto en la determinación del umbral de sujeción a la prestación como en el cálculo de la base imponible y se aprecia una vulneración del principio de seguridad jurídica tanto en la determinación de la sanción por el incumplimiento de la prohibición de traslado del Gravamen a los clientes. Se han hallado otros ejemplos y casos de sanciones a España por la fijación de sanciones desproporcionadas, como las comentadas por incumplir la declaración de activos en el extranjero (declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea por vulnerar la libertad de circulación de capitales). En el caso del Gravamen, la sanción establecida es del 150% del importe repercutido, sin detallarse los mecanismos de comprobación ni una justificación sobre la prohibición de repercusión.

Por último, otro de los argumentos fundamentales para justificar la inconstitucionalidad del Gravamen es la vulneración del principio de igualdad. Más allá del control judicial definitivo, que sigue en curso y del cual no conocemos resolución, el Gravamen no parece superar los elementos del triple juicio de proporcionalidad exigido para cumplir con las exigencias materiales del principio de igualdad. La falta de análisis previo, la no publicación de los informes provisionales o la no justificación del umbral mínimo de sujeción son elementos fácticos que alertan de un flagrante

incumplimiento del legislador en el juicio requerido de razonabilidad, comparabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Desde mi punto de vista y a tenor de los argumentos expuestos en este trabajo, el Gravamen plantea severos problemas de adecuación y de compatibilidad con nuestro texto constitucional. La primera solución posible sería la derogación de la Ley 38/2022 y el cese de las iniciativas que tienen como objeto dotar al Gravamen de un carácter permanente a fin de evitar que este continúe produciendo efectos y evitar su prórroga y continuidad en el tiempo. No obstante, independientemente de que esta derogación se produzca o no, parece evidente contemplar la posibilidad de un eventual control por parte del Tribunal Constitucional ya sea a través del recurso de amparo de las entidades afectadas por el Gravamen o bien mediante el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad interpuesto por los jueces o tribunales competentes en el marco de los procesos y recursos relacionados con el Gravamen. En mi opinión, queda un amplio recorrido en el plano judicial sobre el Gravamen que podría haberse evitado siguiendo una técnica legislativa más adecuada y un estudio de adecuación constitucional más desarrollado por parte del legislador.

7.3. Principales conclusiones sobre la compatibilidad del Gravamen con el Derecho de la Unión Europea.

Desde una perspectiva del Derecho Comunitario, se han razonado en este trabajo diversos elementos del Gravamen que pueden generar problemas acerca de la compatibilidad del Gravamen con el Derecho de la Unión Europea.

En primer lugar, el Gravamen es contrario al principio de libertad de empresa, no siendo aquella una solución fiable y duradera al problema de la inflación, sino una injerencia clara sobre la libertad en la prestación de servicios de las entidades del sector bancario. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que el sector financiero no es el sector que ha recibido un mayor impulso en sus beneficios por motivo del incremento de tipos y de la inflación, al existir otros sectores no gravados de forma extraordinaria (textil, transporte y hostelería, entre otros), cuyos beneficios han registrado mayores incrementos asociados a la inflación. En este sentido, cabe remarcar que el Gravamen tampoco supera el juicio de proporcionalidad exigido por el Derecho Comunitario, sobre todo en algunos de sus elementos materiales, como la prohibición de repercusión a los clientes o las sanciones derivadas del incumplimiento de esta prohibición. En este sentido, cabe recordar que el TJUE ya ha fallado en contra del Estado español en asuntos como en la STJUE de 13 de mayo de 2003 o en la STJUE, de 27 de enero de 2022, declarando en esta última la nulidad de sanciones a particulares por considerarse estas

contrarias al principio de proporcionalidad. Ambos casos demuestran un precedente, donde los recursos frente al Gravamen pueden llegar a ser conocidos por el TJUE y declararse entonces la nulidad, bien de la sanción o bien de otros elementos materiales del Gravamen.

Por otro lado, se ha explorado el concepto de ayuda ilegal de Estado. Ya se han producido denuncias ante la Comisión a este respecto, pero no se conoce aún la resolución ni han trascendido los datos más relevantes. En cualquier caso, el debate existente sobre la posibilidad de que el Gravamen sea considerado una ayuda ilegal de estado es respaldado por una parte importante de la doctrina y requerirá de una importante labor de interpretación judicial, tanto a nivel nacional, como desde la perspectiva europea, hasta que el Gravamen se determine como compatible con el Derecho Comunitario.

Como puede observarse en casos como el de Italia, Suecia o Reino Unido, las nuevas medidas fiscales establecidas sobre el sector bancario han sido acompañadas de importantes deducciones (sobre la base imponible), o de limitaciones sobre la cuota a ingresar (ya sea con un límite en los pasivos totales, mediante límites sobre el incremento de los márgenes de un año con el anterior, etc.) con la finalidad de limitar el impacto negativo de las respectivas medidas sobre las entidades y sortear algunos de los problemas de compatibilidad con el Derecho Comunitario. Todo ello denota una imprevisibilidad propia de la rapidez con la que se ha decidido, en general, tomar medidas sobre el sector sin realizar los análisis previos correspondientes. En este sentido, como ha ocurrido en otras ocasiones (por ejemplo, con el debate sobre la imposición extraordinaria sobre el sector energético), existen mecanismos como el contemplado en el artículo 122 TFUE que permiten al Consejo, previa propuesta de la Comisión, la toma de medidas de solidaridad entre los Estados Miembros adecuadas al contexto y la situación económica. Asimismo, la búsqueda de consenso entre los principales órganos institucionales que forman la Unión Europea debe ser uno de los principios a tener en cuenta, sobre todo en la toma de decisiones y en la aprobación de medidas que pueden generar problemas de competencia dentro del mercado comunitario.

En definitiva, el Gravamen plantea problemas de compatibilidad con el Derecho Comunitario, si bien los procedimientos para su control dentro del marco de la Unión Europea pueden prolongarse en el tiempo. En cualquier caso, desde mi punto de vista, el recorrido del Gravamen en las instancias comunitarias no ha terminado y existen argumentos suficientes como para que el TJUE o la propia Comisión determinen su incompatibilidad con las disposiciones del Derecho Comunitario.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

8.1. Legislación

Normas comunitarias:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Tratado de la Unión Europea.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos de la Autoridad Bancaria Europea, de 29 de mayo de 2020. (EBA/GL/2020/06)

Dictamen del Banco Central Europeo, de 2 de noviembre de 2022, sobre la imposición de gravámenes temporales a determinadas entidades de crédito. (CON/2022/36)

Normas nacionales:

Constitución Española.

Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE 29 de diciembre de 1992).

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de noviembre de 2014).

Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 28 de abril de 2015).

Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias (BOE de 28 de diciembre de 2022).

Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania (BOE 30 de marzo de 2022).

Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE de 28 de diciembre de 2023).

Orden HFP/94/2023, de 2 de febrero, por la que se aprueban el modelo 795, “Gravamen temporal energético. Declaración del ingreso de la prestación”, el modelo 796, “Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Declaración del ingreso de la prestación” y el modelo 798, “Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Pago anticipado”, y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación (BOE de 3 de febrero de 2023).

8.2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de mayo de 1974, C 4/73, *J.Nold, Kohlenund BaustoffgroBhandlung/ Comisión de las Comunidades Europeas*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2000, C 463/00, *Comisión de las Comunidades Europeas/ Reino de España*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de julio de 2003, C 280/00, *Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium Magdeburg Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2014, C82/12, *Transportes Jordi Besora S.L. y Generalitat de Catalunya*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de julio de 2018, C 553/16, *TTL EOOD/Direktor na Direksia Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika*.

STJUE de 27 de enero de 2022, C 788/19, *Comisión Europea/ Reino de España*.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2014 83/2014 (BOE de 24 de junio de 2014).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 2016 121/2016 (BOE de 28 de julio de 2016).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 2016 167/2016, fj 5 (BOE de 15 de noviembre de 2016).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2019 9/2019 (BOE de 14 de febrero de 2019).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo 63/2019, fj 5 (BOE de 10 de junio de 2019).

8.3. Obras doctrinales

De La Fuente, Ángel. “Comentario a la Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes

temporales sobre determinadas empresas energéticas y entidades de crédito”. Apuntes 2022/20, Fedea, 2020.

Gómez-Ferrer Rincón, R. “Las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria”. En *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos* (Fernando López Ramón-coord.-), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

Lago Montero, José María. “Prestaciones patrimoniales públicas no tributarias ¿Para qué?”. *Revista Técnica Tributaria*, nº132, 2021. (157-181). Disponible en: <https://revistatecnicatributaria.com/index.php/rtt/article/view/629/589>.

Lavilla Rubira, Juan José. “Prestaciones patrimoniales públicas no tributarias impuestas a las empresas que operan en el sector eléctrico”. En *Las prestaciones públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos* (Fernando López Ramón- coord.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

Martín Queralt, Juan (dir.); Casado Ollero, Gabriel; Onrubia Fernández, Jorge; Orón Moratal, Germán; Rodríguez Bereijo, Álvaro y Tejerizo López, José Manuel. *Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2022.

Palao Taboada, Carlos. “Prestaciones patrimoniales de carácter público”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, nº 481, 2023.

Vallejo Chamorro, J.M., “Introducción general al gravamen bancario: reflexiones previas, características y cuestiones específicas del sector. Principales dudas”, Cancio Fernández, R.C., *Los gravámenes temporales al sector eléctrico y bancario. Sostenibilidad ambiental para la economía circular*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

8.4. Recursos de internet

Allende Salazar, P., “La banca ultima una vía judicial más rápida contra el impuesto al sector”, *elPeriódico*, 8 de febrero de 2023, disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20230208/bancos-impuesto-banca-impugnar-orden-ministerial-liquidacion-audiencia-nacional-82649545>, última consulta 04/01/2024.

Banco de España (2022). Informe de Estabilidad Financiera: Otoño 2022. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidad>

[adFinanc era/22/IEF_Otono2022.pdf](#).

Banco de España (2023). “*Los ingresos públicos tras la pandemia. Residuos fiscales e inflación*”. Boletín Económico. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/23/T1/Fich/be2301-art16.pdf>

Cruz Amorós, M., “Apuntes sobre las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias”, *Elderecho.com*, disponible en: <https://elderecho.com/apuntes-prestaciones-patrimoniales-publicas-no-tributarias>, última consulta 10/02/2024.

Fernández, J.G., “Una década negra para el empleo en la banca”. *Expansión*, 2020, disponible en: <https://lab.expansion.com/despidos-banca/>, última consulta 15/12/2023.

Gallén, P., “Los bancos caen con fuerza en el Ibex 35 por el impuesto a la banca en Italia”, el Periódico de España, 8 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2023/08/08/italia-aprueba-un-impuesto-del-40-a-los-beneficios-extraordinarios-de-la-banca-1670450.html>, última consulta 15/12/2023.

Medinilla, M., “El Gobierno anuncia un impuesto a energéticas y otro a la banca para recaudar 7.000 millones en dos años”, *elEconomista*, 12 de julio de 2022, disponible en: <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11863115/07/22/El-Gobierno-impondra-un-impuesto-a-energeticas-y-financieras-por-los-sus-beneficios-extra-durante-la-crisis.html>, última consulta 16/12/2023.

Redacción, “Pacto de rentas: ¿qué es y cómo puede utilizarse para reducir la inflación?”, *Blog de Economía y Finanzas Bankinter*, disponible en: <https://www.bankinter.com/blog/economia/pacto-rentas-inflacion>, última consulta 23/11/2023.