

NUEVOS GRAVÁMENES

Estudios

El Gravamen Temporal Energético: una “prestación” en busca de alguna razón de ser

Andrés Báez Moreno - Juan José Zornoza Pérez

El impuesto estatal sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos y su engarce territorial

María Teresa Mata Sierra

Haciendas locales y transición justa hacia un modelo más sostenible: especial referencia a la tasa por aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico (tasa “Amazon”) de la Ciudad de Barcelona

Yolanda García Calvente

La esperada declaración de constitucionalidad del Impuesto sobre las Grandes Fortunas

Mercedes Ruiz Garijo

Análisis del nuevo gravamen sobre el servicio de gestión de residuos

María Jesús García-Torres Fernández

Luces y sombras en el Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables aprobado por la ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular

Antonio Vaquera García

Una nueva modalidad de prestación patrimonial de carácter público no tributaria: financiación de actuaciones privadas de impulso económico municipal

M^a Luisa Esteve Pardo

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito

Irene Suberbiola Garbizu

Nuevos gravámenes

Monográfico

Nueva Fiscalidad

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© Copyright by
Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

Impreso por:
Copias Centro

ISBN: 978-84-1070-067-3
ISBN electrónico: 978-84-1070-224-0
DOI: 10.14679/2890
ISSN: 1696-0173
Depósito Legal: M-32335-2012

CONSEJO ASESOR

A. Di Pietro

Universidad de Bolonia

J. Englisch

Universidad de Münster

F. Escribano López

Universidad de Sevilla

M. Fernández Junquera

Universidad de Oviedo

J. Lasarte Álvarez

Universidad Pablo de Olavide

P. Marchessou

Universidad de Estrasburgo

J. M^a Martín Delgado

Universidad de Málaga

J. Martín Queralt

Universidad de Valencia

C. Palao Taboada

Universidad Autónoma de Madrid

J. Ramallo Massanet

Universidad Autónoma de Madrid

M^a.T. Soler Roch

Universidad de Alicante

A. Rodríguez Bereijo

Ex Presidente del Tribunal Constitucional

J.M. Tejerizo López

Universidad Nacional de Educación a Distancia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

R. Calvo Ortega

Universidad Complutense

Director

I. Merino Jara

Universidad del País Vasco

Coordinadores

J. Calvo Vérguez

Universidad de Extremadura

M. Lucas Durán

Universidad de Alcalá

Secretaria

Jlruene Suberbiola Garbizu

UPPV/EHU

VOCALES

S. Aníbarro Pérez

Universidad de Valladolid

M^a.D. Arias Abellán

Universidad Autónoma de Barcelona

L. M^a. Cazorla Prieto

Universidad Rey Juan Carlos

C. Checa González

Universidad de Extremadura

G. De la Peña Velasco

Universidad Complutense de Madrid

E. Eserverri Martínez

Universidad de Granada

R. Falcón y Tella

Universidad Complutense de Madrid

Y. García Calvente

Universidad de Málaga

T. García Luis

Universidad de Alcalá

A. García-Moncó Martínez

Universidad de Alcalá

C. García Novoa

Universidad de Santiago de Compostela

I. García-Ovies Sarandeses

Universidad de Oviedo

M. González-Cuellar Serrano

Universidad Carlos III de Madrid

C. M^a. López Espadafor

Universidad de Jaén

M^a.T. Mata Sierra

Universidad de León

A. Menéndez Moreno

Universidad de Valladolid

M. Ruiz Garijo

Universidad Rey Juan Carlos

J.R. Ruiz García

Universidad de La Coruña

B. Sesma Sánchez

Universidad de Oviedo

E. Simón Acosta

Universidad de Navarra

J. Zornoza Pérez

Universidad Carlos III

J.E. Varona Alabern

Universidad de Cantabria

A. Vázquez del Rey Villanueva

Universidad de Navarra

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Imposición directa estatal

M^a. E. Simón-Yarza
Universidad de Navarra

Imposición indirecta estatal

M. González Aparicio
Universidad de León

Hacienda Autónoma y Foral

A. Navarro García
Universitat de Girona

Hacienda Local

M^a T. Mories Jiménez
Universidad de Sevilla

Aduanas

A. Fernández de Buján y Arranz
CUNEF

Fiscalidad Internacional

J. Á. Gómez Requena
Universidad de Castilla-La Mancha

Fiscalidad Europea

Jirune Suberbiola Garbizu
UPPV/EHU

Procedimientos, derechos y garantías

M^a. Rodríguez-Bereijo
Universidad de León

Tribuna

- Sobre novedades legislativas en materia tributaria..... 9
Isaac Merino Jara
Director

Estudios

- El Gravamen Temporal Energético: una “prestación” en busca de alguna razón de ser..... 21

Andrés Báez Moreno

*Investigador Senior Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance.
Munich (República Federal Alemana)*

Juan José Zornoza Pérez

*Of Counsel - Deloitte Legal.
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Carlos III de Madrid*

- El impuesto estatal sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos y su engarce territorial 45

María Teresa Mata Sierra

*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León*

- Haciendas locales y transición justa hacia un modelo más sostenible: especial referencia a la tasa por aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico (tasa “Amazon”) de la Ciudad de Barcelona 97

Yolanda García Calvente

*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Granada*

La esperada declaración de constitucionalidad del Impuesto sobre las Grandes Fortunas.....	133
Mercedes Ruiz Garijo <i>Catedrática de Derecho Financiero y Tributario</i> <i>Universidad Rey Juan Carlos</i>	
Análisis del nuevo gravamen sobre el servicio de gestión de residuos.....	165
María Jesús García-Torres Fernández <i>Catedrática de Derecho Financiero y Tributario</i> <i>Universidad de Granada</i>	
Luces y sombras en el Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables aprobado por la ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular	197
Antonio Vaquera García <i>Catedrático de Derecho Financiero y Tributario</i> <i>Universidad de León</i>	
Una nueva modalidad de prestación patrimonial de carácter público no tributaria: financiación de actuaciones privadas de impulso económico municipal	237
M^a Luisa Esteve Pardo <i>Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario</i> <i>Universitat de Girona</i>	
El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito	271
Irene Suberbiola Garbizu <i>Profesora Agregada de Derecho Financiero y Tributario</i> <i>Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea</i>	

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito

DOI: 10.14679/2899

Irune Suberbiola Garbizu

*Profesora Agregada de Derecho Financiero y Tributario
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea*

RESUMEN:

La Ley 38/2022, de 27 de diciembre establece, entre otras, una nueva figura, el gravamen temporal sobre entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito cuya naturaleza jurídica ha sido cuestionada desde su gestación en el cauce legislativo utilizado para la aprobación de la misma. Ciertamente, a pesar de su expresa calificación de prestación patrimonial pública no tributaria, de la configuración de su estructura se infiere que su naturaleza podría responder a la de un tributo, y más concretamente a la de un impuesto. Estas líneas pretenden arrojar luz sobre su verdadera naturaleza así como sobre las consecuencias derivadas de su consideración como prestación patrimonial pública tributaria en relación con la Constitución así como el Derecho de la Unión..

Palabras clave: gravamen temporal sobre entidades de créditos y establecimientos financieros, prestaciones patrimoniales públicas, principios de justicia tributaria, libertades comunitarias.

ABSTRACT:

Law 38/2022, of December 27, establishes, among others, a new figure, the temporary tax on credit entities and financial credit establishments whose legal nature has been questioned since its creation. Certainly, despite its express classification as a non-tax public property benefit, from the configuration of its structure it is inferred that its nature could respond to a tribute, and more specifically a tax. These lines are intended to shed light on its true nature as well as on the consequences derived from its consideration as a public tax asset in relation to the Constitution as well as European Union Law.

Key words: temporary tax on credit institutions and financial establishments, public property benefits, principles of tax justice, community freedoms.

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Iruna Suberbiola Garbizu)

Sumario: I. Contextualización. 1. Cuestiones previas. 2. Sobre el cauce parlamentario utilizado. 3. Sobre los fundamentos que justifican la adopción de la medida. II. Elementos configuradores. 1. Presupuesto de hecho (hecho imponible). 2. Obligados al pago (sujetos pasivos). 3. Nacimiento de la obligación y periodo de declaración y pago (devengo y exigibilidad). 4. Elementos de cuantificación (tipo de gravamen). 5. Ingresos anticipados (pagos a cuenta). 6. Cuestiones procedimentales. 7. Otras cuestiones. III. Naturaleza de la figura. 1. La denominación utilizada y las consecuencias de su consideración como PPPNT. 2. A pesar de su denominación, el GT no es una PPPNT. 3. Consecuencias de su carácter tributario. 3. Su naturaleza tributaria amplía las exigencias que les son propias a las PPPNT. IV. Análisis de su adecuación a la constitución y al derecho de la unión. 1. Sobre la constitucionalidad del gravamen. 2. Sobre su consonancia con el Derecho de la Unión. V. Un apunte desde la perspectiva foral. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

1. CUESTIONES PREVIAS

El pasado 28 de diciembre de 2023, justo un año después de la publicación de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por el que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias, la Disposición Adicional Quinta del 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, los proroga para 2024 “con el fin de que ambos sectores sigan contribuyendo a la justicia fiscal y al sostenimiento del Estado de bienestar”.

La propia Disposición Adicional Quinta establece que la prórroga se produce sin perjuicio “de la revisión de la configuración de ambos gravámenes para su integración en el sistema tributario en el propio ejercicio fiscal 2024” y añade que “se concertarán o convenirán, respectivamente, con la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra.” En otras palabras, la configuración actual de estas figuras, y en la parte que aquí nos ocupa, del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito (en adelante GT) está sujeta a futuras revisiones, que, previsiblemente, adaptarán sus contornos a la que, como veremos, consideramos su verdadera naturaleza jurídica.

En efecto, como tendremos ocasión de comentar, el GT ha sido objeto de múltiples críticas desde que fuera presentada la proposición de ley en el que fue creado,¹ críticas que se extienden al cuestionamiento de su condición como prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria, a su adecuación al ré-

¹ Por todas, MARTIN QUERALT, J. (Dir.); CASADO OLLERO, G.; ONRUBIA FERNÁNDEZ, J.; ORÓN MORATAL, G.; RODRÍGUEZ BEREIJO, Á.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M., *Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financiero de crédito*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2022. También DE LA FUENTE MORENO, A. “Comentario a la Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales sobre determinadas empresas energéticas y entidades de crédito”, *Apuntes Fedea*, 20, 2022.

gimen constitucional y comunitario en el que se encuadra, a los fundamentos que justifican su propia existencia, e, incluso, al cauce parlamentario utilizado para aprobar la ley que lo instituye. Este trabajo analiza todas estas cuestiones con distinto alcance. Por ello, con afán contextualizador, dentro de este primer apartado, examinaremos la idoneidad del cauce parlamentario utilizado para aprobar la ley que regula el GT, para, a continuación, examinar los fundamentos que justificaron su adopción y que, en cierta medida, pretendieron, también fundamentar la naturaleza jurídica del gravamen. Seguidamente, en el epígrafe II de este trabajo, nos detendremos en sus elementos configuradores, precisamente aquellos que, nos darán pie a considerar en el epígrafe III su naturaleza jurídica, en el epígrafe IV su adecuación a nuestra Constitución y al Derecho de la Unión y, finalmente un breve apunte sobre las consideraciones que merece desde un punto de vista foral en el epígrafe V, antes de las conclusiones contenidas en el epígrafe VI.

2. SOBRE EL CAUCE PARLAMENTARIO UTILIZADO

Una de las primeras críticas que se ha formulado por la doctrina al GT se corresponde al cauce parlamentario utilizado para su aprobación.² Ciertamente, si bien que el gravamen haya sido aprobado por una ley ordinaria esquivas posibles tachas de inconstitucionalidad que pudieran suscitarse en supuestos relacionados con Prestaciones Patrimoniales Públicas No Tributarias (en adelante PPPNT) establecidas mediante decretos leyes o en leyes de presupuestos,³ ello no es óbice para que debamos obviar que el procedimiento utilizado para tramitar la propuesta no haya sido el más adecuado. En este sentido, habida cuenta de que la iniciativa tiene su origen en los dos grupos parlamentarios que componían el Gobierno a la fecha de su tramitación, parece más acorde con los usos parlamentarios que se utilizara el cauce del proyecto de ley recogido en los artículos 109-123 del Reglamento del Congreso, en lugar de la proposición de ley regulada en sus artículos 124 y siguientes.

Sin embargo, la elección de la proposición de ley como modelo de iniciativa legislativa no es casual ni caprichosa, pues tiene consecuencias prácticas que se materializan en la omisión de los trámites preceptivos para la elaboración de proyectos de ley, como son la consulta pública; la memoria de impacto normativo; el informe de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios; aquellos otros que pudieran decidirse por el Consejo de Ministros y el Dictamen del Consejo de Estado. Los mencionados informes podrían haber justificado la idoneidad del GT, la cual, dicho sea de paso, fue refutado por el Dictamen del Banco Central Europeo (BCE) de 2 de noviembre de 2022, sobre la imposición en Es-

² Vid. Al respecto, MARTÍNEZ LAGO, M.A., "Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias", *Papers AEDAF*, N° 22, 2023, pág. 60. También MARTÍN QUERALT, J. (Dir.), *Estudio preliminar sobre...*, ob. cit. pág. 9.

³ PALAO TABOADA, C. "Prestaciones patrimoniales de carácter público", *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, 481, 2023, pág. 53.

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Iruna Suberbiola Garbizu)

pañá de gravámenes temporales a determinadas entidades de crédito,⁴ en cuyo apartado 3.4 «el BCE recomienda que la propuesta legislativa vaya acompañada de un análisis exhaustivo de las posibles consecuencias negativas para el sector bancario, detallando, en particular, el impacto específico del gravamen temporal sobre la rentabilidad de las entidades de crédito y financieras afectadas y sobre las condiciones de competencia en el mercado, de manera que se garantice que su aplicación no plantea riesgos para la estabilidad financiera, la resiliencia del sector bancario y la concesión de créditos. Esta recomendación es especialmente pertinente en el actual entorno económico y financiero, que presenta una gran incertidumbre, y ante la perspectiva de que las provisiones para pérdidas crediticias de las entidades de crédito aumenten debido a la acusada ralentización prevista de la actividad económica real»⁵. En breve, el propio BCE entiende que dichos informes resultarían necesarios para fundamentar la pertinencia de la medida, algo que, como veremos en el siguiente subepígrafe, no llega a estar justificado en el extenso preámbulo de la Ley 38/2022.

En definitiva, en esta perversión de los cauces parlamentarios adecuados, con independencia de que el resultado final de la utilización de esta herramienta sea la aprobación de una ley que, como decíamos, puede salvar las tachas de inconstitucionalidad predicables de otras PPPNT aprobadas por normas con rango de ley o leyes de presupuestos, lo cierto es que el vehículo utilizado adolece de una falta de calidad normativa que, determinados autores, han referido como constitutiva de fraude de ley, como un atentado a la «lealtad al sistema de producción normativa y las exigencias de la buena fe que se proyecta también, ex ante, no en la aplicación sino en la elaboración de la eventual futura norma, que es la proposición de ley presentada por los dos Grupos Parlamentarios que conforman el Gobierno»⁶.

3. SOBRE LOS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA

Según adelantábamos, el preámbulo de la Ley 38/2022 trata de justificar las razones que abocan a la implantación del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos de crédito. Las causas que respaldan la adopción de las medidas son, en esencia, tres: 1) el incremento de precios de determinados productos derivado de la invasión rusa de Ucrania; 2) los riesgos derivados de dicha

⁴ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022AB0036&from=EN>.

⁵ Sobre esta cuestión vid. TAPIA HERMIDA, A.J. "El dictamen del Banco Central Europeo de 2 de noviembre de 2022 sobre el gravamen temporal a los beneficios bancarios propuesto por el Parlamento español", *La Ley Unión Europea*, Nº 109, Diciembre 2022. También del mismo autor "El gravamen temporal a los beneficios bancarios propuesto por el Parlamento español ante el dictamen del BCE de 2 de noviembre de 2022 apuntes para una polémica", *Diario La Ley*, Nº 10174, 21 de noviembre de 2022.

⁶ MARTIN QUERALT, J. (Dir.), *Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución...*, ob. cit., pág. 10.

inflación; y 3) finalmente, la necesidad de repartir equitativamente los costes que origina en la sociedad mediante un pacto de rentas.

Bajo estas premisas, entre otras medidas, se arguye que cabe «establecer un gravamen excepcional no tributario sobre los sectores cuyos márgenes de beneficios se puedan ver más favorecidos por la escalada de precios.» Sobre este respecto, añade que «los sectores en los que la subida de precios puede incrementar en mayor medida sus beneficios son el sector eléctrico, gasista y petrolero y el de las entidades de crédito», en el que «los cinco grupos del sector que forman parte del IBEX 35 consiguieron casi 20.000 millones de beneficios en 2021. Morgan Stanley, con anterioridad al anuncio de subida de tipos del Banco Central Europeo, calcula en 26.000 millones los beneficios de los grandes grupos del sector en 2023.» Del mismo modo, se indica que «la combinación de la información tributaria del Impuesto sobre Sociedades del sector con las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística sobre los tipos medios de interés de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre, variable suficientemente representativa en un país con fuerte presencia en los hogares de las inversiones inmobiliarias, muestra que cuando los tipos se mueven por debajo del 2 % (media anual del 1,930 % en los años 2016 a 2019), los intereses cobrados por las entidades de crédito se sitúan en 38.286 millones de euros anuales y los intereses netos (deducidos los pagados), es decir, el margen de intereses, en 26.512 millones de euros anuales. Cuando los tipos se sitúan entre el 2 % y el 3,1 %, como sucedió en 2010 y entre 2013 y 2015, con un promedio anual del 2,768 %, los intereses cobrados ascendieron a 65.210 millones de euros y los netos a 31.258 millones. Con tipos por encima del 3,1 %, como sucedió entre 2005 y 2012 (excepto en 2010), con un promedio anual del 4,253 %, los intereses cobrados se elevaron a 103.133 millones de euros y los intereses netos a 35.037 millones.» Por tanto, a juicio del redactor de la norma «parece claro que la elevación de tipos no solo eleva los intereses cobrados sino también el margen de interés».

Como se puede observar, la idea que el legislador pretende trasladar para justificar la adopción de la medida es que las entidades financieras han obtenido unos beneficios muy elevados en los últimos años y que la previsible subida de los tipos de interés redundará en el aumento de sus márgenes de intermediación lo cual, sin la fundamentación que pudieran dar los informes omitidos en el trámite parlamentario, «es un ejercicio carente de la mínima solvencia técnica, tanto en la fundamentación científica económica, como en el componente metodológico que requiere un análisis riguroso» que requeriría «analizar la relación existente entre el tipo de interés de intervención de los bancos centrales y los márgenes de intermediación financiera a partir de la definición de un modelo cuantitativo econométrico que identifique la causalidad que se conjetura»⁷.

En este contexto, debemos, de nuevo, sacar a colación el mencionado dictamen del BCE según el cual, «la imposición de impuestos o gravámenes *ad hoc* a las entidades de crédito con fines presupuestarios generales debe ir precedida de un

7 *Ibidem*, pág. 13.

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Irene Suberbiola Garbizu)

análisis exhaustivo de las posibles consecuencias negativas para el sector bancario, al objeto de garantizar que dichos impuestos no planteen riesgos para la estabilidad financiera, la resiliencia del sector bancario y la concesión de créditos, lo que podría afectar negativamente al crecimiento económico real. Por consiguiente, el gravamen debe considerarse cuidadosamente en lo que se refiere a su impacto en la rentabilidad de las entidades de crédito afectadas y, por tanto, en su generación interna de capital y en su concesión de crédito», que, a la luz de la exposición de motivos de la proposición de ley y del preámbulo de la Ley 38/2022, claramente no se ha realizado.

Más aún, especialistas en materia bancaria⁸ han señalado que a la «falacia de ambigüedad, de datos insuficientes, de predicción múltiple, de generalización inadecuada y otras semejantes» debe añadirse, también la desconsideración que el contenido de este preámbulo supone respecto al papel institucional y la actuación del BCE en su función de velar contra la inflación y el mantenimiento de la estabilidad de los precios según el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

A mayor abundamiento, y en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), el preámbulo refiere que, aunque el déficit de tributación en el IVA del sector financiero «es un problema estructural del sistema tributario que no se debe resolver con medidas coyunturales y menos fuera del propio sistema tributario, como sucede con la creación de la presente prestación patrimonial de carácter público temporal de naturaleza no tributaria, es importante subrayar que, según las estadísticas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, solo el 12,69 % de las entregas de bienes y prestaciones de servicios de las entidades de crédito están sujetas y no exentas en dicho impuesto, dándose la circunstancia de que la recaudación por el Impuesto sobre el Valor Añadido es la que más se está viendo influida por el aumento de la inflación: así, en 2021, los ingresos por este impuesto crecieron un 14,5 % en línea con una tasa general de incremento del 15,1 % del conjunto de los ingresos gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Sin embargo, en 2022 el impacto de la inflación está provocando que el Impuesto sobre el Valor Añadido, al recaer, como regla general, sobre el precio de venta de los bienes y servicios, esté creciendo un 21,3 % frente al 16,2 % del conjunto de los ingresos».

Como corolario de lo anterior, el preámbulo de la Ley infiere que «el problema estructural del déficit de tributación en el IVA del sector está provocando unas consecuencias recaudatorias especialmente negativas en los períodos más afectados por la inflación, restando recursos para la realización de las políticas públicas compensatorias de refuerzo del pacto de rentas», lo cual «es otro factor a considerar en el establecimiento de la prestación patrimonial temporal.» Con lo anterior, el legislador parece obviar que el IVA es, de suyo, un impuesto neutro para los operadores económicos, un impuesto que recae sobre el consumidor final y que, en el caso que nos ocupa, la exención aplicable a las entidades finan-

8 TAPIA HERMIDA, A.J., "El dictamen del Banco Central Europeo de 2 de noviembre de 2022...", ob. cit., pág. 7.

cieras por mor del artículo 20. *Uno*.18.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto, deriva en que la pretendida neutralidad del IVA no sea tal para este tipo de sujetos.

A juicio del legislador, a las razones anteriores se une el hecho de que el sector de las entidades de crédito, junto con el sector energético se caracterizan por «un menor peso de sus gastos de personal respecto del valor añadido que generan respecto de otros sectores económicos. Así, frente a un 52,73 % que representan los gastos de personal sobre el valor añadido de las grandes empresas en el ámbito de las sociedades no financieras en su conjunto, en el caso de las grandes empresas del sector extractivo y de la energía el porcentaje se sitúa tan solo en el 25,1 % y en el caso de las grandes entidades de crédito en el 30,1 % de su margen bruto, todo ello según la estadística de Cuentas Anuales del Impuesto sobre Sociedades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 2019.» Por todo lo cual «se considera que el sector energético y el sector de las entidades de crédito pueden contribuir a reforzar el pacto de rentas».

Huelga decir que, llegados a este punto, la referencia a ese “pacto de rentas” es obligada. El propio preámbulo refiere que se trata de un «instrumento fundamental para luchar contra los efectos del incremento continuado de precios y conseguir los objetivos constitucionales señalados, suponiendo dicho pacto una fórmula de concertación de todos los agentes económicos para el reparto equitativo del coste de la inflación.» A lo que añade que «desde esta óptica, el referido «pacto» no es sino una manifestación evidente de la búsqueda de la consecución del valor de la solidaridad entre todos los españoles».

En este orden de asuntos, según decíamos, el GT se destina a la «aportación de los grandes grupos económicos por cuota de mercado a un fondo “virtual” solidario necesario para reforzar el pacto de rentas», un pacto de rentas que, más allá de lo antedicho, no se define y un fondo “virtual” que no se regula, pero que como indica algún autor,⁹ no puede considerarse virtual en la medida en que, en función de lo recogido en el artículo 2 de la Ley 38/2022 reguladora del gravamen «se ingresará en el Tesoro Público y se destinará a financiar medidas para hacer frente al incremento coyuntural de los gastos derivados de las políticas dirigidas a mitigar el impacto en los precios producido por la invasión de Ucrania por Rusia», esto es, se utilizará para financiar el gasto público.

En definitiva, pese a que a tenor del preámbulo de la Ley 38/2022, la imposición de gravámenes temporales a determinadas entidades de crédito es eficiente, lo cierto es que su establecimiento presenta dudas en cuanto a su eficiencia y la configuración de sus elementos esenciales contradice muchas de sus afirmaciones en lo que atañe a su naturaleza. Veamos, a continuación, las razones que nos llevan a realizar tal afirmación.

⁹ MARTÍN QUERALT, J. (Dir), *Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución...*, ob. cit., pág. 15.

II. ELEMENTOS CONFIGURADORES

Conviene señalar que la Ley 38/2022, de 27 de diciembre no refiere, como tal, un régimen jurídico aplicable al gravamen temporal. A lo sumo podríamos decir que recoge sus elementos configuradores. En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 2 marzo de 2023 sobre el Proyecto de Orden por la que, entre otros, se aprueban los modelos 797 y 798 en relación con el GT, señala que el esquema normativo aplicable al gravamen «se articula, por así haberlo establecido el legislador, en dos niveles normativos: de un lado, mediante las previsiones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 38/2022; de otro, mediante el desarrollo normativo que se verifica en el texto proyectado, al amparo de las amplias habilitaciones a la orden ministerial, contenidas en los artículos 1.12 y 2.11 de la ley citada, que constituyen un desarrollo normativo *per saltum* de la misma. El nivel intermedio de dicho desarrollo normativo, que correspondería al real decreto, no se configura por la Ley 38/2022 como un escalón necesario en la construcción jurídica de los nuevos gravámenes temporales, hasta el punto de que sus artículos 1 y 2 no contienen más llamada al desarrollo reglamentario que la que se corresponde con el proyecto de Orden sometido a consulta. Tampoco la citada ley incorpora una habilitación de carácter general que faculte al Gobierno para el desarrollo de sus contenidos». Para luego añadir «la secuencia normal que debe seguir la habilitación normativa es que la Ley remita al Reglamento su desarrollo, quedando la orden reservada y, a su vez limitada, a cuestiones de organización interna del departamento ministerial respectivo. Pero ello no es óbice para que, con carácter excepcional y acotado, la norma legal pueda deferir directamente a una orden ministerial la regulación de ciertos aspectos del régimen jurídico en ella contenido, incluso aunque trasciendan los aspectos puramente organizativos y procedimentales. Como ya se ha dicho, la opción acogida en la Ley 38/2022 para diseñar el régimen jurídico de los citados gravámenes temporales prescinde de toda referencia a su desarrollo mediante real decreto e incorpora una amplia habilitación a la competencia de la ministra de Hacienda y Función Pública en los términos de sus artículos 1.12 y 2.11, los cuales se refieren genéricamente al “régimen de la prestación”, aunque mencionan expresamente, sin ánimo exhaustivo, “la forma y modelos de declaración de ingreso de la prestación así como el pago anticipado de la misma”».

En este contexto, el artículo 2 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre establece los elementos que configuran el Gravamen Temporal a Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros, precisamente, aquellos que van a servir para perfilar las características de su naturaleza jurídica, que, de acuerdo a la nomenclatura utilizada en su preámbulo y en su artículo 2.2.,¹⁰ se corresponde con la de una prestación patrimonial pública de naturaleza no tributaria, pero que, como tendremos

¹⁰ Cuyo literal refiere que «el gravamen temporal tendrá la naturaleza jurídica de prestación patrimonial de carácter público no tributario y se regirá por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas».

ocasión de observar, se regula en términos muy parecidos a los correspondientes a los tributos.

1. PRESUPUESTO DE HECHO (HECHO IMPONIBLE)

En efecto, al presupuesto de hecho recogido en el número 1 de dicho artículo, el legislador omite conscientemente denominarlo hecho imponible, y ello pese a que la «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», puede perfectamente circunscribirse a lo que respecto del hecho imponible predica el artículo 20 de la Ley General Tributaria (en adelante LGT).

El elemento temporal en la configuración del presupuesto de hecho cobra una especial importancia también el umbral cuantitativo impuesto para el sometimiento al gravamen. Pese a que la prestación es aplicable en los ejercicios 2023 y 2024, el elemento generador del gravamen son la suma de los ingresos y comisiones correspondientes a 2019 que superen o iguallen los 800 millones de euros.

En otras palabras, se toma como referencia el margen de intermediación obtenido por la entidad de crédito antes de la entrada en vigor de la norma, esto es, la sujeción al gravamen se establece por referencia a 2019, pero, como veremos, su devengo se fija el 1 de enero de 2023 y 2024, lo cual puede dar a distinta casuística no exenta de polémica, principalmente, por la eventual vulneración del principio de seguridad jurídica derivado de la retroactividad de la norma a la que más adelante nos referiremos. También porque pueden darse casos en los que haya entidades inexistentes en 2019, pero que superen en 2023 y 2024 el umbral de los 800 millones, a pesar de lo cual no estarían sujetas al gravamen; entidades que habiendo superado dicho umbral en 2019 (antes de la entrada en vigor de la norma), no lo superen en 2023 y 2024 y, sin embargo, estén sujetos al mismo. Volveremos a pronunciarnos sobre esta última cuestión más adelante, con ocasión del examen del GT desde una perspectiva constitucional.

2. OBLIGADOS AL PAGO (SUJETOS PASIVOS)

Respecto a los sujetos obligados, ese mismo número, refiere que lo son «las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que operen en territorio español», lo que encaja a la perfección con lo dispuesto en el artículo 35 LGT, si bien requeriría alguna precisión, en primer lugar, en relación con el ámbito subjetivo al que se extiende esta referencia; en segundo lugar, en relación con el lugar donde deben residir dichos sujetos y, en tercer lugar, en lo que atañe a lo que ocurre cuando los mismos pertenecen a un grupo.

Pues, bien, la primera de las críticas que debemos realizar respecto a la designación de los obligados al pago es su pobre identificación. Por ello, la designación como obligados al pago “de entidades de crédito y establecimientos de crédito”

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Iruñe Suberbiola Garbizu)

debiera entenderse como referida, por un lado, a los sujetos señalados en el artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, esto es, bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, el Instituto de Crédito Oficial, o en su caso, fuera de ese artículo también las entidades de dinero electrónico; y, por otro, a las entidades recogidas en el artículo 6 de la Ley 5/2025, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, es decir, aquellas autorizadas para realizar operaciones de crédito en ámbitos específicos (consumo, *leasing*, tarjetas, *factoring*...).

La segunda precisión atañe al lugar de residencia de las entidades sujetas al gravamen y el lugar en el que obtienen sus ingresos por comisiones e intereses, pues, la referencia a que “operen en territorio español”, unida al hecho de que en el caso de los grupos el preámbulo de la ley¹¹ excluye del gravamen los intereses y comisiones obtenidos por sus filiales en el exterior, se asemeja a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que solo considera sujetos pasivos del impuesto a las entidades que tengan su residencia en territorio español, lo cual nos lleva a afirmar que están obligadas al pago del gravamen las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito que sean residentes en España.

En este orden de asuntos, ¿qué ocurre entonces con aquellas otras entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que operando en territorio español no son residentes en España? ¿Y con los establecimientos permanentes situados en nuestro territorio de entidades no residentes en nuestro país? Nada se dice al respecto. En opinión de MARTIN QUERALT *et alia*,¹² las entidades no residentes en España que realicen actividades crediticias en nuestro país sin una base estable no están sometidas al gravamen por aplicación de los tratados para evitar la doble imposición. Sin embargo, estos autores apuntan a que la cuestión puede ser menos pacífica en relación con los rendimientos obtenidos en España a través de un establecimiento permanente, porque, aunque su actividad está sometida a la fiscalización del Banco de España y más que probablemente cuenten con personal que permita su desarrollo (lo cual se alinearía con lo dispuesto en el preámbulo de la norma en relación con la contribución a los fondos del pacto de rentas), existen también argumentos que proscriben tal interpretación, principalmente: 1) que no se recoge referencia expresa en la ley a los establecimientos permanentes como obligados al pago del gravamen; 2) que los establecimientos permanentes no están sujetos al Impuesto sobre Sociedades sino al Impuesto sobre la Renta de los No Residentes; 3) que la existencia de un establecimiento permanente no implica una afectación exclusiva de las personas que prestan sus servicios sino únicamente la presencia de una base estable de actividad. Por todo lo anterior, parece que claro que los establecimientos permanentes que tienen en nuestro país entidades de crédito y establecimientos financiero de crédito no residentes no están sujetas al gravamen.

11 Página 6, párrafo tercero.

12 MARTIN QUERALT, J., “Estudio sobre la adecuación a la Constitución...”, ob. cit., pág. 24.

En tercer lugar, debemos plantearnos qué ocurre cuando la entidad obligada al pago del GT pertenece a un grupo fiscal. Pues bien, al respecto, el propio artículo 2.1 de la Ley 28/2022 establece que «cuando las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito formen parte de un grupo fiscal que tribute en el régimen de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades, deberá satisfacer el gravamen temporal la entidad que sea representante de dicho grupo fiscal, de acuerdo con la normativa del Impuesto que resulte de aplicación, determinándose la suma de ingresos por intereses y comisiones por referencia a dicho grupo». Igualmente se indica que «cuando las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito formen parte de un grupo mercantil y deban presentar las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades en territorio común y en territorio foral, ya sea de forma individual o consolidada, la suma de los intereses y comisiones deberá computarse tomando en consideración las entidades y grupos que hayan declarado en territorio común y los que lo hayan hecho en territorio foral, siendo el obligado al pago de la totalidad del gravamen temporal la entidad que haya declarado de acuerdo con la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, o la que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 56 de dicha Ley, sea la representante del grupo fiscal que declare de acuerdo con dicha norma». En otras palabras, para la cuantificación del tributo, extremo al que nos referiremos a continuación, si se trata de un grupo fiscal, se toma en cuenta la cuenta del grupo fiscal, en tanto que si se trata de un grupo mercantil se toma en cuenta el resultado de las cuentas de los grupos fiscales que lo componen.

En este ámbito, interesa señalar que en el texto transcrito en relación con los grupos (fiscales o mercantiles) obligados al pago, en ningún caso se hace referencia a lo mencionado en el preámbulo de la Ley 38/2022 respecto al sometimiento al gravamen de los grupos fiscales «quedando fuera del gravamen los intereses y comisiones obtenidos por sus filiales en el exterior», lo cual, no se refiere expresamente en el articulado de la norma y supone una disonancia entre su parte expositiva y normativa.

3. NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y PERIODO DE DECLARACIÓN Y PAGO (DEVENGO Y EXIGIBILIDAD)

Según referíamos en apartados precedentes, la sujeción al gravamen se predica respecto al margen de intermediación obtenido en el ejercicio 2019, pero el nacimiento de la obligación y el pago de la misma se predica respecto a 2023 y 2024. En efecto, el apartado 3 del artículo 2 de la Ley 38/2022 establece que «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», al que más adelante nos referiremos. Como podemos observar, lo mencionado sobre este respecto en relación con el nacimiento de la obligación y el periodo de declaración y pago es perfectamente subsumible en lo que el

artículo 21 LGT refiere respecto del devengo y la exigibilidad de los tributos. Volveremos a mencionar estas cuestiones temporales con ocasión del examen de las derivadas constitucionales que implica el alcance de la retroactividad que supone la configuración temporal del GT.

4. ELEMENTOS DE CUANTIFICACIÓN (TIPO DE GRAVAMEN)

El cuarto número del artículo 2 de la Ley 38/2022 refiere los elementos de cuantificación del gravamen temporal en los siguientes términos «el importe de la prestación a satisfacer por cada obligado al pago será el resultado de aplicar el porcentaje del 4,8 por ciento a la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones derivados de la actividad que desarrollen en España que figuren en su cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente al año natural anterior al de nacimiento de la obligación de pago, determinada de acuerdo con lo dispuesto en la normativa contable que sea de aplicación. El importe de la prestación será minorado por la cuantía del pago anticipado que se hubiera ingresado».

De esta forma, se establece un porcentaje o alícuota del 4,8% de modo análogo a como lo hace con el tipo de gravamen el artículo 55 de la LGT) sobre una magnitud consistente en el margen bruto de operaciones, en la suma del margen de intereses e ingresos y gastos por comisiones recogidos en la cuenta de resultados, esto es, sobre lo que pudiéramos igualmente entender como base imponible o liquidable bajo los parámetros de los artículos 50 y 54 LGT.

Conviene indicar que también aquí se recoge una precisión para el caso de que el obligado al pago forme parte de un grupo. Así, cuando el obligado al pago forme parte de un grupo fiscal que tribute en el régimen de consolidación fiscal en los términos antedichos, la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones será la resultante de la cuenta de pérdidas y ganancias del grupo. Por su parte, si el obligado al pago forma parte de un grupo mercantil, la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones será la resultante de las cuentas de pérdidas y ganancias de los grupos fiscales, entidades y establecimientos que se deban integrar.

Igualmente, interesa destacar una cuestión no exenta de polémica por cuanto plantea serias dificultades en lo que atañe no solo a la práctica de su comisión, sino también a su pertinencia. Nos referimos, en concreto, a la prohibición contenida en el número 7 del artículo 2, según el cual «el importe de la prestación y su pago anticipado no serán objeto de repercusión económica, directa o indirecta». Ciertamente, el propio BCE, en el punto 4.3 de su dictamen de 2 de noviembre señala que «una disposición genérica que establezca que el gravamen temporal no puede trasladarse a los clientes de las entidades de crédito podría generar incertidumbre, así como riesgos operativos y de reputación conexos para dichas entidades. Conviene aclarar que los incrementos de precios aplicables a los clientes debidos a: i) los aumentos de costes distintos del gravamen temporal, tales como gastos de explotación, de financiación y de capital; ii) los aumentos de los costes relacionados con la cobertura de riesgos, y iii) los ajustes de los márgenes comerciales, son todos

ellos aumentos legítimos. Por otro lado, el BCE espera, en general, que las entidades de crédito, de conformidad con las buenas prácticas internacionales, tengan en cuenta y reflejen en los precios de los préstamos todos los costes pertinentes, incluidas las consideraciones fiscales, cuando proceda. Así mismo, debe aclararse qué mecanismos de verificación aplicará la CNMC para garantizar el cumplimiento de este requisito. Habida cuenta de todas las circunstancias diferentes que pueden provocar un incremento de los precios en el contexto actual de subidas de los tipos de interés, inflación o deterioro de las primas de riesgo, parece difícil diferenciar si el gravamen temporal se trasladaría de forma efectiva a los clientes o no».

Resulta llamativo que el incumplimiento de esta obligación, tenga la consideración de infracción muy grave que se sanciona con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe repercutido. Con ánimo de subrayar el carácter de PPPNT del GT, expresamente se señala que «esta infracción no tendrá carácter tributario y estará sometida al régimen administrativo sancionador general», lo cual, como indican MARTÍN QUERALT *et alia*, en cierta medida «genera una evidente y criticable fragmentación del *ius puniendi* del Estado que acentúa la inseguridad jurídica en un ámbito que, como el sancionador, recaba justo lo contrario»¹³.

5. INGRESOS ANTICIPADOS (PAGOS A CUENTA)

En relación con el pago del gravamen, el número 5 del artículo 2 regula los ingresos o pagos anticipados referidos en la cuantificación del tributo. De esta suerte, en lo que pudiéramos considerar como una figura homónima a los pagos a cuenta del artículo 23 de la LGT, se señala que «las entidades obligadas deberán ingresar durante los 20 primeros días naturales del mes de febrero siguiente al nacimiento de la obligación de pago de la prestación, en concepto de pago anticipado de dicha prestación, el resultado de multiplicar el porcentaje del 50 por ciento sobre el importe de la prestación calculado conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

Como cautela, en el supuesto de que «en el plazo de liquidación e ingreso del pago anticipado no se conociera de forma definitiva el importe de la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones correspondiente al año natural anterior, se estimará de forma provisional conforme a un método de cálculo fehaciente»¹⁴.

6. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

A diferencia del régimen sancionador aplicable al incumplimiento de la prohibición de repercusión del gravamen, que quedaba sometido al régimen sancionador administrativo general bajo el paraguas de la CNMC, en el resto de cuestio-

¹³ MARTÍN QUERALT, J. (Dir.), "Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución...", ob. cit., pág. 42.

¹⁴ En particular, se considerará fehaciente la estimación resultante de las cuentas debidamente formuladas o, en su defecto, la estimación que derive de los trabajos de auditoría de cuentas a efectos de la elaboración y formulación de cuentas.

nes procedimentales, es decir, la exacción, gestión, comprobación y recaudación de la prestación la competencia queda atribuida a los órganos correspondientes de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Igualmente, la revisión en vía administrativa de los actos relativos a la prestación se efectuará conforme a lo señalado en el Título V de la LGT, y, más allá de la particularidad mencionada respecto a la infracción por la omisión del deber de no repercusión, el régimen sancionador aplicable será el resultante de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En breve, salvo en dicha excepción, el régimen procedimental aplicable a la gestión del GT es el propio de los tributos.

7. OTRAS CUESTIONES

Los apartados 10 y 11 del artículo 2 de la Ley 38/2022 refieren otras cuestiones que, al igual que ocurriera con el régimen de los procedimientos ligados al gravamen, lo acercan al ámbito de los tributos. En concreto el apartado 10 indica que «el rendimiento de la prestación se ingresará en el Tesoro Público y se destinará a financiar medidas para hacer frente al incremento coyuntural de los gastos derivados de las políticas dirigidas a mitigar el impacto en los precios producido por la invasión de Ucrania por Rusia», esto es, como en los tributos, viene a indicar que lo recaudado con el gravamen debe utilizarse para sufragar el sostenimiento del gasto público.

El paralelismo con las figuras de naturaleza tributaria se extiende también por la entidad responsable del GT, pues el número 11 del mismo artículo señala que «el régimen de la prestación se desarrollará por orden de la persona titular del Ministerio de Hacienda y Función Pública. En particular, se desarrollará por orden ministerial la forma y modelos de declaración del ingreso de la prestación, así como del pago anticipado de la misma».

A los efectos que más adelante comentaremos en relación con la eventual incompatibilidad del gravamen con nuestra constitución, finalmente interesa señalar que «el importe de la prestación y su pago anticipado no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades»¹⁵.

III. NATURALEZA DE LA FIGURA

1. LA DENOMINACIÓN UTILIZADA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU CONSIDERACIÓN COMO PPPNT

El preámbulo de la Ley 38/2022 menciona reiteradamente que la naturaleza jurídica del gravamen complementario es la de una prestación patrimonial pública no tributaria. Lo hace al referirse al déficit del IVA en el sector financiero como un

¹⁵ Apartado 6 del artículo 2 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre.

problema estructural del sistema tributario que «no se debe resolver con medidas coyunturales y menos fuera del propio sistema tributario, como sucede con la creación de la presente prestación patrimonial de carácter público temporal de naturaleza no tributaria»; también cuando menciona que el instrumento jurídico utilizado para favorecer el «pacto de rentas es el de la prestación patrimonial pública de carácter no tributario».

En relación con el gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos de crédito, así como con el gravamen temporal energético, el preámbulo señala expresamente que «ambos gravámenes se configuran como una prestación patrimonial en el sentido señalado siguiendo las pautas establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional derivada de sentencias como las número 62/2015, de 13 de abril, 167/2016, de 6 de octubre, o 63/2019, de 9 de mayo. Así, estos gravámenes, como prestación patrimonial de carácter público no tributario, están caracterizados por su carácter coactivo y el interés público que subyace en los mismos». Añade, además, que dichas prestaciones no tienen un carácter tributario, por cuanto se configuran como instrumentos de intervención del Estado en la economía pues se constituyen «en un elemento esencial dentro de la arquitectura del denominado “pacto de rentas” que encarna una herramienta esencial para la lucha contra los efectos nocivos de la inflación que viene sufriendo la ciudadanía. Por tanto, la exigencia de la prestación a los obligados al pago no se incardina en el ámbito de una relación jurídico-tributaria, sino en el contexto de la intervención del Estado en la economía a fin del cumplimiento de los principios y valores constitucionales que rigen nuestro contrato social. En definitiva, los gravámenes se configuran como un instrumento para hacer efectivo el denominado principio del «reparto del esfuerzo» presente en la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 167/2016, de 6 de octubre)».

Más allá del preámbulo, el artículo 2 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, el consagrado a la regulación de los elementos que definen el GT señala, de nuevo que «el gravamen temporal tendrá la naturaleza jurídica de prestación patrimonial de carácter público no tributario y se regirá por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas».

A nadie se le escapa que la consideración del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito como una prestación patrimonial pública de carácter no tributaria tiene unas claras consecuencias prácticas de índole muy diversos. En primer lugar, su configuración como PPPNT le exige del cumplimiento de las exigencias establecidas en relación con las prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario como instrumentos utilizados para el sostenimiento de los gastos públicos. Ciertamente, la configuración del GT como PPPNT le permitiría soslayar lo establecido en el artículo 31.1 de nuestra Constitución en relación con los principios de justicia tributaria material. Igualmente, en segundo término, relajaría las exigencias en cuanto al cumplimiento del siste-

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Irene Suberbiola Garbizu)

ma constitucional de competencias en materia tributaria. Abundemos en ambas ideas de forma un poco más detenida.

En lo que atañe a la extensión de los principios de justicia tributaria material a las PPPNT, las palabras de CRUZ AMORÓS resultan del todo elocuentes para describir que “las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias no necesitan tanto andamiaje para sostenerse constitucionalmente”.¹⁶ Lo mismo se infiere del Fundamento Jurídico 6º de la STC 83/2014, de 29 de mayo, en el que se recuerda que «no hay que olvidar que los principios que la Constitución consagra en el apartado 1 de su artículo 31 operan como criterios inspiradores del sistema tributario siendo exigibles, aunque con diferente intensidad, respecto de las prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria, y no, en consecuencia, de cualquier prestación patrimonial que, careciendo de naturaleza tributaria, queda sometida al principio de reserva de ley previsto en el apartado 3 de ese mismo precepto constitucional». En su STC 63/2019, de 9 de mayo, el Tribunal Constitucional indica expresamente que «al no tratarse de tributos, no les resultan de aplicación los principios generales contenidos en el art. 31.1 CE, pero sí estarán sujetas al art. 31.3 CE y, como toda acción pública, a los principios generales del ordenamiento (art. 103.3 CE)». ¹⁷ Como recuerda SANZ GÓMEZ, algunas prestaciones no tributarias (que en su opinión sí parecen inspirarse, en parte, en los principios de generalidad y de capacidad económica) son analizadas por parte del Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los artículos 14 y 9.3 CE como parámetro de control de la función legislativa,¹⁸ lo cual viene también a coincidir con MARTÍNEZ LAGO¹⁹ quien, a su vez, hace suyos los postulados de PALAO TABOADA,²⁰ al afirmar que el hecho de que los principios del artículo 31.1 CE no sean de aplicación a las PPPNT, no implica que haya que renunciar a la justicia en dichas prestaciones.

Por su parte, la consideración del GT como PPPNT no es inocua desde la perspectiva de la financiación autonómica, pues, a diferencia de lo que ocurre con determinadas figuras tributarias, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 y 157 de nuestra Carta Magna, las Comunidades Autónomas no participan de la recaudación que pueda obtenerse de las mismas. Como indican MARTIN QUE-RALT *et alia*, «la contribución al sostenimiento de los gastos públicos forma parte de un conjunto normativo en el que se inserta el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, sistema que no puede verse sustancialmente alterado por el hecho de que esa contribución al sostenimiento de los gastos públicos no

¹⁶ CRUZ AMORÓS, M. “Apuntes sobre las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias”, *El derecho.com*, Lefebvre, 28 de noviembre de 2022.

¹⁷ Fundamento jurídico 6º,c.

¹⁸ SANZ GÓMEZ, R. “Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias a la luz de las transformaciones del modelo de Estado: una propuesta de clarificación”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Nº 191, julio-septiembre 2021, pág. 224. En la misma línea MARTÍNEZ LAGO, M.A. “Las prestaciones patrimoniales...”, *Ob. Cit.* págs. 66 y siguientes.

¹⁹ MARTÍNEZ LAGO, M.A. “Las prestaciones patrimoniales...”, *ob. cit.* págs. 66 y siguientes.

²⁰ PALAO TABOADA, C., “Prestaciones patrimoniales de carácter público”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF 481, abril 2023, pág. 28.

se lleve a cabo mediante tributos sino mediante nominales prestaciones patrimoniales públicas no tributarias»²¹.

Por todo ello, resulta de vital importancia determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del GT, pues, a la consideración que merezca como PPPNT o como figura tributaria, se anudarán las consecuencias que le son predicables desde el punto de vista de su constitucionalidad. Así las cosas, el análisis de su naturaleza no debe realizarse desde su *nomen iuris* sino desde la el examen de su estructura.²² Esto es algo que la doctrina del Tribunal Constitucional «ha venido señalando desde muy antiguo al exigir que, para determinar “la verdadera naturaleza de una determinada figura” no basta con acudir a “calificación formal”, pues la función de este tribunal no es la de enjuiciar “un *nomen iuris*”²³ ya que, de lo contrario, «sería puro nominalismo entender que tal denominación legal sea elemento determinante de su verdadera naturaleza fiscal, pues las categorías tributarias, más allá de las denominaciones legales, tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponde de acuerdo con la configuración y estructura que reciban en el régimen jurídico a que vengan sometidas». Esa es, por tanto, la siguiente cuestión a considerar.

2. A PESAR DE SU DENOMINACIÓN, EL GT NO ES UNA PPPNT

Hasta ahora hemos comentado cómo más allá del *nomen iuris* otorgado a cualquier prestación patrimonial pública, el Tribunal constitucional exige que se analice su estructura para determinar su verdadera naturaleza jurídica. Por ello, debemos trascender la nomenclatura utilizada, tanto en el preámbulo de la Ley 38/2022, como en el apartado 2 de su segundo artículo al calificarla como PPPNT, y examinar si lo referido se compadece con la parte dispositiva de la ley.

Pues bien, del examen de los elementos esenciales del GT descritos en el epígrafe II de este trabajo se infiere que su presupuesto de hecho se describe en términos análogos a aquellos contenidos en el artículo 20 de la LGT cuando se define el del hecho imponible. Así, es obvio que los ingresos por intereses y comisiones, el margen de intermediación al que nos hemos referido, pone de relieve la capacidad económica de los obligados al pago o sujetos pasivos del gravamen. Lo mismo ocurre en lo que respecta, por un lado, al nacimiento de la obligación y el periodo de declaración y pago contenidos en el número 3 del artículo 2 de la Ley 38/2022, homónimos al devengo y exigibilidad previstos en el artículo 21 LGT; y, por otro, a los elementos de cuantificación del número 4, que establece una alícuota sobre el margen de intermediación, y que, respectivamente podríamos

21 MARTÍN QUERALT, J. (Dir). *Estudio preliminar sobre la adecuación...*, ob. cit., pág. 11.

22 Nuestro Tribunal Constitucional ya llegó a esta conclusión en relación con la mal llamada “tasa sobre el juego”, en la STC 296/1994, de 10 de noviembre.

23 STC 149/2023, de 7 de noviembre, apartado 4.2 del voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcobilla, la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera y el magistrado don César Tolosa Tribiño, respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 616-2023 contra el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas.

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Iruñe Suberbiola Garbizu)

considerar como tipo de gravamen y base imponible o liquidable en los términos recogidos en los artículos 55, 50 y 54 de la LGT.

Si lo anterior no fuera suficiente, como comentábamos en el epígrafe precedente, la competencia sobre la exacción, gestión, comprobación y recaudación de la prestación se atribuye a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, esto es, a la entidad encargada de la aplicación efectiva del sistema tributario estatal, y la revisión en vía administrativa de los actos relativos a la prestación se efectúa conforme a lo señalado en el Título V de la LGT.

Por tanto, parece claro que, pese al esfuerzo del legislador en ubicar la figura del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito fuera del perímetro de los contornos tributarios utilizando términos como gravamen, PPPNT o incluso "levy", nos encontramos ante un tributo, y más concretamente, ante un impuesto que se ingresa en el Tesoro Público para financiar el gasto (también) público suscitado por una crisis poliédrica.

Si bien la perfilación de los contornos de las PPPNT no está exenta de dificultades, son numerosos los autores que llegan a la misma conclusión:²⁴ nos encontramos ante un impuesto y no ante una PPPNT. Como sabemos, la prestación patrimonial de carácter público «constituye una categoría jurídica de origen constitucional (art. 31.3 CE) pero de configuración jurisprudencial y reciente delimitación legal»²⁵.

Desde esta última perspectiva, las PPPNT se definen de manera muy genérica por la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como por la disposición adicional primera de la LGT. Según aquella, se trata de «contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución. En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado».

Por su parte, la LGT, en su disposición adicional primera, en su segundo apartado, luego de señalar que «son prestaciones patrimoniales de carácter público aquellas a las que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo», distingue entre prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario y no

24 Por todos, además de los mencionados hasta estas líneas, ZORNOZA PÉREZ, J. "El gravamen sobre los bancos: por qué lo llaman prestación patrimonial", *Expansión*, 16 de agosto de 2022, <https://www.expansion.com/opinion/2022/08/16/62f8e046468aeb0e548b45b4.html>; CHECA GONZÁLEZ, C. "Algunas consideraciones sobre los "impuestos" energético y de entidades de crédito y establecimiento financieros de crédito", *Nueva Fiscalidad*, N° 3, julio-septiembre 2022, pág. 49; DE JUAN CASADEVALL, J. "El nuevo "impuesto" bancario y su dudosa configuración como prestación patrimonial pública no tributaria", *Crónica Tributaria*, Núm. 189/2023, págs. 11-30; MENÉNDEZ MORENO, A. "Sobre la calificación y constitucionalidad de los gravámenes temporales energético y de Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros de Crédito", *Revista Quincena Fiscal*, N° 3, 2023.

25 DE JUAN CASADEVALL, J., "El nuevo "impuesto" bancario y su dudosa...", ob. cit. pág. 13.

tributario, indicando que «tendrán la consideración de tributarias las prestaciones mencionadas en el apartado 1 que tengan la consideración de tasas, contribuciones especiales e impuestos a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley» en tanto que «serán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general. En particular, se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta»²⁶.

Esta vaga referencia al contenido de las PPPNT desde un punto de vista legal debe necesariamente completarse desde la perspectiva de la jurisprudencia establecida por nuestros máximos órganos judiciales. Para ello resulta reveladora la STC 63/2019, de 9 de mayo antes mencionada, según la cual, la heterogeneidad que caracteriza a las PPPNT arroja la conclusión de que su consideración se realiza caso por caso, por exclusión, de modo que no se trata de una categoría homogénea de prestaciones en sí misma, sino que obedecen a diferentes finalidades, lo que obliga a nuestros tribunales a convertirse en la principal fuente definidora de su régimen jurídico.

Las primeras notas de la configuración jurisprudencial de las prestaciones patrimoniales de carácter público vienen dadas por la STC 185/1995, de 14 de diciembre, con ocasión del examen de la constitucionalidad del precio público, figura creada por mor de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasa y Precios Públicos. Entre sus elementos definitorios, el Tribunal Constitucional destaca, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, el de la coactividad de estas figuras, una coactividad que puede venir dada no solo por su necesaria imposición como obligación legal, sino también por tratarse de una contraprestación a los servicios o actividades objetivamente indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la vida social o personal. Igualmente, extiende la coactividad a la utilización de bienes o a la prestación de actividades o servicios por entes públicos que actúen en una situación de monopolio, en la medida en que «la libertad de contratar o no contratar, la posibilidad de abstenerse de utilizar el bien, el servicio o la actividad no es a estos efectos una libertad real y efectiva».

Dos años más tarde, la STC 182/1997, de 28 de octubre, en la que por primera vez se analiza una prestación patrimonial pública no tributaria, liga su existencia a una inequívoca «finalidad de interés público»,²⁷ una característica que, aun refiriéndose a las prestaciones patrimoniales públicas en general, deriva en otra propia de las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza tributaria, su finalidad financiera, su constitución como elemento que contribuye al sostenimiento de los gastos públicos.

Al respecto, haciéndose eco de otras sentencias anteriores, la STC 83/2014, de 29 de mayo, recuerda en su fundamento jurídico tercero que «calificada una determinada prestación como patrimonial de carácter público, además, tendrá

26 El texto se completa con la concreción de que tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

27 Fundamento Jurídico decimoquinto.

naturaleza tributaria si, habiendo sido coactivamente impuesta, “se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; y 102/2005, de 20 de abril, FJ 6), sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica (SSTC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 4)». ²⁸. De igual forma, refiere la existencia de una prestación patrimonial de carácter público que carece de naturaleza tributaria, «cuando con ella no se pretende establecer una nueva forma de ingreso público con la que coadyuvar a la financiación del gasto público, sino intervenir en una actividad que se incardina en un sector regulado con la finalidad de racionalizar el gasto (farmacéutico) mediante una asignación eficiente y económica de los recursos públicos disponibles (art. 31.2 CE)».

Como recuerda la STC 63/2019, de 9 de mayo, «las prestaciones patrimoniales de carácter público, pero de naturaleza no tributaria, se han abordado en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre (FFJJ 15 y 16), relativa a la prestación por incapacidad laboral transitoria, un supuesto de contribución de los empresarios; 83/2014, de 29 de mayo (FJ 3), referida al descuento sobre el volumen de ventas de productos farmacéuticos al Sistema Nacional de Salud o «margen farmacéutico» (también abordado en las SSTC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5; 62/2015, de 13 de abril, FJ 5); 139/2016, de 21 de julio, FJ 6 c), sobre la aportación de los usuarios en el caso de determinadas prestaciones del Sistema Nacional de Salud, y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4 (doctrina reiterada en las SSTC 174/2016, de 17 de octubre; 187/2016, de 14 de noviembre; 188/2016, de 14 de noviembre; 196/2016, de 28 de noviembre; 197/2016, de 28 de noviembre; 198/2016, de 28 de noviembre), que se refieren a los pagos para la cobertura del coste de los planes de ahorro y eficiencia energética correspondiente al sector eléctrico». ²⁹ Tras analizar los supuestos examinados por la jurisprudencia constitucional concluye que «su definición se realiza por exclusión, de modo que no se trata propiamente de una categoría homogénea de prestación en sí misma, sino que obedecen a diferentes finalidades, y que únicamente tienen en común, además de no ser tributos (delimitación negativa), la coactividad y el hecho de que su finalidad no es la de financiar «todos» los gastos públicos». En todos los casos enjuiciados el común denominador es el de la coactividad, bien porque una norma con rango de ley exige un determinado pago, bien porque afecta a una prestación esencial de acuerdo con la Constitución. Asimismo, recuerda que «en los casos de las prestaciones patrimoniales no tributarias, su finalidad podrá no ser el sostenimiento de los gastos públicos de forma general, sino que se trata de prestaciones con “inequívoca finalidad de interés público” (por todas, SSTC 83/2014, FJ 3; y 167/2016, FJ 4)».

Sin embargo, como apunta CHECA GONZÁLEZ, la coactividad y la finalidad de interés general no son suficientes para delimitar el significado de las notas que configuran las PPPNT, y ello porque la coactividad es una característica atribuible a todas las prestaciones patrimoniales de carácter público y el interés público tam-

²⁸ En idéntica dicción vid. el Fundamento Jurídico 4º STC 167/2016, de 6 de octubre.

²⁹ Fundamento Jurídico quinto.

bién se predica respecto de las PPP de carácter tributario.³⁰ MENÉNDEZ MORENO trata de solventar la cuestión en atención a la naturaleza contributiva o retributiva de la figura, en el entendimiento de que la primera se corresponde con figuras tributarias y la segunda a las PPPNT.³¹ Con todo, entendemos que esta posición no responde a la conjunción de la existencia de tributos de naturaleza eminentemente contributiva junto con otros de naturaleza retributiva, como es el caso de las tasas y contribuciones especiales, por lo que preferimos resumir las características de las PPP de naturaleza tributaria, como especie de las prestaciones patrimoniales públicas, como aquellas que: 1) son impuestas de forma coactiva; 2) que responden a un interés general; que 3) se concreta en la obtención de recursos para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en que incurren los entes públicos. Precisamente, esta última característica es la que distinguiría las PPPNT, como especie que es de prestación patrimonial pública, de los tributos, la ausencia de función fiscal. Las características definitorias de las PPPNT se limitan a las dos primeras, no aportan recursos al sostenimiento de los gastos públicos.

Pues bien, llegados a este punto, por si con lo referido en apartados anteriores no fuera suficiente para justificar que la estructura del GT se corresponde con la de un tributo y más concretamente con un impuesto, la perspectiva que nos da su análisis desde el prisma de esas tres características, también abunda en tal consideración. En primer lugar, porque su imposición es coactiva, a través de una ley, la 38/2022 que obliga a su cumplimiento. En segundo lugar, porque responde a un interés general, entre otras razones, hacer frente a los costes que origina, la inflación en la sociedad y que han de ser repartidos mediante un "pacto de rentas". Finalmente, porque confluye una tercera característica, la de obtener recursos para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en que incurren los entes públicos. Ciertamente, el ingreso de lo recaudado por el GT responde a la necesidad de contribuir a ese "pacto de rentas", que no se define ni se concreta mediante una aportación de los grandes grupos económicos por cuota de mercado a un fondo «virtual» solidario necesario para reforzar lo que, en realidad, tampoco se define, ni termina de crearse toda vez que lo único que a efectos prácticos se señala es que el producto del gravamen se ingresará en el Tesoro Público. En breve, ante la ausencia de una justificación más detallada del destino final de lo recaudado con el GT, parece claro que su destino no es otro que sufragar el gasto público en general, razón que, junto a las anteriores, fundamenta su consideración como tributo y no como PPPNT.

3. SU NATURALEZA TRIBUTARIA AMPLÍA LAS EXIGENCIAS QUE LES SON PROPIAS A LAS PPPNT

Según decíamos, la consideración del GT como figura tributaria obliga a que su régimen jurídico se acomode a las exigencias que se imponen a los tributos des-

30 CHECA GONZÁLEZ, C. "Algunas consideraciones sobre los impuestos...", *ob. cit.* pág. 50.

31 MENÉNDEZ MORENO, A. "Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Un análisis de la noción de las mismas en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público", *Revista Quincena Fiscal*, N° 1/2018.

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Iruñe Suberbiola Garbizu)

de un punto de vista constitucional y comunitario. Como hemos tenido ocasión de comentar, la designación del gravamen temporal como prestación patrimonial pública no tributaria no es inocua, pretende, precisamente, eludir la aplicación de dichas exigencias. Por ello, en el siguiente epígrafe, analizaremos la adecuación del gravamen desde una perspectiva, la nacional (en relación con su idoneidad desde el punto de vista constitucional y de legalidad ordinaria) y europea, en lo que atañe a las derivadas que una eventual contravención de lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE) pudiera suscitar.

IV. ANÁLISIS DE SU ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y AL DERECHO DE LA UNIÓN

1. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL GRAVAMEN

La consideración del GT como figura impositiva implica la aplicación de unos parámetros de constitucionalidad que, según decíamos, no son los mismos que aquellos que se aplican a los PPPNT.

En efecto, la primera derivada de su naturaleza tributaria radica en la aplicabilidad del principio de capacidad económica contenido en el artículo 31.1 CE, no tanto por la “excesividad” de su cuantía, sino por la relación que se establece entre el gravamen temporal y el Impuesto sobre Sociedades, donde en virtud del número 6 del artículo 2 de la Ley 38/2022, el GT no se considera gasto deducible, lo que exige la realización de un ajuste extracontable positivo en el resultado de la entidad obligada a su pago.

Como hemos visto, la base del cálculo del gravamen temporal, el margen bruto de operaciones, aquél que se sustancia en la suma del margen de intereses e ingresos y gastos por comisiones recogidos en la cuenta de resultados, es precisamente eso, una parte de esa cuenta de resultados, una parte de los beneficios que grava el Impuesto sobre Sociedades. En otras palabras, el GT toma en cuenta algunos de los elementos necesarios en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades para determinar su propia base imponible. Pues bien, hacemos nuestra la afirmación de MARTIN QUERALT *et alia*³² cuando señalan que «sobre esa magnitud bruta se cuantifique un gravamen que no puede deducirse del Impuesto que mide la capacidad económica, y que también grava esos mismos conceptos, vulnera la contribución conforme a la capacidad económica». El ejemplo de la mal llamada “tasa” sobre el juego da cuenta de lo que podría hacerse en este sentido, ya que se trata de un impuesto al que están obligadas entidades de un sector económico muy concreto (los operadores de máquinas recreativas y de azar) cuyo pago se considera gasto a los efectos del Impuesto sobre Sociedades.

En este sentido, la eventual vulneración del orden constitucional no viene dada por la existencia de una doble imposición sobre la misma materia, el margen bru-

32 MARTIN QUERALT, J. (Dir.), “Estudio preliminar sobre la adecuación...”, ob. cit., pág. 33.

to al que hacíamos referencia, como base imponible del GT y como parte de la base imponible que viene dada por el resultado contable de las entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades, sino por la inadecuación de este último impuesto, que es estructural en nuestro sistema, a la verdadera capacidad económica de los obligados a su pago por la prohibición de la norma que regula el primero de considerar el GT como gasto deducible.

En este orden de asuntos, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido la posible excepción a la exigencia de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica cuando «el legislador otorgue preeminencia a otros valores o principios, respetando, en todo caso, los límites establecidos por la Constitución»,³³ por ejemplo, cuando existan dificultades para la determinación de la existencia o cuantía de determinados gastos; en la lucha contra el fraude o cuando existan motivos de política económica o social que respondan a fines de interés general, lo cierto es que ninguna de estas razones, ni siquiera la última, parece justificar la inadecuación del gravamen en la consideración de esa capacidad económica como medida de la contribución. Ciertamente, la indefinición del “pacto social” en el que se fundamenta la adopción del GT impide considerar la existencia de un interés general que permita obviar vulneración del principio de capacidad económica.

Por ello, dada la naturaleza impositiva del gravamen temporal y la identidad de su base imponible con parte de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, hubiera sido más lógico aumentar el tipo impositivo de este impuesto para aquellas entidades de crédito y para establecimientos financieros de crédito sujetos al mismo, lo cual, de forma tangencial solucionarían, también, los problemas antes apuntados en relación con la indeterminación de los obligados al pago del GT³⁴.

Una segunda cuestión a abordar desde un punto de vista constitucional deriva del vehículo parlamentario utilizado para la aprobación de la Ley 38/2022. Según mencionábamos en apartados precedentes, la herramienta legislativa utilizada, la proposición de ley, ha impedido visibilizar distintas cuestiones que permitirían fundamentar debidamente las razones que justifican la fijación de la exención del pago del GT a aquellas entidades de crédito o establecimientos financieros de crédito cuyo margen bruto de operaciones al año 2019 sea inferior a 800 millones de euros. En relación con lo anterior, como ha reconocido algún autor, el hecho de que el gravamen se aplique exclusivamente a grandes operadores que trascienden un umbral significativo, dificulta el juicio de generalidad e igualdad que debiera aplicarse³⁵, lo que, si bien imposibilita que hagamos una reflexión en profundidad sobre la cuestión, no impide que, al menos, la dejemos apuntada.

33 STC 221/1992, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 5º.

34 También realizan esta propuesta, entre otros, CHECHA GONZÁLEZ, C., “Algunas consideraciones sobre los “impuestos” energético y de entidades de crédito y establecimientos...”, ob. cit., pág. 30, también MARTÍNEZ LAGO, M.A., “Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias», ob. cit. pág. 62.

35 CRUZ AMOROS, M. “Apuntes sobre las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias», ob. cit.; también MARTÍN QUERALT *et alia*, “Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución...”, ob. cit., pág. 7.

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Iruñe Suberbiola Garbizu)

Igualmente, en relación con la ausencia de justificación del establecimiento del umbral de 800 millones de euros, carencia que hubiera podido solventarse de haber existido el pertinente Dictamen del Consejo de Estado, la correspondiente Memoria de Impacto Normativo o la consulta pública si se hubiera instrumentado como proyecto de ley, puede justificar «la imputación de una quiebra del principio de seguridad jurídica –ex art. 9.3. CE–, que afecta además a la libertad de empresa –ex art. 38 CE– y distorsiona la libre competencia, elemento cardinal del Derecho Comunitario»³⁶.

Una tercera cuestión a tener en cuenta se relaciona, precisamente, con uno de los principios que acabamos de mencionar, el principio de seguridad jurídica por la retroactividad del GT. Este gravamen, creado en 2022, hasta que se integre como un elemento adicional del sistema tributario siguiendo el mandato de la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre,³⁷ se aplica a los ejercicios 2023 y 2024, pero tomando como referencia el margen bruto de operaciones obtenido por el obligado a su pago en 2019. De partida, que un tributo creado en 2022 para ser aplicado en los siguientes dos ejercicios e instaurado de forma permanente dentro de nuestro sistema tributario para los próximos venideros no conculca el principio de irretroactividad que se predica para las normas restrictivas de derecho y sancionadoras desfavorables. Debemos, sin embargo, tener en cuenta que, pese a que la retroactividad no esté en sí misma prohibida por la constitución, la inconstitucionalidad de una norma puede venir derivada de la lectura conjunta de este principio con otros como el de seguridad jurídica (contenido en el artículo 9.3 CE) o, tratándose de un tributo, el de capacidad económica³⁸.

Es aquí donde quiebra la constitucionalidad del GT, en la lectura conjunta de los elementos temporales de su estructura con el principio de capacidad económica. Por un lado, porque el elemento que determina la sujeción al impuesto, el margen bruto de operaciones obtenido tres años antes de la redacción de la ley que crea el GT, esto es 2019, anuda al presente unas consecuencias jurídicas de un hecho acontecido en un momento en el que nada hacía prever su futura existencia, lo cual, indefectiblemente vulnera el principio de seguridad jurídica. En breve, se toma en cuenta una realidad producida y perfeccionada antes de la entrada en vigor de la norma para determinar la sujeción al impuesto. Por otro, porque el elemento que determina su cuantificación, la base del cálculo del tributo se proyecta sobre el margen de intereses e ingresos y gastos por comisiones correspondientes al año natural anterior al pago del impuesto. Esta circunstancia podría plantear un problema en lo que atañe a la retroactividad del GT en su primer año de vigencia, 2023, porque la cuantía de su obligación se calcula en virtud del resultado de 2022, pero no así en 2024, en el que se tendría en cuenta

³⁶ MARTIN QUERALT, J. eta alia, “Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución...”, ob. cit., pág. 29.

³⁷ Según el cual se revisará la configuración del gravamen «para su integración en el sistema tributario en el propio ejercicio fiscal 2024 y se concertarán o convenirán, respectivamente, con la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra».

³⁸ Ibidem, pág. 30.

el margen bruto de operaciones de 2023, ejercicio en el que el tributo ya estaba en vigor. Con todo, la retroactividad ligada a la sujeción al impuesto, la que establece la exigibilidad del mismo en virtud del margen obtenido en 2019 es la que, a nuestro juicio, determina la inconstitucionalidad del GT por atentar contra la seguridad jurídica y porque evidencia, de nuevo, la existencia de elementos que hacen dudar de su cumplimiento con el principio de igualdad y el de capacidad económica. ¿Cómo si no, se justifica que entidades inexistentes en 2019 y con un margen bruto de operaciones superior a 800 millones de euros, por ejemplo, en 2022, no estén obligadas a su pago? ¿o que entidades que habiendo obtenido dicho margen en 2019 y no obteniéndolo con posterioridad estén obligadas al mismo?

Una cuarta cuestión a considerar bajo los parámetros que miden la constitucionalidad del GT está ligada al régimen sancionador aplicable a la prohibición de repercusión de este tributo, porque vulnera el principio de taxatividad del artículo 25.1 CE; y porque, según veíamos se predica respecto de situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. Según comentábamos el artículo 2 de la Ley 38/2022, en su número 7 establece que el importe de la prestación y su pago anticipado no serán objeto de repercusión económica, directa o indirecta, y que el incumplimiento de lo anterior tendrá la consideración de infracción muy grave y se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe repercutido. A juicio de MARTIN QUERALT *et alia*, el precepto incumple el principio de taxatividad dado que «la conducta infractora es totalmente abierta e indeterminada, al identificarse tácitamente con incrementos de comisiones o de tipos de interés que se cobren a los clientes o con quien se relacionen las entidades financieras, y no se especifica si esa “repercusión” ilícita lo ha de ser sobre todos o algunos, o uno solo de ellos, pues es por todos conocido que las entidades financieras no aplican a todos sus clientes las mismas condiciones en cuanto a comisiones e intereses a cobrar o pagar. Incluso se podría incorporar el coste de la prestación a otro tipo de actos o entregas que realicen las entidades financieras y que nada tengan que ver con comisiones e intereses»³⁹.

En este orden de asuntos, el número 7 del artículo 2 de la Ley 38/2022 establece que corresponde a la CNMC, sin perjuicio de las competencias del Banco de España y de la obligación de éste de colaborar con la misma, la comprobación del cumplimiento de la obligación no repercusión, así como, en su caso, la tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores por incumplimientos de la misma, para a continuación señalar que «a estos efectos, en particular, se podrá solicitar la información relativa al cumplimiento de la obligación correspondiente a los años 2022 y siguientes». Esta última afirmación parece indicar que la prohibición de repercusión se extiende a las comisiones e intereses que pudieran haberse establecido en los períodos relevantes para la cuantificación de la prestación o de sus ingresos anticipados, es decir, 2022 y 2023, lo cual vendría a indicar que, en los prolegómenos a la entrada en vigor de la norma, a lo largo de 2022, podrían haberse producido conductas susceptibles de sanción, una apreciación

39 Ibidem, pág. 37.

a todas luces improcedente en primer lugar porque se trata de una conducta entonces no tipificada como infracción. En resumen, el artículo 2.7 de la Ley 38/2022 aplica una sanción a una conducta que, en el momento de realizarse (2022) no estaba tipificada como infracción, con lo que conculca la retroactividad penal *in malam partem*, también aplicable a las sanciones administrativas. En segundo lugar, porque proyecta a futuro (“y siguientes”) una conducta infractora cuando, en principio, el gravamen del que trae causa se establecía para dos únicos ejercicios.

Desde un punto de vista constitucional, una quinta cuestión a tener en cuenta deriva de la alteración del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas apuntada en apartados precedentes. Según decíamos, la calificación legal otorgada al GT como PPPNT excluye a las mismas de la posibilidad de participar en la recaudación que pueda obtenerse a través del recurso, lo que, en cierta manera, modifica el régimen de financiación autonómico establecido por los artículos 156 y 157 CE y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). El hecho de que, como veremos, tanto la Comunidad Foral de Navarra como los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa participen del GT, abunda en esta idea en la medida en que, en cierta manera, vuelve a confirmar su naturaleza tributaria, y pone en tela de juicio la existencia de una virtual igualdad entre Comunidades Autónomas.

Finalmente quisiéramos apuntar una última cuestión en relación con el acomodo de esta figura al orden constitucional que, alternativamente, o bien confirma su naturaleza tributaria o, en su caso supone un anuncio de lo que pudiera constituir una futura inconstitucionalidad. Nos referimos a lo que al respecto señala la Disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, en virtud del cual con ocasión de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el año 2024 anuncia que se realizará revisión de la configuración de ambos gravámenes para su integración en el sistema tributario en el propio ejercicio fiscal 2024. De ser así, si llegara a lograrse el consenso parlamentario para la formulación de la LGPE de 2024, parece que este real decreto-ley augura la creación de un tributo antes inexistente, lo cual, de suyo, si se realizara a través de la propia LGPE conculcaría lo dispuesto en el artículo 134.7 de nuestra Constitución que señala expresamente que «la Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea».

Ciertamente, el propio Tribunal Constitucional, (en STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ4) recuerda que «no puede efectuarse una lectura expansiva de los límites que la Constitución impone a la ley de presupuestos, debe señalarse que cuando el art. 134.7 CE prohíbe a la ley de presupuestos “crear tributos” está poniendo en conexión esta limitación con el deber de contribuir al que hace referencia el art. 31.1 CE y con la potestad originaria del Estado para crear tributos por ley del art. 133.1 CE, sin que haya pretendido extender esa prohibición a cualquier “prestación patrimonial de carácter público” a las que se refiere el art. 31.3 CE. Dicho de otra manera, cuando el Constituyente consideró inhábil el instrumento presupuestario para introducir nuevos “tributos” en el ordenamiento o para modificar los existentes (sin previa habilitación legal al respecto), era consciente de

la existencia de una reserva de ley en materia de “prestaciones patrimoniales de carácter público” (art. 31.3 CE), y, sin embargo, no quiso extender aquella limitación a toda clase de prestación patrimonial de carácter público, sino únicamente a las de naturaleza tributaria, quedando legitimadas las restantes prestaciones patrimoniales no tributarias para formar parte del contenido eventual de la ley de presupuestos, claro está, siempre y cuando guarden la necesaria conexión económica –relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno– o presupuestaria –para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto– con el instrumento presupuestario».

Se trata, en definitiva, de una torpeza que aboca a un mismo lugar, el reconocimiento de una paradoja cuando no una torpeza, porque el tributo ya está creado como tal, lo que evitaría la declaración de inconstitucional por este motivo; también porque no hay ley tributaria sustantiva que lo prevea, no lo hace la Ley 38/2022, y aunque con rango legal, el Real Decreto-Ley 8/2023 no tiene esa naturaleza⁴⁰.

2. SOBRE SU CONSONANCIA CON EL DERECHO DE LA UNIÓN

La configuración del gravamen suscita, además de dudas sobre su constitucionalidad, serios interrogantes en relación con su relación con el Derecho de la Unión.

La primera de las circunstancias a tener en cuenta deriva, como hemos visto, del diferente trato que el gravamen otorga a las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito residentes y a aquellas otras que no lo son, ya que, como veíamos el GT es aplicable únicamente a entidades residentes en España, lo cual, de suyo, supone un caso particular, aunque no extraño, respecto de los supuestos de discriminación analizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), más acostumbrado a examinar supuestos en los que la discriminada es la entidad no residente.

MARTIN QUERALT *et alia*,⁴¹ refieren la prohibición de la discriminación, contenida en el artículo 21.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de Unión Europea (CDFUE), en relación con las libertades de establecimiento (artículo 15 CDFUE), de circulación y de residencia (artículo 45 CDFUE) y la doctrina derivada de distintas sentencias del TJUE.⁴² Pues bien, en aplicación de dicha jurisprudencia, los referidos autores

40 Para más reflexiones en torno a la figura utilizada para anunciar esta modificación normativa en la materia vid. PÉREZ-FALDÓN MARTÍNEZ, J.J., “Real Decreto-Ley 8/2023 de prórroga de los gravámenes sobre banca y energía y el ITSGF y otras normas”, *Carta tributaria. Revista de Opinión*, Nº 106, Enero de 2024.

41 MARTÍN QUERALT, J. (Dir). “Estudio preliminar sobre la adecuación a la...”, *ob. cit.*, págs. 45-63.

42 Destacamos, entre todas ellas, respecto al concepto de discriminación las SSTJUE de 25 de noviembre de 2021 (Asunto C-372/20, QY); de 10 de junio de 2015 (Asunto C-686/13, X AB); de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-593/14, Masco Denmark ApS, Damixa ApS); de 20 de diciembre de 2017 (Asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16, Deister Holding AG, anteriormente Traxx Investments NV y otro); de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-416/17, Comisión versus Francia); de 26 de febrero de 2019 (Asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, N Luxembourg 1 y otros); de 20 de enero de 2021 (Asunto C-484/19, Lexel AB); de 12 de abril de 1994 (Asunto C-1/93, Hallinburton Services); de 28 de octubre de 2010 (Asunto C 72/09, Établissements Rimbaud SA); de 10 de febrero de 2011, (Asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08, Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH, y Österreichische Salinen

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Irene Suberbiola Garbizu)

entienden que el GT es un impuesto directo que vulnera las normas europeas al tratar de manera diferente, de forma discriminatoria a determinadas entidades por la mera razón de su residencia. Igualmente infieren que dicha discriminación por razón de la residencia de las entidades afectadas supone una vulneración de la libertad de establecimiento. Lo mismo respecto de la libre prestación de servicios, que puede ser conculcada por la exigencia de un gravamen únicamente a entidades de crédito o establecimientos financieros de crédito con residencia en España. Del mismo modo, en lo que se refiere a la libre circulación de capitales, parece claro que las entidades de crédito residentes en otros Estados se encuentran una situación más ventajosa respecto a las entidades residentes en España, dado que la no imposición del GT les permite ofrecer sus productos en mejores condiciones económicas a sus clientes en nuestro país. En este sentido, como indica el informe del BCE, «la aplicación del gravamen únicamente a determinadas entidades de crédito españolas podría falsear la competencia en el mercado y perjudicar la igualdad de condiciones tanto dentro del país como en toda la unión bancaria»⁴³.

En segundo término, el hecho de que las entidades con un margen bruto de operaciones inferior a 800 millones de euros estén exentas del GT sin que, como hemos visto, se haya dado una motivación que lo justifique podría suponer una vulneración del artículo 107 del TFUE en la medida en que favorece a esas entidades en detrimento de aquellas otras que se ven obligadas a su pago. Así, cabría al menos plantearse si el GT puede ser considerado como ayuda de Estado por solo gravar a grandes empresas, en este caso, las residentes en España. Una vez más, la ausencia de fundamentos que acrediten la idoneidad de la medida, impide que podamos afirmar con rotundidad que nos encontremos ante un impuesto que no constituye una ayuda de Estado, como hiciera la Gran Sala en sus sentencias de 3 de marzo de 2020 en los asuntos C-482/2018, *Google Ireland vs. Hungría*; C-75/2018, *Vodafone v. Hungría*; C-323/18, *Tesco v. Hungría* en relación con los impuestos específicos recaudados en Hungría sobre el volumen de negocios de las empresas de telecomunicaciones y en el sector del comercio, donde entendió que sendos impuestos no son ayuda de Estado, a menos que constituyan el modo de financiación de una medida de ayuda, de modo que formen parte integrante de la misma⁴⁴.

AG); y de 3 de septiembre de 2014 (Asunto C-127/12, *Comisión versus España*). Por su parte, en lo que atañe a la libertad de establecimiento, las SSTJUE de 5 de diciembre de 2013 (Asuntos acumulados C-159/12 a C-161/12, *Alessandra Venturini y ASL Varese*); de 6 de octubre de 2020 (Asunto C-66/18, *Comisión versus Hungría*); de 4 de julio de 2018 (Asunto C-28/17, *NN A/S*); de 12 de junio de 2018 (Asunto C- 650/16, *A/S Bevola y otro*); de 3 de marzo de 2020 (Asunto C-75-18, *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt*); de 25 de febrero de 2010 (Asunto C-337/08, *X Holding*). En lo que afecta a la libre prestación de servicios las SSTJUE de 23 de enero de 2014 (Asunto C-296/12, *Comisión versus Bélgica*); de 6 de mayo de 2021 (Asunto C-142/20, *Analisi G. Caracciolo Srl*); de 17 de noviembre de 2009 (Asunto C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri versus Regione Sardegna*), y de 25 de julio de 2018 (Asunto C-553/16, «*TTL*» *EOOD*). Finalmente, en lo referido a la libre circulación de capitales, las SSTJUE de 7 de septiembre de 2017 (Asunto C-6/16, *Eqiom SAS, anteriormente Holcim France SAS, y otro*); de 20 de diciembre de 2017 (Asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16, *Deister Holding AG, anteriormente Traxx Investments NV y otro*); y de 26 de mayo de 2016 (Asunto C-48/15, *NN (L) International SA, anteriormente ING International SA, sucesora en los derechos y obligaciones de ING (L) Dynamic SA*).

43 BCE, "Dictamen del Banco Central Europeo de 2 de noviembre de 2022 ...", ob. cit., pág. 4.

44 También en la STJUE Gran Sala de 3 de marzo, C-482/2018, *Google Ireland vs. Hungría*.

V. UN APUNTE DESDE LA PERSPECTIVA FORAL

Según hemos comentado, pese a su calificación como PPPNT, pese a que “en teoría” o “sobre el papel”, el GT no es considerado un tributo, la Comunidad Foral de Navarra y los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa participan del mismo gracias a las negociaciones realizadas en el seno de sus respectivas Comisiones Mixtas del Convenio y el Concierto Económico, lo cual, abunda en su consideración como figura impositiva.

La posible exclusión de la participación en el gravamen por su calificación como PPPNT fue apuntada en el trámite parlamentario por el Partido Nacionalista Vasco quien entendió que vaciaba de contenido el Convenio y el Concierto por impedir «la concertación de estos nuevos impuestos, imposibilitando que sus Haciendas puedan recaudar un solo euro de lo gravado a las empresas de los sectores bancario y eléctricos»⁴⁵.

Pues bien, para horadar este posible conflicto, según decíamos, se ha convenido que tanto los Territorios Históricos como la Comunidad Foral de Navarra participen en el GT. En efecto, en lo que atañe a las primeras, el acuerdo adoptado por la Comisión Mixta del Concierto Económico en la reunión mantenida el 27 de diciembre de 2022, además de la concertación del Impuesto a las Grandes Fortunas, permite participar al País Vasco en la financiación por el Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito establecido por la Ley 38/2022 «con el fin de hacer frente a las excepcionales consecuencias económicas y sociales motivadas por la guerra en Ucrania y por los problemas de oferta y de suministros derivados de la pandemia provocada por la COVID-19, con objeto de apoyar la acción pública de la Comunidad Autónoma dirigida a reforzar el pacto de rentas».⁴⁶ En este sentido, la financiación que percibe el País Vasco se cuantifica «por aplicación del índice de imputación vigente al volumen de ingresos generados en virtud de dicha “prestación patrimonial no tributaria de naturaleza extra fiscal”⁴⁷ para los ejercicios 2023 y 2024, debidamente certificados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria».⁴⁸ En otras palabras, la financiación en la que participa la Comunidad Autónoma de Euskadi es idéntica al cupo vigente, el 6,24% y se compensa en los plazos de pago del cupo. Como contrapartida, esta comunidad asume íntegramente la definición y gestión de las ayudas convocadas por el Estado que se financien exclusivamente con la recaudación del GT.

Por su parte, de forma análoga, la Comisión Coordinadora del Convenio Económico Navarra-Estado también acordó el 28 de diciembre de 2022, la participación de la Comunidad Foral en el gravamen temporal a las entidades de crédito

45 https://www.eldiario.es/euskadi/impuesto-banca-electricas-enfada-pnv-esquivar-haciendas-vascas-navarra_1_9215647.html

46 Punto primero del segundo acuerdo de la Comisión Mixta del Concierto Económico.

47 El entrecomillado es nuestro.

48 Punto segundo del segundo acuerdo adoptado en el seno de la Comisión Mixta del Concierto.

y establecimientos financieros de crédito, como en el caso anterior, para hacer frente a las excepcionales consecuencias económicas y sociales motivadas por la guerra en Ucrania y por los problemas de oferta y de suministros derivados de la pandemia provocada por la COVID-19. Así las cosas, la Administración General del Estado aporta financiación a la Comunidad Foral de Navarra en un 1'6% del volumen de ingresos generados por esta figura en 2023 y 2024, compensándolo en los plazos de pago de la aportación económica. En contrapartida, al igual que Euskadi, Navarra asume íntegramente la definición y gestión de aquellas ayudas del Estado que se financien exclusivamente con la recaudación de este gravamen.

En este orden de asuntos no es casualidad que el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, prevea la revisión de la configuración del gravamen para su plena integración en el sistema tributario y su conversión en tributo concertado o convenido, según corresponda, previa modificación del concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra.

VI. CONCLUSIONES

De lo hasta ahora expuesto, podemos extraer múltiples, que pasamos a resumir, de modo genérico en seis:

Primera. La Ley 38/2022, reguladora del gravamen adolece de serias deficiencias técnicas que ponen de manifiesto el desprecio del legislador de los criterios jurisprudenciales y doctrinales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Segunda. El cauce utilizado para la aprobación de la Ley 38/2022 reguladora del gravamen, la proposición de ley, supone una perversión del cauce parlamentario que debiera haberse utilizado, el proyecto de ley. Si bien el resultado final, la existencia de una ley, proscribiera cualquier tacha de inconstitucionalidad de la norma por aplicación del artículo 31.3 CE, lo cierto es que la tramitación de la iniciativa como proposición de ley evita la formulación de una consulta pública, la memoria de impacto normativo o el dictamen del Consejo de Estado, elementos, todos ellos, que además de abundar en la justificación y el mejor conocimiento de los rudimentos que fundamentan o debieran fundamentar la medida, hubieran garantizado su calidad democrática. Del mismo modo, el anuncio de la "conversión" del GT en un tributo con ocasión de la aprobación de los LGPE para 2024 debería hacer reflexionar sobre el vehículo normativo utilizado para realizar dicha "adaptación":

Tercera. El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito no es una prestación patrimonial pública no tributaria sino, bien al contrario, un tributo y más concretamente un impuesto. La estructura de la figura, su régimen de gestión, inspección y recaudación, así como el procedimiento sancionador o incluso el procedimiento de revisión que le es aplicable es el contenido en la LGT para los tributos. Igualmente, la coactividad en su exigencia o la utilización de este recurso para sostener el gasto público abundan en que su naturaleza jurídica es tributaria. El *nomen iuris* empleado por el legislador no

es atinado, o, en el mejor de los casos responde a una utilización espuria de la figura con un claro objetivo: sustraerla de la aplicación de los principios de justicia material aplicables a los tributos y alterar el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas. El hecho de que las Comunidades Autónomas de Navarra y Euskadi hayan logrado participar en el gravamen es claro ejemplo de ello.

Cuarta. El juicio de constitucionalidad al que someter el GT, debe, por tanto, realizarse bajo el prisma de su condición de tributo, lo que permite, en primer lugar, afirmar que la medida, vulnera los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica recogidos en el artículo 31.1 CE. En segundo lugar, su consideración como tributo evidencia, según decíamos la alteración del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas puesto que éstas quedan vedadas de la participación en su recaudación en contra de los mecanismos establecidos en los artículos 156, 157 y la LOFCA. Igualmente, la estructura temporal del tributo vulnera, claramente, el principio de seguridad jurídica por proyectarse sobre hechos acaecidos con anterioridad al nacimiento de la obligación y el devengo del GT.

Quinta. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el gravamen no respeta las libertades fundamentales de establecimiento, prestación de servicios y movimiento de capitales; discrimina entre entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito residentes y no residentes; y, eventualmente puede vulnerar lo dispuesto en el artículo 107 TFUE.

Sexta. Las deficiencias detectadas son el germen de una litigiosidad judicial cuyo camino no ha hecho más que comenzar. La Audiencia Nacional, que aún no ha entrado a valorar el gravamen, ha rechazado la adopción de medidas cautelares contra la misma en relación con la suspensión del pago del impuesto hasta que se dicte fallo definitivo⁴⁹ y la elevación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Con todo, los recursos interpuestos por la gran banca, así como por las patronales del sector, ABE y CECA, siguen su curso y, previsiblemente, llegarán hasta el Tribunal Supremo o, por sus tachas de inconstitucionalidad, hasta el propio Tribunal Constitucional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CHECA GONZÁLEZ, C. "Algunas consideraciones sobre los "impuestos" energético y de entidades de crédito y establecimiento financieros de crédito", Nueva Fiscalidad, Nº 3, julio-septiembre 2022, págs. 23-60.

49 Audiencia Nacional ha rechazado la suspensión cautelar de la Orden HFP /94/2023, de 2 de febrero de Hacienda que desarrolla la Ley 38/2022 que aprueba los modelos de declaración de ingreso y pago del gravamen temporal que establece esa norma para las empresas energéticas y de crédito. En su opinión, la medida cautelar que interesa la parte recurrente supondría "la petrificación del ordenamiento jurídico puesto que, por medio de la obtención de la medida cautelar respecto de la Orden Ministerial de desarrollo se estaría paralizando la aplicación de una Ley que tiene una justificación detallada en su exposición de motivos y respecto de la que esta Sala no tiene nada que decir por carecer totalmente de competencia para anular normas con rango de ley". Vid. https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextoid=7095b270dcd66810VgnVCM1000004648ac0aRCRD&vgnnextchannel=3e6ff2175f35c210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=en&lang_chosen=en

El gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito
(Irene Suberbiola Garbizu)

- CRUZ AMOROS, M. "Apuntes sobre las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias", El derecho.com, Lefebvre, 28 de noviembre de 2022.
- DE JUAN CASADEVALL, J. "El nuevo "impuesto" bancario y su dudosa configuración como prestación patrimonial pública no tributaria", *Crónica Tributaria*, Núm. 189/2023, págs. 11-30.
- DE LA FUENTE MORENO, A. "Comentario a la Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales sobre determinadas empresas energéticas y entidades de crédito", *Apuntes Fedea*, 20, 2022.
- MARTIN QUERALT, J. (Dir.); CASADO OLLERO, G.; ONRUBIA FERNÁNDEZ, J.; ORÓN MORATAL, G.; RODRÍGUEZ BEREIJO, Á.; TEJERIZO LÓPEZ, J.M., *Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financiero de crédito*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2022.
- MARTÍNEZ LAGO, M.A., "Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias", *Papers AEDAF*, N° 22, 2023.
- MENÉNDEZ MORENO, A. "Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Un análisis de la noción de las mismas en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público", *Revista Quincena Fiscal*, N° 1/2018.
- MENÉNDEZ MORENO, A. "Sobre la calificación y constitucionalidad de los Gravámenes Temporales Energético y de Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros de Crédito", *Revista Quincena Fiscal*, N° 3, 2023.
- PALAO TABOADA, C. "Prestaciones patrimoniales de carácter público", *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, 481, 2023, págs. 5-58.
- PÉREZ-FALDÓN MARTÍNEZ, J.J., "Real Decreto-Ley 8/2023 de prórroga de los gravámenes sobre banca y energía y el ITSGF y otras normas", *Carta tributaria. Revista de Opinión*, N° 106, Enero de 2024.
- SANZ GÓMEZ, R. "Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias a la luz de las transformaciones del modelo de Estado: una propuesta de clarificación", *Revista Española de Derecho Financiero*, N° 191, julio-septiembre 2021, págs. 183-232.
- TAPIA HERMIDA, A.J. "El dictamen del Banco Central Europeo de 2 de noviembre de 2022 sobre el gravamen temporal a los beneficios bancarios propuesto por el Parlamento español", *La Ley Unión Europea*, N° 109, Diciembre de 2022.
- TAPIA HERMIDA, A.J., "El gravamen temporal a los beneficios bancarios propuesto por el Parlamento español ante el dictamen del BCE de 2 de noviembre de 2022 apuntes para una polémica", *Diario La Ley*, N° 10174, 21 de noviembre de 2022.
- ZORNOZA PÉREZ, J. "El gravamen sobre los bancos: por qué lo llaman prestación patrimonial", *Expansión*, 16 de agosto de 2022, <https://www.expansion.com/opinion/2022/08/16/62f2be046468aeb0e548b45b4.html>;