

EL FUTURO DE LA FISCALIDAD AUTONÓMICA SOBRE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS

César García Novoa*

Resumen

La Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2012 ha declarado la adecuación a la Constitución del impuesto sobre depósitos bancarios de Extremadura. Sin embargo, estos impuestos plantean grandes dudas desde la perspectiva constitucional y del Derecho de la Unión Europea. La sentencia, además, permite abrir el debate sobre el poder normativo de las comunidades autónomas para crear impuestos propios.

THE FUTURE OF TAXATION OF BANK DEPOSITS BY THE AUTONOMOUS COMMUNITIES

Abstract

The judgment of the Spanish Constitutional Court 210/2012 has declared the tax on bank deposits of Extremadura to be in conformity with the Constitution. However, these taxes raise serious questions from a constitutional perspective and the Law of the European Union. The ruling also opens the debate on the legislative power of Spain's autonomous regions to create their own taxes.

*César García Novoa, catedrático de derecho financiero y tributario de la Universidad de Santiago de Compostela, Avda. Dr. Ángel Echeverri, s/n. Campus sur, 15782 Santiago, cesar.garcia@usc.es.

Artículo recibido el 02.05.2013. Evaluación ciega: 06.05.2013 y 08.05.2013. Fecha de aceptación de la versión final: 29.05.2013.

Citación recomendada: GARCÍA NOVOA, César. «El futuro de la fiscalidad autonómica sobre los depósitos bancarios». *Revista catalana de dret públic*, núm. 46 (2013), pp. 104-134, DOI: 10.2436/20.8030.01.6.

Sumario

1 Introducción

1.1 La tributación propia de las comunidades autónomas

2 El poder del Estado y de las comunidades autónomas para crear y regular impuestos

3 Los grandes problemas de los impuestos propios

3.1 Competencias legislativas en materia de tributos propios de las comunidades autónomas

3.2 El principio de separación

4 Introducción a la imposición sobre operaciones financieras

5 El Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de Extremadura

5.1 El análisis del Tribunal Constitucional

5.2 Otros puntos de cuestionamiento del Impuesto sobre depósitos

5.3 Problemas de derecho de la Unión Europea de la imposición autonómica sobre depósitos bancarios.

6 La reacción del Estado. El nuevo Impuesto sobre depósitos en entidades de crédito

1 Introducción

Si hay una cuestión relacionada con la financiación del Estado de las autonomías que resulta especialmente polémica, esa no es otra que la concerniente al ejercicio del poder tributario propio por parte de las comunidades autónomas. Y este tema ha recobrado una inusitada actualidad como consecuencia de algunas recientes sentencias del Tribunal Constitucional (TC).

Se trata de una cuestión polémica, en la cual el debate técnico y sosegado es difícil, y en la que las cuestiones jurídicas aparecen entreveradas de condicionamientos políticos. Con más frecuencia de la deseable, los argumentos jurídicos sirven para revestir posicionamientos políticos previos, para lograr, mediante mecanismos de *ignorancia oportunista* o *aislamiento ilegítimo*, lo que MYRDAL denominaba *objetividad espuria*, refiriéndose a aquéllos análisis que, siendo aparentemente científicos, esconden valoraciones políticas. Intentando evitar esto, haremos una descripción de los distintos puntos clave de la cuestión.

1.1 La tributación propia de las comunidades autónomas

Como es sabido, la Constitución española atribuye a las comunidades autónomas en su art. 156, autonomía financiera «para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo al principio de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad con todos los españoles». La autonomía financiera es consustancial a la autonomía política, hasta tal punto que cabe afirmar que no es posible hablar de ésta sin aquella, ya que los medios financieros son algo inherente al reconocimiento de la autonomía política. Una autonomía política que presupone capacidad para perseguir fines públicos sin capacidad de decisión sobre el volumen de fondos que se van a emplear para perseguir tales fines, no es una verdadera autonomía, aunque esos fines fuesen objetivamente suficientes para el logro de los objetivos políticos propuestos por el ente supuestamente autónomo.¹ Por eso el TC ha afirmado que la Hacienda privativa de las comunidades autónomas «es no tanto una competencia que se reconoce a las comunidades autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma» (sentencias 14/1986, de 31 de enero (FJ 2) y 63/1986, de 21 de mayo, FJ 4, y 183/1988, de 13 de octubre, FJ 1).

La afirmación anterior está en la propia lógica de las cosas, pues se apoya en una evidencia. El sistema de financiación de entes subcentrales en cualquier Estado es consecuencia directa de la organización territorial que resulte establecida en la correspondiente Constitución. Y el modelo del Estado de las autonomías es un modelo abierto, del que VANDELLI ha dicho que «...el constituyente, en el tema de las autonomías regionales, se ha limitado a trazar sus líneas esenciales, dejando, desde el más completo rechazo de fórmulas generales y uniformes, amplios espacios a la disciplina confiada a los diversos estatutos y a futuras leyes orgánicas y ordinarias».² El Estado autonómico es, por tanto, un modelo abierto y en

¹ SÁNCHEZ GALIANA, J.A. «Los tributos propios de la Comunidad Autónoma de Andalucía». En: *El debate sobre el sistema de financiación autonómica*, Jornadas de Estudio organizadas por el Parlamento de Andalucía, XX aniversario del Estatuto, Secretaría General del Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2003, p. 200.

² VANDELLI, E. *El ordenamiento español de las comunidades autónomas*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982, p. 338.

constante construcción³. No sólo porque así lo ha querido el constituyente, sino por la fuerza de la denominada *mutación constitucional* (*Verfassungswandel*)⁴. Con relación al título VIII y a la organización territorial, no es posible interpretar a día de hoy este título de manera similar al momento en que la Constitución fue aprobada y que principios como *autonomía, solidaridad, equilibrio económico, privilegios económico-sociales...* «tienen un contenido sensiblemente diferente al que tenían cuando nuestra Ley Fundamental cobrara vida hace ya más de veinte años».⁵

La mutación constitucional legitima también la mutación del bloque de constitucionalidad y, en especial, la reforma de los estatutos de autonomía, lo que supone reconocer una ampliación de la base competencial de las comunidades autónomas en la medida en que se incrementen las legítimas aspiraciones de autogobierno. Esta es posible en la medida en que el art. 147.3 y 155.2 de la Constitución se remiten al procedimiento establecido en los mismos, procediendo en el caso catalán, el procedimiento *complejo* previsto en su título IV, art. 56, de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre. No obstante, esta afirmación exige recordar que la mutación constitucional, como mecanismo de la adecuación de la Constitución a la realidad y como elemento que contribuye a dotar de eficacia y estabilidad al orden constitucional, está sujeta a límites, que empezarán a perfilarse cuando se produce una contradicción entre la mutación operada y el texto constitucional. En tal caso, lo fundamental, como ha señalado el propio HESEE, es el respeto al «sentido y finalidad» (*Sinne und Telos*) de la proposición normativa constitucional.⁶ Si los estatutos y el bloque de constitucional son también un derecho vivo, los cambios deben realizarse preservando la esencia del modelo territorial contenido en la Constitución. Todo lo que sobrepase este límite supone una *ruptura* y, por tanto, una inaceptable alteración del modelo territorial a través de los estatutos y sin proceder a la necesaria reforma constitucional.⁷ A ello se ha referido, como se recordará, el TC, en Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña.

2 El poder del Estado y de las comunidades autónomas para crear y regular impuestos

El reconocimiento de un poder tributario propio, previsto en los artículos 153.2 de la CE y 6 de la LOFCA como característica del sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común en España, ha sido destacado por el TC como rasgo distintivo de la autonomía financiera (Sentencia 49/1995, de 16 de febrero, FJ 4º). El poder tributario incluirá, en palabras de un clásico como MICHELI, «...la acción

³ Algunos autores como CRISAFULI, V. *Lezioni di Diritto Costituzionale. Le Fonti*, Padova: CEDAM, 1971, pp. 92 y 94 entienden que la norma institucional aprobada por el Parlamento regional es ya un acto legislativo perfecto, y la aprobación por ley estatal sólo supone un control de eficacia. Mientras que para CERETI, C., la aprobación de los estatutos regionales en Italia requieren un acto complejo, integrado por la aprobación del Parlamento regional y por la Ley del Estado; *Dizionario Costituzionale*. Torino: Utet, 1963, p. 550.

⁴ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Salvador de Bahía: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22.

⁵ AGUALLO AVILES, A. «Necesidad de un análisis constitucional del Derecho Financiero». En: ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco. *Derecho Financiero Constitucional, Estudios en memoria del profesor Jaime García Añoveros*. Madrid: Civitas-Universidad Internacional de Andalucía, 2001, p. 83.

⁶ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, *op. cit.*, p. 23.

⁷ El propio HESSE, K. afirmaba que «la problemática de la reforma de la Constitución comienza allí donde acaban las posibilidades de una mutación constitucional», *op. cit.*, p. 102.

legislativa en cuanto se dirige al establecimiento de normas tributarias y la acción administrativa dirigida a aplicar dichas normas».⁸

Si la autonomía exige poder tributario como poder legislativo de creación de tributos, y éste es expresión de la autonomía financiera que la Constitución reconoce a las comunidades autónomas, es evidente que tal autonomía tiene que expresarse a través de la exigencia de tributos propios y, en concreto, de impuestos propios. Así lo reconoce el art. 157.1.b) de la Constitución al referirse a los impuestos, tasas y contribuciones especiales, propios de las comunidades autónomas.

El ejercicio de competencias normativas para crear impuestos de carácter fiscal es una cuestión de selección de hechos imposables, esto es, de manifestaciones de capacidad contributiva que puede gravar el Estado o, en su caso, las comunidades autónomas. La distribución del poder para crear impuestos se deduce de las disposiciones constitucionales y del *bloque de constitucionalidad* que, con relación a esta materia, está integrado por los artículos 157 y 158 de la Constitución, además de por los respectivos estatutos de autonomía, y por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, prevista en el artículo 157.3, para regular el ejercicio de competencias financieras.

La distribución del poder tributario entre los distintos niveles territoriales aparece en la Norma Fundamental en los artículos 133 1 y 2 y título VIII. En este último se incluye la competencia exclusiva del Estado en *Hacienda General*, —artículo 149.1.14 de la Constitución— cuyo contenido es objeto de polémica y que, para SAINZ DE BUJANDA, debe comprender «el conjunto de principios y de instituciones que deben planear por encima de todo el aparato financiero con eficacia sobre todo el territorio de la Nación».⁹ Y aunque es difícil llenar de contenido este título competencial, parece claro que el mismo abarca, fundamentalmente, aquellas cuestiones en las que el Estado debería proveer una regulación unitaria, y en especial, como dice la Sentencia del TC 76/1992, de 14 de mayo, los «preceptos típicos de derecho codificado» (FJ 4º),¹⁰ esto es, las normas codificadoras como la Ley General Tributaria. Al Estado le corresponderá también asegurar unas condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el cumplimiento de deberes constitucionales, entre los que se incluye el deber de contribuir, competencia atribuida en el art. 149.1.1º de la Constitución, y que ha sido invocada por el TC en ciertas ocasiones, como elemento de garantía de la igualdad en materia tributaria —Sentencia 87/1987, de 2 de junio (FJ 3º)—. Esto es, el Estado no sólo tendrá competencia sobre su propia Hacienda, sino también sobre lo básico y fundamental de las restantes haciendas distintas de la del Estado (así, la Sentencia 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3º). Sobre la relevancia de esta competencia en el marco de los recientes pronunciamientos del TC en materia de impuestos propios, se ha pronunciado recientemente ALONSO GONZÁLEZ.¹¹

⁸ MICHELI, G.A. *Corso di Diritto Tributario*. 7ª edición. Torino: UTET, 1984, p. 106.

⁹ SAINZ DE BUJANDA, F. «Elementos y razones que pueden justificar una reforma de la Ley General Tributaria». *Crónica Tributaria*, nº 62 (1992), pp. 107-108.

¹⁰ Así lo ha señalado el TC respecto, por ejemplo, al interés de demora – Sentencia del TC 4/1986, de 31 de enero, FJ 11º – o en relación con las infracciones y sanciones, respecto de las cuales las comunidades autónomas no podrían introducir «divergencias irrazonables o desproporcionadas», aunque la propia Sentencia 14/1986 ha permitido que las comunidades autónomas se separen de la regulación del Estado, por ejemplo, respecto a los efectos de las notificaciones defectuosas.

¹¹ ALONSO GONZÁLEZ, L.M. «El futuro de la tributación propia», inédito, p. 9.

Recordemos que la Constitución española señala que «la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley» —artículo 133.1º—, mientras que las comunidades autónomas y las corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes —artículo 133.2º—. Al margen del significado que haya de darse a la calificación como *originario* del poder tributario del Estado,¹² lo cierto es que las comunidades autónomas tienen la posibilidad de dictar leyes para crear nuevos tributos,¹³ en lo que es una competencia propia sobre la tributación autonómica en sentido estricto. Por el contrario, el poder normativo de las comunidades autónomas, además de compartir estos mismos condicionamientos con el Estado, se encuentra limitado, según el art. 133.2º de la Constitución, *por las leyes*, que obviamente sólo podrán ser leyes del Estado.

En primer lugar, el Estado dispone de una facultad de configuración inicial del sistema tributario, que deriva de la competencia sobre Hacienda General del artículo 149.1.14 de la Constitución. Aunque no haya impuestos que *por naturaleza* sean impuestos del Estado, sí parece evidente que ciertas figuras impositivas van a ser reguladas por el Estado porque, como es el caso del IRPF o IS, «por su entidad cualitativa...alteren sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario» —Sentencia del TC 182/1997, de 28 de octubre (FJ 7º). Lo mismo cabría decir de la conveniencia, que no necesidad, de que se atribuyan al Estado competencias normativas objeto de armonización europea. Aunque ello no determina la exigencia de que los impuestos armonizados sean impuestos estatales —no existe una competencia específica de ejecución del derecho de la Unión a favor del Estado o de las comunidades autónomas— el hecho de que sea el Estado el responsable de la transposición de las directivas hace conveniente que se le asigne la decisión sobre tal ejecución, evitando el riesgo de dispersión normativa que provocaría la regulación por las distintas comunidades autónomas.

Las comunidades autónomas, por su parte, disponen de un poder tributario limitado por las normas estatales que integran el *bloque de constitucionalidad*, en especial por la Ley Orgánica que el Estado dicta en aplicación del artículo 157.3 de la Constitución y por las demás normas estatales, entre las que destacan las leyes de cesión de tributos, pues los tributos *cedibles* a que hace referencia el art. 11 de la Ley 8/1980, de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA) son impuestos del Estado y la decisión sobre la cesión es privativa de éste. Y, desde luego, por la capacidad del Estado para definir la *Hacienda General*.

En este marco, las comunidades autónomas ejercerán su poder normativo en materia impositiva en dos ámbitos. El suyo propio, integrado por sus propios impuestos, con los límites establecidos por el 31.3 de la Constitución y por los principios que CALVO ORTEGA denomina de territorialidad, no interferencia y separación.¹⁴ Y ello, tal y como se deduce de los artículos 157, 1, b) y 2, de la Constitución y 6, 7 y 8 de la LOFCA. Y por otro lado, las competencias asignadas por el Estado en relación con los llamados *tributos cedidos*, es decir, competencias normativas sobre determinados tributos del Estado y en los términos en que éste lo determine en las respectivas leyes de cesión. Téngase en cuenta que, a partir del sistema de

¹² Suele ser habitual en la doctrina destacar que «tan originario es el poder del Estado como el de las comunidades autónomas», FERREIRO LAPATZA, J.J. «Las fuentes del Derecho Financiero en la Constitución española». En: *La Constitución y las Fuentes del Derecho*. Vol. II. Madrid: IEF, 1985, pp. 901 a 919; LASARTE ÁLVAREZ, J. «Poder Tributario (artículo 2)», en *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma*, (homenaje a D. Fernando Sainz de Bujanda). Vol. 1. Madrid: IEF, 1991, p. 33.

¹³ Véase al respecto, CASADO OLLERO, G., *El sistema impositivo de las comunidades autónomas (Una aproximación a las funciones del tributo regional)*. Granada: Instituto de Desarrollo Regional, 1981, p. 21; JIMÉNEZ COMPAIRED, I. *La imposición propia de las comunidades autónomas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 132.

¹⁴ CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero*, op. cit., pp. 506 a 509.

financiación que entró en funcionamiento en el quinquenio 1997-2001, las potestades normativas de las comunidades autónomas han dejado de circunscribirse a sus propios tributos y se han extendido a los tributos cedidos.¹⁵ Nuestro interés se centra exclusivamente en el poder normativo de las comunidades autónomas para crear tributos propios.

3 Los grandes problemas de los impuestos propios

En primer lugar, los impuestos propios de las comunidades autónomas, por sus límites y por las características que la Constitución les atribuye, no integran en sentido propio, un sistema tributario.

Podemos definir el sistema tributario como el conjunto de tributos vigentes en un ordenamiento dado, teniendo en cuenta que el propio concepto de “sistema” excluye que se pueda considerar como tal una simple yuxtaposición de figuras tributarias. La idea de sistema rechaza «un mosaico de gravámenes yuxtapuestos y superpuestos»¹⁶ y exige una lógica interna, que es inherente al concepto mismo de “sistematización”.¹⁷ Y el concepto de sistema tiene relevancia constitucional porque el tributo se perfila como un instrumento para hacer efectivo el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, establecido por el artículo 31.1 de la norma fundamental a través de un *sistema tributario justo* en expresión del artículo 31.1 de la Constitución¹⁸. Por ejemplo, en la Sentencia 182/1997, de 29 de octubre, en la que el TC da un giro a su doctrina sobre el decreto-ley en materia tributaria, se hace referencia a que, para decidir si en cada caso concreto un decreto-ley afecta al deber de contribuir, hay que atender a «la intensidad de la modificación que el Decreto-Ley introduce en el conjunto del sistema» (FF JJ 7º y 9º).

Sobre este presupuesto, lo que queda claro es que la agregación de las distintas figuras que en cada comunidad autónoma integran sus “impuestos propios” no constituye un sistema tributario. Y que, por tanto, la garantía de la justicia fiscal y del logro de la progresividad, junto con las exigencias de redistribución corresponde desarrollarlas al sistema del Estado, sin que ello excluya la posibilidad de que los impuestos propios de las comunidades autónomas puedan vulnerar las exigencias de capacidad económica. Pero el principio de capacidad económica jugará, respecto a los tributos autonómicos, exclusivamente como límite al legislador, consistente en exigir como fundamento del tributo la presencia de riqueza cualificada por la necesidad de respetar la pervivencia de un orden económico privado¹⁹ o como criterio de comparación para la aplicación del principio de igualdad, de «imposición igual según la capacidad contributiva»²⁰.

¹⁵ LAGO MONTERO, J.M. *El Poder Tributario de las comunidades autónomas*. Aranzadi Editorial, 2000, pp. 40 y 41.

¹⁶ Véase al respecto YEBRA MARTUL-ORTEGA, P. «Presentación». YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.; GARCÍA NOVOA, C. (dir.). *Las Reformas Fiscales en Europa*. Madrid: IEF, 2004, p. 16.

¹⁷ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, “sistematizar” equivale a «organizar según un sistema» y un sistema es un «conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente entrelazados entre sí».

¹⁸ Véase LOZANO SERRANO, C. *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho Financiero y Tributario*, op. cit., p. 25; AMATUCCI, A. «La intervención de la norma financiera en la economía: perfiles constitucionales». En: *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*. Madrid, 1980, p. 19 y ss.

¹⁹ GAFFURI, F. *L'attitudine alla contribuzione*. Milán: Giuffrè, 1969, pp. 48 y ss.

²⁰ TIPKE, K. *Die Steuerrechtsordnung*. Vol. 1. 2ª ed. Colonia: O. Schmidt, 2000, pp. 479 y ss.

La conclusión a la que hay que llegar es que una facultad para crear tributos propios con las limitaciones a la elección de materias y hechos impositivos que se deriva de los arts. 6, 2 y 3 de la LOFCA no determina la creación de un *sistema autonómico* de tributos, sino de una serie inconexa de figuras de la más variada procedencia.

Por el contrario, sí podemos hablar de verdaderos sistemas fiscales de los entes subcentrales en ciertos estados federales. Así, en Estados Unidos, se establece una clara distribución de figuras impositivas entre la federación y los estados; a la primera, además de los impuestos sobre el desempleo y los consumos específicos, le corresponde el *Individual Income Tax* y el *Corporate Tax*, dentro de su doble competencia de *Taxing Power* y *Spending Power* que le atribuye el párrafo primero de la Sección VIII del art. I de la Constitución americana, mientras que a los estados corresponde la imposición sobre combustibles, vehículos, propiedad y, sobre todo, el *Sale Tax*.²¹ Más claro es todavía el ejemplo alemán, donde los artículos 106, 1 y 2 regulan la asignación de ingresos a la federación y a los estados federados,²² atribuyendo los impuestos que corresponden a la Federación y a los *länder*. Lo mismo habría que decir de la Constitución de Brasil de 1988, cuyo artículo 153 incluye los impuestos de la Unión y el art. 155 se refiere a los impuestos del Estado y del distrito federal. En estos casos si hay una duplicidad de sistemas establecidos en la propia Constitución, mientras que en el caso español sólo podemos hablar, en realidad, de un único sistema tributario, que sería el del Estado.

3.1 Competencias legislativas en materia de tributos propios de las comunidades autónomas

Cuando las comunidades autónomas ejercen su poder impositivo tomando sus decisiones legislativas con el límite que deriva del *bloque de constitucionalidad* están ejerciendo el poder tributario que ostentan en función de su autonomía financiera.

En primer lugar, conviene señalar que el término *impuestos propios* utilizado aquí se emplea en el sentido de que es necesario reconocer a las comunidades autónomas un ámbito de poder normativo propio en materia tributaria, bien a través de permitir la creación de figuras tributarias propias, bien a través de la habilitación de capacidad normativa en impuestos del Estado. Sin embargo, esta última cuestión se articula en el ordenamiento constitucional español a través de la figura del impuesto cedido, y de la cesión de competencias normativas.

En segundo lugar, centrándonos en la creación de figuras impositivas propias por las comunidades autónomas, conviene señalar que, a nuestro modo de ver, a partir del perfil de la financiación autonómica prevista en la Constitución y en la LOFCA, las comunidades autónomas tienen capacidad para crear sus propios impuestos y para definir un agregado de figuras impositivas. El rasgo definitorio de un impuesto propio se localizará en el dato de que el mismo haya sido creado por una ley aprobada por el órgano legislativo autonómico. Así lo ha venido a establecer el TC al disponer que no tienen la condición de impuesto propio el Arbitrio canario a la producción y la importación ni el Impuesto general indirecto, como ha señalado la Sentencia del TC 156/2004, de 20 de septiembre, FJ 3º. Como consecuencia de este

²¹ PEÑUELAS I REXACH, L. *Poder financiero y federalismo en los Estados Unidos*. Monografía nº 72. Madrid: IEF, 1989, pp. 40 y 45.

²² CARROBE GENE, M. «El sistema de relaciones tributarias entre la Federación y los Estados en la República Federal alemana». *Palau 14*, nº 6, (1988), pp. 128-129; ALBERTI ROVIRA, E. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 295.

pronunciamiento, el TC afirma que la resolución de las reclamaciones económico-administrativas respecto a estos impuestos es competencia de los tribunales económico-administrativos del Estado, aunque venían resolviéndolas los órganos canarios por un erróneo entendimiento de que eran tributos propios canarios. Por tanto, un tributo propio, y en concreto, un impuesto propio, será aquel que se crea sobre la base del presupuesto previo de una competencia normativa atribuida a la Comunidad Autónoma, lo que supone, al tiempo, que esa competencia no la tiene el Estado.

Ni la Constitución española ni el bloque de constitucionalidad adoptan la solución federal de distribuir los impuestos del sistema fijando una relación de impuestos que serían propios del Estado central y otra de impuestos que serían propios de los entes subcentrales. Como hemos apuntado ya, en el ordenamiento constitucional-tributario español no hay tributos (en este caso, impuestos) que, por esencia, sean *propios* del Estado pero sí hay figuras impositivas que son referencia obligada del sistema; recordemos la citada Sentencia 182/1997, de 29 de octubre, en la que el TC habla de la naturaleza del tributo atendiendo a su *posición* en el sistema tributario (FJ 9º). Como hemos dicho, hay impuestos, que tienen una posición central en el sistema. El régimen jurídico de estos impuestos puede muy bien integrar ese *marco general del sistema*. Y es aquí donde hay que recordar, como también se dijo, que al Estado le corresponde, no sólo la regulación de sus propios tributos, sino el *marco general de todo el sistema tributario*, donde se encontraría la facultad de regular y modificar esos impuestos generales del sistema, de acuerdo con las competencias sobre *Hacienda general* del artículo 149.1.14ª con relación a los artículos 133.1 y 157.3 de la Constitución.

Sin embargo, la capacidad de las comunidades autónomas de crear figuras tributarias tiene unos límites bien conocidos a los que nos referiremos a continuación y que, en todo caso, llevan a una conclusión medianamente clara: las comunidades autónomas tienen capacidad para crear tributos propios pero no para definir un sistema tributario propio. Y ello, teniendo en cuenta que por sistema tributario podemos entender el conjunto de tributos vigentes en un ordenamiento dado, y que, como se dijo, el propio concepto de *sistema* excluye que se pueda considerar como tal una simple yuxtaposición de figuras tributarias. La idea de sistema rechaza «un mosaico de gravámenes yuxtapuestos y superpuestos»²³ y exige una lógica interna, que es inherente al concepto mismo de *sistematización*.²⁴

Como dijimos, la capacidad de las comunidades autónomas para diseñar una Hacienda autonómica es una cuestión de capacidad para crear impuestos, en suma, para seleccionar hechos impositivos. Sin embargo, es evidente que existen limitaciones al ejercicio del poder impositivo de las comunidades autónomas, como también el poder normativo del Estado está limitado. El poder fiscal del Estado se delimita por la Constitución y por el bloque de constitucionalidad, en especial la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, orgánica de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA), reformada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre. Pero no se limita por sus propias leyes, dado que el carácter esencialmente soberano del ejercicio del poder legislativo determina que el legislador no se encuentre nunca condicionado por sus productos normativos anteriores.²⁵ Por el contrario, el poder normativo de las comunidades autónomas, además de compartir estos mismos condicionamientos con el Estado, se encuentra limitado, según el art.

²³ Véase al respecto YEBRA MARTUL-ORTEGA, P. «Presentación» en *Las Reformas Fiscales en Europa*, op. cit.

²⁴ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, *sistematizar* equivale a «organizar según un sistema» y un sistema es un «conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente entrelazados entre sí».

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. T. 1. Madrid: Civitas, p. 122.

133.2º de la Constitución, *por las leyes*, que, como se dijo, sólo podrán ser leyes del Estado, entre las que destacan las leyes de cesión de tributos.

En virtud de ello, las comunidades autónomas tendrán una capacidad legislativa para operar sobre los ingresos de una Hacienda propia y, en concreto, para crear tributos, pues ello es inherente al ejercicio de la autonomía financiera.

Así, existe un ámbito de poder impositivo propio de las comunidades autónomas. Esa capacidad legislativa han de ejercerla las comunidades autónomas, como también hemos dicho, con los límites establecidos por el 31.3 de la Constitución. Pero las comunidades autónomas han de someterse también a las reglas de territorialidad, no interferencia y separación.²⁶

Según el principio de territorialidad, al que se refiere el art. 9.a) de la LOFCA, «no podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos generados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma».²⁷

La regla de no interferencia económica, que se menciona en el artículo 9.c) de la LOFCA, prohíbe que los impuestos propios de las comunidades autónomas supongan «obstáculo a la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales», o que los mismos afecten de manera efectiva a la libre elección de residencia de las personas o ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1.a) de la propia LOFCA.

Queda, por último, el principio de separación. Esta regla, que podríamos calificar como disposición cardinal en la regulación del poder tributario de las comunidades autónomas, merece un tratamiento singularizado.

3.2 El principio de separación

Finalmente, de acuerdo con el principio de separación, el art. 6.2 de la LOFCA disponía, antes de la reforma de 2009, que «los tributos que establezcan las comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos imposables gravados por el Estado», al tiempo que el art. 6.3 establece que «las comunidades autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las corporaciones locales en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma lo contemple».

En su primigenia exégesis constitucional, este precepto ha sido interpretado por la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, en el sentido de que «parece incuestionable, según resulta incluso de los propios términos literales del precepto, que el art. 6,2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las comunidades autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta que la realidad económica en sus distintas manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría, como se destaca por los representantes del

²⁶ CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero*. Vol. 1: *Derecho Tributario, Parte General*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2002, pp. 506 a 509.

²⁷ Si el factor territorio tiene una importancia decisiva en la configuración tradicional del poder tributario del Estado, mucho más relevante es su incidencia en la definición del ámbito de actuación de las comunidades autónomas. Recordemos que las competencias de las comunidades autónomas se definen a partir de ciertos límites territoriales, ya que es el territorio es un ámbito de validez en el ejercicio de las mismas (en Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre).

Parlamento y Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos por el momento, nuevos impuestos autonómicos», añadiendo que «lo que el art. 6.2 prohíbe en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponibles» (FJ 14º).

Por su parte, el artículo 6.3 de la LOFCA fue objeto de modificación por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, para excluir que los impuestos autonómicos no recaigan, al igual que ocurre respecto a los impuestos estatales, sobre *hechos imponibles* ya gravados por Estado (y no sobre *materias imponibles*).²⁸ Queda pendiente un análisis en profundidad sobre el ámbito de esta prohibición de solapamientos de hechos imponibles. Esto es, sobre si la prohibición se refiere a los cuatro elementos clásicos del hecho imponible (objetivo, subjetivo, territorial y temporal) así como la intensidad de la incidencia, esto es, si está prohibida la reproducción literal del hecho imponible o cualquier incidencia en el ámbito del mismo. Este análisis es el que ha efectuado el TC en sus más recientes pronunciamientos sobre las leyes de diversos impuestos autonómicos que gravan las grandes superficies comerciales o los depósitos bancarios.

En general, la interpretación que el TC ha venido haciendo de estos preceptos ha sido favorable al reconocimiento de un ámbito de poder tributario propio a las comunidades autónomas.

Así, por ejemplo, el art. 6.2 de la LOFCA ha sido interpretado por la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, en el sentido de que «parece incuestionable, según resulta incluso de los propios términos literales del precepto, que el art. 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las comunidades autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta que la realidad económica en sus distintas manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría, como se destaca por los representantes del Parlamento y Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos por el momento, nuevos impuestos autonómicos», añadiendo que «lo que el art. 6.2 prohíbe en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponibles» (FJ 14º). Cualquier otro entendimiento, para el propio Tribunal, llevaría a una interpretación extensiva del artículo 6.2 de la LOFCA, que limitaría severamente la capacidad de las comunidades autónomas de establecer tributos propios.

Como puede comprobarse, el TC ha propiciado la interpretación que más favorece el ejercicio por las comunidades autónomas de su capacidad de crear impuestos propios, pues disponer de tales impuestos parece un signo distintivo de la autonomía financiera. El TC ha facilitado la interpretación según la cual lo que se prohíbe es que las comunidades autónomas dupliquen los hechos imponibles ya establecidos en las leyes tributarias del Estado. Ello quiere decir, partiendo de que el hecho imponible es un concepto jurídico, que la ley puede regular distintos hechos imponibles a partir de una misma materia. Y aunque existe algún pronunciamiento del TC en relación con la separación de ordenamientos tributarios estatal y autonómico, como la sentencia 49/1995, de 16 de febrero que entendió que se produce doble imposición a los efectos del artículo 6.2 de la LOFCA cuando concurren sobre un mismo sujeto o realidad económica dos

²⁸ CHECA GONZÁLEZ, C. «Consideraciones ante la modificación de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre». *Quincena Fiscal*, nº 3, (febrero 2010), p. 4.

impuestos, uno estatal y otro autonómico, aunque no tengan un mismo hecho imponible,²⁹ la doctrina mayoritaria del Tribunal coincide con la recogida en la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo. En esta sentencia se dice que «parece incuestionable, según resulta incluso de los propios términos literales del precepto, que el art. 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las comunidades autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado» (FJ 14º).

Por tanto, la doctrina del TC en torno al artículo 6.2 de la LOFCA se adecuaba a las exigencias de autonomía financiera de las comunidades autónomas en la medida en que facilita la creación de impuestos propios. Es por otro lado, la teoría seguida por el propio TC en sentencias 186/1993, de 7 de junio (sobre el Impuesto extremeño sobre dehesas en deficiente aprovechamiento), 14/1998, de 22 de enero (sobre el Impuesto extremeño sobre aprovechamientos cinegéticos), 168/2004, sobre el Gravamen de protección civil de Cataluña, y 179/2008, sobre el Impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente de Extremadura, así como los autos 417/2005, del Impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas de Extremadura, y 456/2007, relativo al Impuesto sobre depósito de residuos radioactivos de Andalucía. También los tribunales ordinarios se han mostrado partidarios de esta doctrina; así el TSJ de Madrid en sentencias de 29 de marzo de 2000 —JT, 1774— y 24 de mayo de 2000 —JT, 158— sobre el Impuesto autonómico madrileño sobre premios del bingo o la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de junio de 1998 —JT, 1143— relativo al canon valenciano de saneamiento. Por tanto, como señala CHECA GONZÁLEZ, la doble imposición interna se da únicamente por hechos imponibles idénticos, pero no se produce por el contrario cuando se establecen dos o más impuestos, con hechos imponibles diferentes para gravar a través de ellos un mismo objeto económico.³⁰

Este criterio, sentado por el TC, es el que prevaleció en la citada reforma del artículo 6 de la LOFCA por Ley Orgánica 3/2009. Sin embargo, esta prohibición de duplicidad de hechos imponibles requiere, también, un análisis en clave constitucional, tomando en consideración el alcance de dicha reforma.

A esta cuestión se han referido una serie de pronunciamientos recientes del TC. Antes de hacer mención a ellos conviene recordar que el Tribunal enjuicia conforme a la redacción del artículo 6 de la LOFCA posterior a la reforma por Ley Orgánica 3/2009 diversos tributos propios autonómicos cuya impugnación tuvo lugar antes de 2009, en aplicación de lo que ALONSO GONZÁLEZ denomina, doctrina del *ius superveniens*.³¹ Tal doctrina es una especie de interpretación constitucional ambulatoria o dinámica, según la cual la evaluación de la inconstitucionalidad de un impuesto propio ha de hacerse a la luz del bloque de constitucionalidad vigente en el momento en que se enjuicia dicha constitucionalidad, y no de acuerdo con la normativa vigente cuando la norma se dictó. Como dice DE MIGUEL CANUTO, «la norma constitucional

²⁹ Y que significó, como dice PÉREZ DE AYALA, J.L., un cambio de doctrina en relación con la que el propio TC había establecido anteriormente: PÉREZ DE AYALA, J.L. «La doble imposición interna en el Derecho español. Problemas y posible soluciones». En: *Conflictos de Imposición*. Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales, 1995. (Colección Monografías), p. 48.

³⁰ CHECA GONZÁLEZ, C. *Los Impuestos propios de las comunidades autónomas: ensayo de superación de las fuertes limitaciones existentes para su implantación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 47. Además, esta prohibición de que las comunidades autónomas reproduzcan los hechos imponibles de los tributos del Estado opera también en sentido inverso, es decir, los tributos estatales no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por las comunidades autónomas. Aunque esta prohibición no puede tener un valor absoluto, dado el carácter estatal de la reserva de ley orgánica y ordinaria, sí comporta la obligación de compensar adecuadamente a la Comunidad Autónoma de que se trate —Sentencia del TC 45/1995, de 16 de febrero.

³¹ ALONSO GONZÁLEZ, L.M. «El futuro de la tributación propia», inédito, p. 9.

y el bloque de constitucionalidad postreros alcanzan así una eficacia retroactiva»,³² efecto que es inherente a cualquier método exegético de carácter dinámico.

Y esta doctrina es consecuencia de la tesis que califica al recurso de inconstitucionalidad como control abstracto de la constitucionalidad, a partir de la condición del Tribunal Constitucional de *legislador negativo*. A la hora de resolver el recurso de inconstitucionalidad, se hace una constatación de compatibilidad lógica entre una norma infraconstitucional y una norma constitucional, lo que ha de tener lugar de acuerdo con la norma constitucional vigente en el momento de llevar a cabo ese contraste. Y ello, a efectos de evitar que tal contraste resulte ineficaz en términos jurídicos. Los efectos de esta forma de proceder se ven, en principio, neutralizados por el hecho de que las modificaciones constitucionales suelen ser muy excepcionales, pero en el caso presente, el enjuiciamiento de un impuesto propio se hace teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad, alguno de cuyos elementos integrantes (singularmente, la LOFCA) son objeto de reforma con relativa asiduidad, por ejemplo, cada vez que se actualiza quinquenalmente el sistema de financiación autonómica.³³

Por el contrario, cuando se trata de valorar un precepto en virtud de un recurso de amparo, la solución no es la misma, teniendo en cuenta la modalidad de control concreto de constitucionalidad que encierra el amparo, y el hecho de que el recurso de amparo se refiere a la aplicación singular de una norma a un caso concreto, por lo que esa norma evaluada no puede modificarse por el mero hecho de que la misma haya sido modificada o derogada, y sin menoscabo de que, en este último caso, pudiera entenderse que el proceso ha perdido su objeto. Para el TC, no sólo se da esta circunstancia en el supuesto del recurso de amparo, sino que también existe un control concreto cuando la duda sobre la constitucionalidad de un precepto sea consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad. Así, la Sentencia 196/2012, declara inconstitucional el Impuesto sobre determinadas actividades que incidan en el medio ambiente de Castilla-La Mancha (Ley 11/2000). En su FJ.1º.c) manifiesta que la modificación del art. 6.3 de la LOFCA por parte de la Ley Orgánica 3/2009, «no afecta al juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre los preceptos impugnados los cuales se conectan con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*».

Al margen de estas consideraciones, la resolución del dilema sobre si la interdicción de la duplicidad de hechos imposables prohíbe que se reproduzca para un impuesto autonómico los cuatro elementos clásicos del hecho imponible (objetivo, subjetivo, territorial y temporal) de un impuesto estatal o sólo excluye que se clone alguno de ellos, ha sido formulada, como dijimos, en diversas sentencias recientes del TC. Entre estas sentencias, hay que señalar, en primer lugar, la 122/2012 de 5 de junio,³⁴ que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno el 28 de marzo de 2001 contra la Ley del

³² DE MIGUEL CANUTO, E. «Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales: identidad y diferencia en la jurisprudencia». *Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad*, nº 6 (2012), p. 12.

³³ El carácter abstracto del control de constitucionalidad es inherente a las fórmulas concentradas de control, típicas del modelo alemán, y se manifiesta en el *abstrakte Normenkontrolle* (artículo 93.1 de la Ley Fundamental de Bonn). Véase SCHLAICH, K., «El Tribunal Constitucional Federal alemán». En: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1984, pp. 157 y 158.

³⁴ Las sentencias 197 y 208 de 2012 no se apartan de lo dispuesto en la 122/2012. Mediante el mismo canon analítico se salva la constitucionalidad de sendos impuestos sobre grandes superficies de Asturias y Navarra, respectivamente. Con este panorama no es de extrañar que La Rioja se animara a aprobar uno de estos impuestos en diciembre de 2012.

Parlamento de Cataluña 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales. Entiende el Tribunal que el tributo catalán no vulnera el artículo 6 de la LOFCA, aunque el mismo somete a gravamen la misma materia imponible de dos impuestos locales: el Impuesto sobre actividades económicas y el Impuesto sobre bienes inmuebles. Si bien el impuesto incurriría en la prohibición del art. 6.3 LOFCA antes de ser reformado en 2009,³⁵ el Tribunal aplica su tesis de que en un recurso de inconstitucionalidad, la función del Tribunal de depurar el ordenamiento se refiere al ordenamiento vigente en cada caso, por lo que se ha de valorar la validez de las normas desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad que esté en vigor en cada momento; esto es, atendiendo a la *realidad constitucional vigente*.

Esta posición del Tribunal Constitucional se pone de manifiesto en la Sentencia 122/2012, que reconoce que la modificación del artículo 6 de la LOFCA «nos sitúa en un escenario jurídico diferente al existente en el momento en que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad». Pero el Tribunal también aprovecha para afirmar en su FJ 4º que «...para analizar la regulación del hecho imponible, hemos de tomar en consideración no sólo el precepto que el legislador ha dedicado nominalmente a regular este elemento, sino abarcar también los restantes elementos del tributo que se encuentran conectados con el hecho imponible, es decir, los sujetos pasivos, que constituyen el aspecto subjetivo del tributo, la base imponible, que representa la cuantificación del hecho imponible, la capacidad económica gravada, dado que “el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza” (por todas, SSTC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8; y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4; y ATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5) o los supuestos de no sujeción y exención». Lo que supone afirmar que lo que se prohíbe es que se reproduzcan todos los elementos definitorios del tributo, en lo que viene a ser un paso más en el reconocimiento de la capacidad tributaria de las comunidades autónomas. En suma, las comunidades autónomas podrán regular tributos propios con el límite de que no podrán transcribir en su integridad el hecho imponible de un impuesto que ya exista en el sistema tributario del Estado.

Por su parte, la STC 210/2012, de 14 de noviembre, se ocupa del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 2002 por el presidente del Gobierno contra la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001 reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito. Este impuesto tiene como hecho imponible, «...la captación de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica por parte de las entidades mencionadas en el artículo 5 de esta Ley y que comporten la obligación de restitución» (art. 3 de la Ley). En este caso la colisión se plantearía entre el hecho imponible del impuesto autonómico y el del IVA y el del Impuesto sobre actividades económicas. En la misma línea de la sentencia anterior, se admite la constitucionalidad del impuesto, porque Extremadura no ha reproducido los elementos esenciales de un impuesto estatal, ya que el sistema tributario del Estado no contemplaba un impuesto sobre depósitos bancarios.

Se trata de un impuesto cuya aprobación por algunas comunidades autónomas ha dado lugar a una inmediata reacción del Estado, que ha creado un impuesto similar, para ocupar su hecho imponible. Ello ha

³⁵ «Las comunidades autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro».

ocurrido como consecuencia de la Enmienda nº 169, introducida en el Senado, que establecía un Impuesto sobre los depósitos sobre las entidades de crédito con tipo cero y sin obligación de autoliquidar. Dicha enmienda se justificaba por la necesidad de garantizar que los depósitos de las entidades de crédito reciban un tratamiento tributario homogéneo, para que «...de ese modo, el sistema financiero no pierda en términos de eficiencia», aunque la finalidad verdadera de la enmienda fuese impedir que en el futuro las comunidades autónomas ocupen este hecho imponible, creando impuestos autonómicos sobre la actividad bancaria. Se crea así una suerte de tributo ficticio, o bien, se crea un tributo con manifiesto abuso de derecho, pues se estaría utilizando la categoría tributaria para una finalidad que no le es propia. Se estaría implementando un impuesto que no va a reportar ingresos, vulnerando la exigencia objetiva del uso del poder tributario, que es habilitar figuras tributarias que, al margen del recurso a la extrafiscalidad, aporten recaudación. Se estaría, en suma, poniendo el poder tributario del Estado al servicio del objetivo de impedir el uso del poder tributario propio de las comunidades autónomas. Aunque, también es cierto que, teniendo en cuenta la doctrina sentada por el TC que prohíbe que se repliquen íntegramente los elementos esenciales del tributo estatal, bastaría que las comunidades autónomas, a la hora de regular sus tributos sobre depósitos, variasen algún elemento (objetivo o subjetivo) del impuesto estatal de depósitos o alguno de sus elementos esenciales para que, en principio, el tributo autonómico fuese válido.

En cualquier caso, tanto el impuesto extremeño sobre depósitos, como el de otras comunidades autónomas, han venido a poner sobre el tapete la realidad de los impuestos sobre actividades y sectores financieros. Y ello, porque el impuesto sobre depósitos es una modalidad de impuesto sobre el sector financiero, del que es ejemplo claro la imposición sobre transferencias financieras.

A esta realidad vamos a referirnos a continuación para después valorar el modelo extremeño de impuesto sobre los depósitos y la viabilidad de un impuesto autonómico de estas características.

4 Introducción a la imposición sobre operaciones financieras

Varios son los modelos de imposición sobre la actividad financiera. Como señala GASCÓN CATALÁN, en Europa son dos las tipologías de tributo que se están barajando al respecto: un impuesto que se exija a las entidades financieras como compensación por los rescates bancarios ya producidos en algunos países (enfoque *ex post*), con lo que se conseguirían unos ingresos que nutrirían los presupuestos ordinarios de los estados que han procedido a los rescates. Y en segundo lugar, un gravamen (*levy*) que disuada a las entidades de realizar actividades de riesgo en el futuro y con cuya recaudación se constituiría un *fondo de resolución*, gestionado por los poderes públicos.³⁶

Sin embargo, la modalidad más común es la que toma como objeto de gravamen las operaciones financieras. Se suele decir que la finalidad última de los impuestos que tienen como objeto las operaciones financieras es de carácter extrafiscal y consiste en el control de la circulación de capitales.

Cuando ello es así, los impuestos sobre transacciones financieras pueden proyectarse sobre operaciones financieras internacionales. Los impuestos de este tipo tienen un precedente claro en la propuesta de la

³⁶ GASCÓN CATALÁN, J. «Reflexiones sobre el sistema tributario y la política tributaria en España». IV Congreso Tributario, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2010 p. 540.

denominada *tasa Tobin*, la cual ha estado auspiciada por determinados círculos intelectuales a partir de los trabajos llevados a cabo en por James Tobin a comienzos de los setenta. Así, *Le Monde Diplomatique*, en diciembre de 1997, defendía en su editorial «crear un pequeño impuesto —entre el 0,1 y el 0,5 por 100—, que gravaría ciertas transacciones internacionales, en especial las denominadas *especulativas*. Sus ingresos se gestionarían por el Proyecto de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es decir, por un organismo internacional, y se afectarían a financiar proyectos de desarrollo en países del Tercer Mundo».³⁷

En el actual contexto de crisis financiera, la idea de un gravamen mundial de las transacciones financieras, ha adquirido una nueva pujanza. Así, la Comisión Europea viene estudiando desde 2009 cómo introducir un impuesto sobre las transacciones financieras en todo el mundo junto con sus socios internacionales en el seno del G-20, especialmente en las reuniones de Pittsburgh y Toronto.

Así, se ha planteado recientemente la posibilidad de implantar un impuesto de estas características, denominado *Financial Transaction Tax* (FTT). Inicialmente, la Comisión había anunciado el 29 de junio de 2011, en el contexto del marco financiero plurianual, que iba a proponer el establecimiento de un impuesto sobre las transacciones financieras como recurso propio del presupuesto de la Unión Europea, aunque no en su totalidad, porque una parte de lo recaudado iría a los presupuestos de los estados miembros. Y el 28 de septiembre de 2011, el presidente de la Comisión Europea, Durão Barroso, presentó al Parlamento Europeo una propuesta del impuesto sobre las transacciones financieras (FTT), con la intención de que el tributo entre en vigor en 2014. La justificación de este impuesto se basa en la supuesta necesidad de que se garantice «la justa contribución del sector financiero en un momento de saneamiento presupuestario en los estados miembros», unido a que esta experiencia fiscal ayudará a consolidar el mercado único de la Unión Europea. También hay que unir a ello el supuesto beneficio derivado de la exención del IVA a las entidades financieras, beneficio sin embargo que realmente no es tal pues impide la recuperación del IVA soportado. La recaudación de este pretendido impuesto se distribuiría entre el Presupuesto de la Unión Europea y los estados miembros.

Para eludir la necesidad de unanimidad, se decidió optar por la vía de la *cooperación reforzada*. Por esta vía se aprobó la Propuesta de Directiva del Consejo, de 28 de septiembre de 2011, relativa a un sistema común del impuesto sobre las transacciones financieras y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE.

Las características generales del gravamen por el que se ha optado en la Unión Europea es que se trata de un impuesto que grava las transacciones financieras tanto en el sujeto del comprador como del vendedor, partiendo de lo que CALVO ORTEGA denomina un concepto abstracto de transacción, con independencia de los sujetos que intervengan en el acuerdo.³⁸ Se entiende por transacciones financieras las operaciones que recaen sobre productos financieros y se consideran productos financieros los negociados en mercados organizados. La propuesta diferencia entre transacciones en el mercado de acciones y de la deuda pública

³⁷ Véase al respecto, FALCÓN Y TELLA, R., quien defiende que la creación de cualquier impuesto ha de valorarse con criterios de justicia tributaria; lo que le lleva a apuntar «la imposibilidad de fundar un tributo de este tipo en la capacidad económica, puesto que quien cambia divisas con pérdidas por ejemplo, no pone de manifiesto ninguna capacidad. Aparte de que no tendría sentido alguno un impuesto que penaliza a países pequeños con monedas distintas, donde el cambio de divisas será mucho más frecuente, frente a países grandes o integrados en una unión monetaria, como ya es casi el caso de la zona euro»; «La llamada Tasa Tobin o impuesto sobre las transacciones financieras especulativas». *Quincena Fiscal*, nº 9, 2001, pp. 6 y 7.

³⁸ CALVO ORTEGA, R. «El Impuesto sobre las transacciones europeas: un proyecto europeo». *Nueva Fiscalidad*, nº 1 (enero-febrero 2013), p. 14.

(bonos del tesoro, obligaciones, letras,...) que se gravan al 0,1 por 100 y operaciones negociadas en mercados de derivados, con un tipo de gravamen del 0,01 por 100.³⁹

La base imponible estará formada por el importe del producto a precios de mercado y las previsiones recaudatorias, ciertamente optimistas, de la Comisión, rondarían los 55.000 millones de euros en el ámbito de los 27 estados miembros.

Al margen de las distintas valoraciones de la medida fiscal, la misma adolece de importantes defectos que, frecuentemente, no se ponen de manifiesto. Así, es evidente que no acabará recayendo en los operadores financieros sino en los inversores, especialmente en los pequeños inversores personas físicas, sujetos pasivos del IRPF. Como dice CALVO ORTEGA, «se podrá prohibir la repercusión jurídica, pero casi siempre quedará la posibilidad de la repercusión económica, más difícil de controlar y de evitar».⁴⁰

Pero la implantación del impuesto va a resultar especialmente nociva, respecto a aquellos sectores de la actividad financiera donde las entidades financieras «no tienen un protagonismo directo y actúan en cumplimiento de una orden de su cliente», siendo la transmisión de valores mobiliarios el ejemplo más claro de las mismas.⁴¹ Respecto a la transmisión de valores, la aplicación del nuevo impuesto a las ganancias derivadas de tales transmisiones, va a suponer una penalización a las ganancias a corto, que podría expulsar de los mercados a los operadores a corto plazo que buscan los activos más líquidos. El impuesto afectaría a la liquidez de los mercados europeos, reduciendo los inversores extranjeros que persiguen liquidez a corto plazo, los cuales, sin lugar a dudas, optarían por otros mercados donde no se aplique el impuesto. En suma, se trata de una medida más que mermaría las posibilidades de financiación de las empresas, perjudicando el proceso de *despalancamiento*.

Sin embargo, si hubiera que centrarse en las contrariedades intrínsecas de una imposición como esta destacaríamos, en primer lugar, la dificultad de perfilar su ámbito objetivo, empezando por la cuestión de qué se entiende por operaciones financieras. Aunque no parece que existan dudas de que el concepto abarcaría préstamos, cesiones de crédito, depósitos, emisión de títulos representativos de activos... existen otras operaciones que sí plantean problemas. En especial aquellas en las cuales la vertiente financiera forma parte de una actividad comercial —descuentos comerciales—, en la asunción de una responsabilidad a cambio de un precio —avales—, así como los seguros y las operaciones con derivados, incluso aquellas que tienen como subyacente productos tales como los *commodities*.

En segundo lugar, hay que especificar qué clase de operaciones financieras se gravarían, si sólo las que tienen lugar entre entidades financieras o si, además, se incluirían las que se llevan a cabo entre las entidades (en especial, los bancos) con los clientes. Aquí, la cuestión sería la posibilidad de repercusión del impuesto, posibilidad que, aunque pudiera prohibirse en el plano legal (así lo hace, como veremos, la Ley 14/2001, de 29 de noviembre de Extremadura del impuesto sobre depósitos bancarios, que estuvo vigente hasta 24 de diciembre de 2006, que decía en su artículo 5,3 que «dichas entidades no pueden, en ningún caso, repercutir jurídicamente a terceros la cuota del Impuesto sobre los depósitos de las entidades de

³⁹ CALVO ORTEGA, R. «El Impuesto sobre las transacciones europeas: un proyecto europeo», *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ CALVO ORTEGA, R. «¿Un impuesto sobre las transacciones financieras?». *El País* (13 de octubre de 2011).

⁴¹ CALVO ORTEGA, R. «¿Un impuesto sobre las transacciones financieras?». *El País* (13 de octubre de 2011).

crédito a satisfacer por ellas») no impediría una traslación económica de su importe al usuario de los servicios bancarios.

También plantea problemas la dimensión territorial o espacial del hecho imponible de este impuesto, pues su adopción en el territorio de un estado o en un ámbito territorial limitado, no imposibilitaría que se pudiera eludir el pago del impuesto mediante la deslocalización de las operaciones.

A pesar de todas estas dificultades, son muchos los países que están introduciendo una modalidad de impuesto sobre transacciones financieras, en especial en América Latina, donde se han adoptado en los últimos años figuras fiscales que afectan a los movimientos financieros. Así en Argentina —1983, 1988 y 2001—, Brasil —1994 y 1997—, Colombia —1998—, Venezuela —1994 y 1998—, Ecuador —1999— y Perú —1989, siendo el caso más reciente el Impuesto a las transacciones financieras de Bolivia mediante Ley N° 2646 de fecha 1 de abril de 2004, con un tipo del 0,3 por 100.

En Argentina el impuesto se introduce en 1983, reimplantado temporalmente en 1988 y reintroducido definitivamente en 2001, por medio de la ley 25413 denominada *ley de competitividad*, bajo la denominación de impuesto sobre los créditos y débitos bancarios. Su hecho imponible son «los créditos y débitos en cuenta corriente bancaria» y su tasa del 6 por 1000. El ejemplo colombiano incluye el gravamen a los movimientos financieros (GMF), que se convierte en un impuesto permanente con la aprobación de la Ley 633 del 29 de diciembre de 2000. Su alícuota, en aplicación de la Ley 863 de 2003, se fijó en un 4 por 1000, gravando la disposición de recursos de las cuentas corrientes o de ahorro por parte de personas o empresas y la disposición de recursos de las cuentas de depósito del Banco de la República, cuando implique retiro de dinero en efectivo, mediante cheque, talonario, de cajeros automáticos, con tarjeta de débito, pago en puntos de pago, y notas de débito. Por su parte, el Impuesto a las transacciones financieras (ITF) de Perú se crea mediante Decreto Legislativo 939, promulgado el día 4 de diciembre del 2003 y se desarrolla por Decreto Supremo 190-2003-EF, promulgado el día 23 de diciembre del mismo año, gravando los movimientos de efectivo dentro del sistema financiero, así como determinados movimientos de dinero en efectivo fuera de este, con un tipo inicial del 0,15% y se aplica sobre cada depósito y cada retirada de efectivo de una cuenta bancaria, salvo las expresamente declaradas exentas.⁴² En el caso de Ecuador, en 1998, se aprobó la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario-Financiera, la cual, con efectos de 1 de enero de 1999, eliminaba el impuesto a la renta y lo reemplazaba por el impuesto a la circulación de capitales, estableciendo una alícuota del 1 % sobre la cuantía de depósitos, cuentas de ahorro, depósitos a plazo, o cualquier otro medio de inversión o ahorro. La figura tributaria estuvo vigente hasta 2000.⁴³

Se trata de figuras cuya potencialidad recaudatoria ha sido puesta en entredicho y que no son respetuosas con las exigencias de capacidad económica relativa porque, si bien pretenden gravar operaciones financieras, acaban recayendo sobre el consumo de servicios bancarios que no denotan verdadera

⁴² En Brasil, el impuesto fue creado en 1996 y permanece con una tasa provisional del 0.38% sobre los retiros bancarios. En el caso de Ecuador, fue introducido en 1999 en lugar del impuesto sobre la renta, con una tasa del 1%, luego fue reducida al 0,8% y se derogó finalmente en el 2001.

⁴³ El propio presidente de la República de Ecuador, CORREA DELGADO, R., criticaba este tributo al decir que «desde el punto de vista fiscal, el impuesto fue altamente efectivo pues permitió generar ingentes recursos para el Estado pero afectó gravemente a la intermediación financiera y a la generación de medios de pago bancarios. El tributo debilitó aún más la situación de los bancos y tuvo un fuerte impacto recesivo...»; *Ecuador: de Banana Republic a la No República*. Bogotá: Ed. Mondadori, 2012, p. 73.

capacidad contributiva, porque pueden ser expresión del consumo de servicios de primera necesidad. Llegando en algunos casos, como el GMF colombiano, a tener el carácter de un impuesto en cascada, que provoca sobreimposiciones, además de tratarse de figuras tributarias que pueden trasladarse «en parte o su totalidad a los asalariados o a los consumidores finales, inclusive sin ser estos usuarios del sistema financiero».⁴⁴

Frente a esta modalidad de imposición, México inauguró una nueva vía a través de la imposición, no sobre transacciones u operaciones de activo, sino sobre el pasivo o depósitos. Se trata del Impuesto a los depósitos en efectivo de 2009.

Por el contrario en España, ninguna de las entidades territoriales, con capacidad para crear tributos, había adoptado un impuesto que recayese sobre transacciones financieras. Ni tampoco ninguna medida fiscal que tuviera como presupuesto la actividad bancaria en general. Sólo con la creación por parte de varias comunidades autónomas de un impuesto sobre los depósitos bancarios ha pasado a gravarse un sector de la actividad financiera como es la captación de pasivo. La imposición sobre los depósitos bancarios en las comunidades autónomas de Extremadura (Ley 14/2001, de 29 de noviembre), Andalucía (Ley 11/2010, que entra en vigor el 1 de enero de 2011) y Canarias, (Ley 4/2012, de 25 de junio, que entra en vigor el 1 de julio de 2012 y crea el impuesto sobre depósitos de clientes en entidades de crédito), así como Asturias, constituye la primera experiencia al respecto. También Cataluña ha creado un impuesto de estas características con posterioridad a la sentencia del TC, que validaba el tributo extremeño, en concreto, el 18 de diciembre de 2012.

En cualquier caso, la creación de este impuesto merece un análisis singular, que haremos a continuación, tomando como referencia el impuesto extremeño.

5 El Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de Extremadura

El impuesto extremeño sobre depósitos de las entidades de crédito fue creado a través de la Ley 14/2001, de 29 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Extremadura, disposición recurrida por el Presidente del Gobierno con posterioridad (Recurso núm. 1894-2002) ante el Tribunal Constitucional. El mismo tiene como hecho imponible, «...la captación de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica por parte de las entidades mencionadas en el artículo 5 de esta Ley y que comporten la obligación de restitución» (art. 3 de la Ley). Dichas entidades son los bancos, cajas de ahorro, y cooperativas de crédito. El artículo 5.3 de la Ley extremeña 14/2001, dice que «dichas entidades no pueden, en ningún caso, repercutir jurídicamente a terceros la cuota del Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito a satisfacer por ellas». La base imponible del impuesto está integrada «por la cuantía económica total, en términos de fondos, calculada promediando aritméticamente los saldos finales de cada trimestre natural de cada año de la suma de los epígrafes del Balance reservado de las entidades de crédito siguientes: “acreedores. Administraciones Públicas españolas”, “acreedores, otros sectores residentes”, “acreedores no residentes».

⁴⁴ VALERO VARELA, H.J. *Generalidades del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) en Colombia*. Documento 020, DIAN, octubre 2007, p. 17.

Por lo demás, la propia Exposición de motivos de la ley creadora del impuesto extremeño, reconoce que, junto con la finalidad recaudatoria, el Impuesto sobre depósitos bancarios de Extremadura persigue *atajar el endémico problema de la fuga de ahorro que sufre Extremadura*. Es decir, se le reconoce legalmente al impuesto extremeño sobre transacciones financieras una finalidad extrafiscal, lo cual es extremadamente importante pues el TC ha venido entendiendo que el solapamiento de hechos imposables es admisible si se produce entre un impuesto extrafiscal y otro con finalidad recaudatoria. Y ello, porque, en última instancia, la *regla de separación* que proclama el artículo 6 de la LOFCA se basa en la interdicción de la sobreimposición. El fenómeno de la sobreimposición, entendido como concurrencia de diversas figuras tributarias sobre una misma riqueza gravable y cuya titularidad puede corresponder a distintos entes públicos, sólo es predicable respecto a impuestos con fines fiscales, y no cuando concurre sobre una misma realidad un impuesto con pretensión recaudatoria y otro legitimado exclusivamente por razones de índole extrafiscal.⁴⁵ Si lo que justifica la prohibición de la sobreimposición es, como dice la doctrina alemana, el exceso de imposición que resultaría prohibido —la «prohibición del exceso» o *Übermassverbot*— por vulnerar la capacidad contributiva y que puede llevar al agotamiento de la riqueza gravada incurriendo en confiscatoriedad,⁴⁶ ello sólo es predicable cuando nos encontremos ante un solapamiento de impuestos que se rijan exclusivamente por razones de capacidad económica. Lo que no ocurre con los impuestos extrafiscales, los cuales, como ha señalado el propio TC, si bien no pueden «desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago», están guiados por otras motivaciones constitucionalmente lícitas. Pero, para que resulte aceptable la concurrencia de dos figuras impositivas, una de índole fiscal y la otra de ordenación o extrafiscal sobre la misma riqueza gravada o materia imponible, debe quedar claro que se trata de un verdadero impuesto extrafiscal y no de un impuesto con finalidad recaudatoria “camuflado” de tributo de ordenación (Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, —FJ 5º—).

En función de este carácter extrafiscal, el artículo 7 de la Ley extremeña que crea el impuesto sobre depósitos Bancarios prevé una exención para «las inversiones que siendo de utilidad pública o interés social para la región se concierten y aprueben con la Consejería de la Junta de Extremadura competente en Política Financiera». Pero, como se verá, la sentencia del TC no toma en consideración el carácter extrafiscal del impuesto, y centra su análisis en la valoración de una figura tributaria de naturaleza preferentemente recaudatoria. Es más, la propia sentencia, de forma incomprensible, dice que «el impuesto no se califica expresamente como extrafiscal, pues su finalidad, de acuerdo con la Exposición de motivos de la norma, es allegar recursos a la Hacienda extremeña», si bien se refiere también al objetivo de «atajar el endémico problema de la fuga de ahorro que sufre Extremadura». La sentencia, a pesar de predicar un análisis sustancialista de la comparación de hechos imposables, incurre en un evidente formalismo.

5.1 El análisis del Tribunal Constitucional

El principal análisis que se debe hacer es el de si un impuesto que grava un hecho imponible de estas características es aceptable, desde la literalidad del artículo 6 de la LOFCA que, como es sabido, constituye *bloque de constitucionalidad*. El TC realiza un análisis a partir de la incompatibilidad de hechos imposables, regulada tras la reforma de la LOFCA de 2009.

⁴⁵ PÉREZ DE AYALA, J.L. «La doble imposición interna en el Derecho español. Problemas y posible soluciones», *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶ HERRERA MOLINA, P.M. *Capacidad económica y sistema fiscal*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 374 y 375.

La metodología del TC en la Sentencia 210/2012, a la hora de valorar la constitucionalidad del impuesto extremeño, está condicionada por los términos del recurso de inconstitucionalidad planteado en su día. Tal recurso alegaba la incompatibilidad del hecho imponible del impuesto sobre depósitos con los hechos imponibles del IVA y del Impuesto municipal sobre actividades económicas.

Respecto al solapamiento con el hecho imponible del IVA, el recurso señalaba que la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001, de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, define el hecho imponible como la captación de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por las entidades de crédito (art. 3), mientras que el impuesto sobre el valor añadido grava las prestaciones de servicios, incluida la actividad crediticia. Por el contrario (y de forma acertada), el Tribunal señala que «...la anterior exposición de los dos tributos permite ya concluir que sus hechos imponibles difieren sustancialmente. Si el IVA es un impuesto indirecto que recae sobre el consumo final, el impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito es un impuesto directo que sujeta a gravamen la capacidad económica puesta de manifiesto por las entidades de crédito» por la captación de depósitos, elemento del pasivo que sirve de soporte para su actividad económica. De esta manera, mientras el IVA somete a gravamen, en sus diferentes fases aportadoras de *valor añadido*, todas las entregas de bienes y servicios con la finalidad de recaer sobre la capacidad económica puesta de manifiesto por el consumidor final, el impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito se limita a gravar los depósitos captados por los bancos como una manifestación indirecta de capacidad económica, la que se supone que se obtendrá por el beneficio derivado del volumen de pasivo captado. Por tanto, y para el Tribunal, «el impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito no grava las transacciones económicas, ni tampoco la prestación de servicios por las entidades financieras, operaciones que sí forman sin embargo parte del hecho imponible del IVA, estando sujetos al impuesto, y exentos (arts. 11.2.18 y 20.1.18 LIVA)» (FJ 5°).

A estas argumentaciones, suficientemente convincentes del TC, habría que añadir que el solapamiento con el IVA no sólo tendría un alcance constitucional sino de derecho de la Unión, dado que no es posible crear impuestos sobre el volumen de negocios equivalentes al IVA, prohibición que el Tribunal de la Unión Europea ha venido históricamente interpretando de modo estricto, exigiendo que para que opere la prohibición, el impuesto indirecto que haya creado un Estado miembro o alguna de sus divisiones administrativas, resulte prácticamente idéntico al IVA (sentencias de 31 de marzo de 1992, *Danks Denkavit*, (As. c-200/90); 7 de mayo de 1992, *Aldo Bozzi* (As. c-347/90); 16 de diciembre de 1992, *Raymond Beaulaunde*, (As. c-208/91), 1 de diciembre de 1993, *Comisión/Dinamarca*, (As. c-234/91).

Más calado tiene la comparación del hecho imponible del impuesto sobre depósitos con el del Impuesto sobre actividades económicas, pues de esta comparación deriva el Tribunal el *leit motiv* de la sentencia. La sentencia dice, en el FJ 5° a), que «el objeto del gravamen no es la actividad bancaria de captación en sí misma considerada, sino únicamente uno de sus resultados (el pasivo acumulado por la captación de depósitos). En consecuencia, el impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito no recae sobre la realización de transacciones económicas, sino que grava el rendimiento que potencialmente se le presupone a los depósitos captados por las entidades bancarias, como elemento del pasivo susceptible de generar ingresos». Niega el Tribunal que se trate de un impuesto sobre transacciones financieras, y, por tanto, sobre la actividad económica de la banca. Y en el FJ 6° de la sentencia, el Tribunal entra a analizar la posible coincidencia del hecho imponible del impuesto sobre depósitos con el Impuesto sobre actividades económicas. Y a pesar de reconocer una posible *aparente coincidencia*, afirma el Tribunal que «...la

comparación de todos los elementos esenciales de ambos tributos, y en particular de los criterios de cuantificación de su deuda tributaria, demuestra que se trata de impuestos sustancialmente diferentes, cuyos hechos imposables son también distintos». Esto es, el Tribunal, aplica el criterio según el cual la *coincidencia de hechos imposables* requiere coincidencia «en todos los elementos sustanciales del tributo» y no puede despacharse con un simple análisis formal de identidad de los hechos imposables normativos. Y, tomando en consideración este presupuesto, llega a la conclusión de que «...el Impuesto sobre actividades económicas grava la mera actividad económica con independencia de su resultado, esto es, en el caso de las entidades financieras, que se capten o no depósitos y con independencia de su cuantía, pues la actividad económica se tiene en cuenta en abstracto, prescindiendo de sus resultados concretos y, por tanto, con independencia de que se perciba o no renta alguna». En cambio en el impuesto sobre depósitos «lo que se sujeta a gravamen no es la mera actividad de captación o el mero ejercicio de una actividad crediticia, sino su resultado, de manera que se gravan los depósitos como elemento del pasivo bancario susceptible de generar riqueza». En función de ello, para el TC, «se trata de tributos no coincidentes en los términos prohibidos por el art. 6.3 LOFCA».

La conclusión del TC ha de reputarse correcta en cuanto a la comparación de hechos imposables. Pero quizás el Tribunal incurre en el mismo vicio de perspectiva que pretende rechazar, ya que su análisis, aun aparentando ser material, se limita a un mero contraste de los hechos imposables de los dos impuestos (Impuesto sobre actividades económicas e Impuesto sobre depósitos) en la literalidad de la norma. Pero si pretendiese llevar a cabo una valoración verdaderamente sustancial, y teniendo en cuenta que el Tribunal concibe el impuesto sobre depósitos atendiendo exclusivamente a su función recaudatoria (orillando, por tanto, su posible función extrafiscal) haría un análisis de compatibilidad desde la perspectiva de la capacidad económica gravada.

Recordemos que siendo el Impuesto sobre actividades económicas y el Impuesto sobre depósitos dos tributos de índole fiscal, ambos han de recaer sobre manifestaciones de capacidad económica. Y recordemos que la exigencia de capacidad económica opera como un límite al poder legislativo en materia tributaria, que coexiste con la libertad de configuración del legislador. Para el TC, la exigencia de capacidad contributiva se quiebra, en aquellos tributos en que «la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia» (Sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4º), por lo que el principio de capacidad económica excluye el gravamen de la riqueza ficticia (Sentencia 194/2000, de 19 de julio, FJ 8º).

Este sintético resumen de la doctrina constitucional nos permite afirmar que el Tribunal Constitucional diferencia tres modalidades de capacidad económica: la ficticia, la potencial y la real. En el caso de actividades económicas, la única manifestación real es el beneficio medido de forma directa. Las demás manifestaciones de riqueza relativas a la actividad empresarial, que se basan en indicios objetivos de posibles beneficios futuros, son manifestaciones potenciales de riqueza.

La renta potencial de una actividad económica puede ser medida de muchas maneras. Siguiendo el criterio del propio TC de atender a todos los elementos sustanciales del tributo, en el Impuesto sobre actividades económicas se mide a través de distintos elementos, que constituyen coeficientes de ponderación, singularmente la cifra de negocios y la situación. En el caso del Impuesto sobre depósitos, y como dice

FALCÓN Y TELLA,⁴⁷ no se grava la renta potencial en abstracto sino la renta potencial derivada de los depósitos, lo que equivale a una renta estimada. Atendiendo (como dice el propio TC) a todos los elementos sustanciales del tributo, la diferencia entre el Impuesto sobre actividades económicas y el Impuesto de depósitos es que en el Impuesto sobre actividades económicas se grava una manifestación potencial de riqueza (el mero ejercicio de una actividad económica) y en el Impuesto de depósitos, como en los módulos del IRPF, se grava supuestamente una manifestación real, pero cuantificándola a partir de indicios, lo que en la práctica supone también gravar una renta potencial.

Esto es; si se apuesta por un análisis de compatibilidad de hechos imposables a partir de una contraposición de todos los elementos sustanciales del tributo, el Tribunal no puede limitarse a una comparación literal de hechos imposables recogidos en la norma, sino que debe analizar ambos tributos desde la perspectiva de la capacidad económica gravada: en ambos casos (Impuesto sobre actividades económicas e Impuesto sobre depósitos) se grava una manifestación potencial de riqueza que, tratándose de una actividad económica (en este caso, la financiera o bancaria), solo puede ser el *beneficio potencial*.

Pero, por otro lado, y como ha señalado el propio FALCÓN Y TELLA, el hecho imponible gravado en el Impuesto extremeño sobre depósitos parte de unos determinados asientos contables, ya que los fondos gravados se promedian a partir de los saldos finales de cada trimestre natural de cada año, partiendo de la suma de los epígrafes del Balance reservado de las entidades de crédito siguientes: «acreedores. Administraciones Públicas españolas», «acreedores, otros sectores residentes», «acreedores no residentes».⁴⁸

Por una parte, gravar depósitos es gravar un activo de la entidad financiera. Si bien esta afirmación puede parecer paradójica, porque contablemente los depósitos son pasivo exigible (así se deduce de las normas de información financiera de las entidades de crédito, cuya regulación corresponde al Banco de España, según la Ley 26/1988, de 29 de julio, y que se materializa, entre otras, en la Circular 4/2004, del Banco de España, sobre normas de información financiera y modelos de estados financieros) hay que tener en cuenta las peculiaridades de la contabilidad de las entidades financieras, derivada de la singularidad del negocio bancario.

En las empresas que no se dedican al negocio financiero, el dinero en cuentas es activo (tesorería), mientras que los préstamos son pasivos. En las entidades financieras, los depósitos de los clientes son pasivos en la medida en que los préstamos que se hacen con esos depósitos son activos. Sólo por ello, en las entidades financieras la tesorería (que aumenta en la medida en que se deposita dinero o valores al cobro) forma parte del activo, pero se nutre de depósitos exigibles. Los depósitos exigibles, tanto primarios como derivados, dotan de liquidez a la actividad bancaria y, por tanto, son recursos indispensables para el desarrollo de la actividad propia de una entidad financiera.⁴⁹

⁴⁷ FALCÓN Y TELLA, R. «El Impuesto sobre los Depósitos de las Entidades de Crédito. Sobre la necesidad de un nuevo modelo para articular la potestad tributaria estatal y autonómica». *Quincena Fiscal*, n.º, 1 (2013), p. 6.

⁴⁸ FALCÓN Y TELLA, R. «El Impuesto sobre los Depósitos de las Entidades de Crédito. Sobre la necesidad de un nuevo modelo para articular la potestad tributaria estatal y autonómica», *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ GUTIÉRREZ VIGUERA, M. «La problemática de gestión en la empresa bancaria, con especial consideración de la liquidez», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Vol. 3, n.º 7 (enero-marzo de 1974), p. 951.

Por otro lado, los pasivos captados, en la medida en que se destinan a la actividad financiera del propio banco, responden a la definición contable del activo, entendido como «recurso controlado económicamente del que se esperan beneficios o rendimientos económicos en el futuro». Y el gravamen de los activos tiene lugar a través de la tributación del beneficio empresarial a partir del resultado contable. Si la entidad financiera tributa en el Impuesto sobre Sociedades, y en el artículo 10.3 del texto refundido del Impuesto sobre Sociedades se dispone que la base imponible tomará como punto de partida el resultado contable, los activos ya están gravados en este último impuesto. Por lo que habrá un solapamiento sustancial de los hechos imposables del Impuesto sobre actividades económicas y del Impuesto sobre Sociedades, a pesar de que, formalmente, ambos tuviesen una definición normativa diferente.

Pero, aun cuando no se determinase el beneficio empresarial a partir del beneficio contable, lo cierto es que gravar un activo es un modo indirecto de gravar el resultado de aplicar ese activo al proceso productivo. Y los depósitos son un activo que las entidades financieras aplican en la realización de su actividad ordinaria. Como acertadamente señala ALONSO GONZÁLEZ, la actividad bancaria consiste en una coordinada combinación de operaciones pasivas con operaciones activas. Mediante las primeras se atraen los capitales ahorrados por el público, con carácter reembolsable⁵⁰, y a través de las segundas lo que se hace es conceder créditos. Así pues, no se puede negar que cuando se grava la *captación de fondos* se está actuando sobre la base de las operaciones activas,⁵¹ en la medida, en que, como dijimos, esos pasivos nutren de la liquidez necesaria y permiten disponer del medio fundamental para la realización de la actividad bancaria.

En suma, el Impuesto extremeño sobre los depósitos bancarios, al igual que sus semejantes de otras comunidades autónomas (y singularmente el impuesto catalán) constituyen una tipología de imposición regional sobre los elementos de producción que revela graves problemas de constitucionalidad. Y ello por suponer una modalidad de tributación sobre una manifestación potencial de riqueza (como la que contempla el hecho imponible del Impuesto sobre actividades económicas) y por gravar un elemento de producción de la actividad financiera como el pasivo captado de terceros, que ya se sujeta a imposición en el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades. Al gravar el pasivo como índice potencial de renta, se remite a un componente de la contabilidad; el balance. Son, al igual que el Impuesto sobre Sociedades, impuestos directos sobre la renta, aunque tomen como referencia un estado contable (el balance) y no el beneficio contable derivado de la cuenta de pérdidas y ganancias, como el Impuesto de Sociedades. Pero ambos impuestos tienen una referencia contable idéntica, provocando, en sustancia, un solapamiento de figuras tributarias.

Sin embargo, la sentencia dispone, en su fundamento 5, que «el objeto del gravamen no es la actividad bancaria de captación en sí misma considerada, sino únicamente uno de sus resultados (el pasivo acumulado por la captación de depósitos)». En consecuencia, el Impuesto extremeño, entiende el Tribunal Constitucional, «...no recae sobre la realización de transacciones económicas, sino que grava el rendimiento que potencialmente se le presupone a los depósitos captados por las entidades bancarias, como elemento del pasivo susceptible de generar ingresos».

⁵⁰ ALONSO GONZÁLEZ, L.M. «El futuro de la tributación propia», inédito, p. 9.

⁵¹ MADRAZO LEAL, J. «Depósitos bancarios de dinero». En: *La contratación bancaria*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 132; LÓPEZ ORTEGA, R. «Las operaciones bancarias de pasivo». En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons, p. 22; GUTIÉRREZ VIGUERA, M. «La problemática de gestión en la empresa bancaria, con especial consideración de la liquidez», *op. cit.*, p. 950.

Desde esta perspectiva, el Tribunal descarta que el hecho imponible del impuesto autonómico coincida con el de algún impuesto del Estado, y por tanto, rechaza la vulneración del art. 6.2 de la LOFCA, afirmando que «sus hechos imposables difieren sustancialmente...».

5.2 Otros puntos de cuestionamiento del Impuesto sobre depósitos

Pero la sentencia del TC 210/2012 sólo descarta la inconstitucionalidad del impuesto extremeño por violación de los artículos 6.2 y 6.3 de la LOFCA, en consonancia con el planteamiento del recurso de inconstitucionalidad. Pero el impuesto extremeño, y el similar impuesto existente en Cataluña, Asturias y Andalucía, vulneran la LOFCA desde otros puntos de vista.

Por un lado, estos tributos pueden comportar cargas tributarias trasladables. Cuando hablamos de *cargas trasladables* estamos haciendo referencia a un efecto extraterritorial del hecho imponible del impuesto, lo cual estará directamente relacionado con el punto de conexión seleccionado por la Ley. La extraterritorialidad del tributo aparece expresamente proscrita en los artículos 157.2 de la Constitución y 9.b) de la LOFCA. Aunque, respecto al Impuesto sobre depósitos, la sentencia expuesta niega que resulten vulnerados estos preceptos, ya que, como afirma, la ley autonómica, «establece un punto de conexión adecuado a su finalidad, cuál es gravar únicamente los depósitos bancarios constituidos y captados por las sucursales bancarias radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma, con lo que se garantiza,... que el impuesto despliegue efectos principalmente en el territorio de la Comunidad». El impuesto se revela, pues, como auténticamente territorial, sin que al respecto sea relevante la residencia del titular de los fondos, como no lo es en un impuesto territorial sobre los inmuebles el lugar donde pueda residir el propietario de los mismos.

Sin embargo, a pesar de que el impuesto extremeño ponga de manifiesto, al menos en la letra de la ley, una territorialidad *químicamente pura*, lo cierto es que el hecho de que se prohíba su repercusión jurídica al cliente (artículo 5.3 de su ley reguladora, según el cual «dichas entidades no pueden, en ningún caso, repercutir jurídicamente a terceros la cuota del Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito a satisfacer por ellas») supone convertirlo en un coste, a soportar por todos los clientes de la entidad bancaria, residan o no en la Comunidad Autónoma extremeña.

En suma, el impuesto extremeño constituye un coste de la entidad que habrá de cubrirse elevando en general las comisiones que se cobran a todos los clientes, o reduciendo el interés que se ofrece a los depositantes, o incrementando el interés que se cobra sobre los préstamos concedidos, cuando no creando nuevos instrumentos financieros, anteriormente no previstos y por tanto, libres de gravamen. Estos efectos económicos afectarán a todos los clientes de la entidad, y, en la medida en que el impuesto incide en todos los Bancos, a todos los usuarios de servicios bancarios, incluidos los residentes fuera de la Comunidad Autónoma que haya creado el impuesto. De este modo, es claro que el impuesto comporta *cargas trasladables a otras comunidades*, lo que está expresamente prohibido en el último inciso del art. 9.c) de la LOFCA. Como dice FALCÓN Y TELLA, la prohibición de repercutir el impuesto sobre los residentes en Extremadura (y en las demás Comunidades que cuentan con un impuesto de este tipo) obliga a diluir la carga económica derivada del tributo entre todos los clientes y por tanto, también entre los residentes en las demás comunidades autónomas.⁵²

⁵² FALCÓN Y TELLA, R. *Quincena Fiscal*, nº 20, p. 6.

Pero además, el tributo promueve la deslocalización de oficinas o sucursales de entidades financieras, ya que plantea problemas de dimensión territorial o espacial del hecho imponible, ya que su adopción en el territorio de un Estado o en un ámbito territorial limitado, no imposibilitaría que se pudiera eludir el pago del impuesto mediante la deslocalización de las operaciones. De esta manera, se estaría fomentando que los depósitos se efectúen en oficinas situadas en el territorio de otras comunidades autónomas.

Por lo demás, un impuesto autonómico sobre un elemento de producción que exista en una comunidad autónoma y no exista en otra, afecta negativamente a la unidad de mercado. Además de incidir en un defecto habitual en la financiación autonómica, en relación con los tributos propios: la grosera diferencia de trato fiscal que experimentan los ciudadanos en función de la comunidad autónoma en la que residan. Sin entrar ahora en la permanente tensión entre autonomía e igualdad, lo cierto es que situaciones como éstas, están permitiendo que se pueda hablar de lo que NÚÑEZ GRAÑÓN denomina *principio de desigualdad tributaria*.⁵³ Frente a ello, es necesario recordar que al Estado le corresponde asegurar unas condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el cumplimiento de deberes constitucionales, entre los que se incluye el deber de contribuir, competencia atribuida en el art. 149.1.1º de la Constitución, y que ha sido invocada por el TC (aunque en ocasiones subsumiéndola en la competencia del art. 149.1º.18, «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas») como elemento de garantía de la igualdad en materia tributaria —Sentencia 87/1987, de 2 de junio (FJ 3º)—.

A nuestro juicio, la conclusión a la que debería haber llegado el TC debería haber sido completamente opuesta a la adoptada. El tributo debió haberse declarado inconstitucional por solaparse con el Impuesto sobre Sociedades, incidir en la libre circulación de capitales y conllevar el traslado de su carga a otras comunidades autónomas, tanto en el ámbito financiero como en cualquier otro ámbito. Y por tanto, la solución no puede ser, desde luego, establecer un tributo estatal ficticio o simulado, en cuanto que no da lugar a ninguna obligación material ni formal para los teóricos contribuyentes, como es el recién creado Impuesto sobre los depósitos del Estado, sino la correspondiente reforma de la LOFCA.⁵⁴

5.3 Problemas de derecho de la Unión Europea de la imposición autonómica sobre depósitos bancarios.

Pero la regulación de este tipo de impuestos autonómicos sobre depósitos bancarios supone también graves problemas de colisión con el Derecho de la Unión, antes denominado Derecho comunitario.

Así, por un lado, el Impuesto sobre depósitos constituye un obstáculo a la libre circulación de capitales, en los términos en que se expresan los artículos 56-60 del Tratado de la Unión Europea, que exigen la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a las personas residentes en los Estados miembros, así como las personas jurídicas, y la abolición de las discriminaciones del tratamiento en razón de nacionalidad o residencia. La protección de esta libertad europea es la que inspira la redacción del artículo 9.c) de la LOFCA, el cual dispone que las medidas tributarias aprobadas por las comunidades autónomas no podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1.a).

⁵³ Véase NÚÑEZ GRAÑÓN, M. *Las desigualdades tributarias por razones familiares y de residencia*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 80 y ss.

⁵⁴ FALCÓN Y TELLA, R. *Quincena Fiscal*, nº 20, p. 6.

El Impuesto sobre depósitos de Extremadura supone una barrera a la libre circulación de capitales, lo que queda aparentemente claro en la propia Exposición de motivos de la ley reguladora, la cual menciona, junto con la finalidad recaudatoria, que el impuesto pretende *atajar el endémico problema de la fuga de ahorro que sufre Extremadura*. Por tanto, es claro que el tributo pretende incidir en la libre circulación de capitales, y, por tanto, resulta contrario a los arts. 139.2 de la Constitución y 9.c) de la LOFCA, pues la *fuga del ahorro* no es sino una manifestación de la libre circulación de capitales. Además, la *deslocalización* (esto es, el ejercicio de la libre circulación de capitales o de la libertad de establecimiento) se califica como infracción tributaria, en la medida en que la regulación positiva del tributo dispone que será punible la desviación de pasivo a cuentas de ahorro o cualesquiera otras, correspondientes a sucursales que tengan su sede fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Además, en la graduación de la sanción, se tendrá en cuenta para incrementar el importe de las mismas, «las cuantías económicas deslocalizadas o repercutidas...».

Frente a ello conviene recordar que el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea protege la libre circulación de capitales y prohíbe cualquier restricción de la misma. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una abundante jurisprudencia, interpreta esta libertad en sentido amplio (por ejemplo, sentencia *Svensson* de 14 de noviembre de 1995 (As. 484/93)). La libre circulación de capitales abarca desde los movimientos de capitales que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, hasta la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales y es un requisito para la realización del mercado interior.

Es evidente que se produce una restricción injustificada de la libre circulación de capitales cuando se grava un pasivo en una oficina de una comunidad autónoma y no se grava ese mismo pasivo cuando se dispone de él en otra oficina ante una comunidad autónoma que no haya establecido un impuesto similar.

Además, la regulación del impuesto puede constituir una ayuda de Estado, prohibida por el derecho de la Unión. Recordemos que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea protege también la libre competencia y prohíbe las ayudas de Estado.

En concreto, el art. 107 del Tratado, entiende como ayudas de Estado «las ayudas concedidas por el Estado o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma que, favoreciendo algunas empresas o producciones, falseen o amenacen con falsear la competencia». Teniendo en cuenta que la responsabilidad de la protección de estas libertades corresponde al Estado, que es el que es miembro de la Unión, la medida contraria a la libre competencia puede proceder del Estado o de cualquier poder territorial de éste. También de las comunidades autónomas.

Por su parte, el Reglamento CE 659/1999, de 22 de marzo, relativo a las modalidades de aplicación del art. 93 del Tratado CE, califica como ayudas de Estado, cualquier medida que responda a los criterios señalados en el citado art. 87,1º. Como en su momento señaló la clásica sentencia del TJCE, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/ Haute Autorité de la CECA*, de 23 de febrero de 1961 – As. 30/59 -, es ayuda de Estado «toda intervención que, bajo las más diversas formas, trata de aliviar las cargas que normalmente gravan el balance de una empresa». De forma más sintética, el Tribunal europeo, en sentencia *Italia/ Comisión* de 2 de julio de 1974 (As. C-173/73), catalogó las ayudas de Estado como «cualquier ventaja concedida por la autoridad pública que, bajo diversas formas, altere o ponga en riesgo de alterar la libre competencia». Por lo tanto, ya desde una época temprana, el Tribunal configura los

efectos de la medida («alterar o poner en riesgo de alterar la libre competencia») como elemento cardinal para catalogarla como ayuda de Estado. Por su parte, la Comisión, en Comunicación efectuada en virtud del art. 6,5 de la Decisión 2495/96/CE, señaló que «la noción de ayuda se refiere no solamente a la ayuda activa, sino que también incluye cualquier medida que suponga para una empresa la eliminación de una carga que en caso contrario debería soportar, independientemente de que dicha medida sea directamente aplicada por las empresas beneficiarias».

Las ayudas prohibidas por el derecho europeo son las ayudas selectivas (que favorezcan a unas empresas en detrimento de otras). La selectividad puede ser una *selectividad territorial*, esto es, que se favorezca a unas empresas en detrimento de otras por su localización en un determinado territorio (sentencia Azores del Tribunal de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2006).

En la sentencia Azores se define la selectividad territorial, sobre la base de ciertas notas que caracterizarían la medida fiscal: que la normativa fiscal a través de la que se introduce el beneficio fiscal de alcance territorial, sea aprobada por una autoridad territorial que, desde el punto de vista administrativo, cuente con un estatuto político que la configure como una Administración territorial distinta de la del Estado. Que la norma que crea la ventaja fiscal se elabore y apruebe sin interferencias del Estado central, que la legislación tributaria regional sea de aplicación general al conjunto de las empresas que operen en el territorio y que las autoridades regionales asuman el coste recaudatorio que se produzca, sin que el Gobierno central les pueda compensar.

Pues bien; el artículo 7 de la Ley extremeña que crea el impuesto sobre depósitos bancarios prevé una exención para «las inversiones que siendo de utilidad pública o interés social para la región se concierten y aprueben con la Consejería de la Junta de Extremadura competente en Política Financiera».

Se trata de una medida que responde a la caracterización de ayuda de Estado que dio la Comunicación en su Decisión de 1996 pues supone para una empresa «la eliminación de una carga que en caso contrario debería soportar».

La exención prevista en la ley extremeña por inversiones en el territorio de la comunidad es claramente selectiva desde el punto de vista territorial, pues exime de pagar el tributo a las inversiones en la comunidad autónoma que aplica el impuesto y lo exige cuando la inversión se lleve a cabo en cualquier otra comunidad. Además, no se aplica al conjunto de entidades financieras que operan en Extremadura, sino sólo a las que invierten en el territorio de la comunidad. En definitiva, en la medida en que esas reducciones de la carga tributaria se limitan a las inversiones en la comunidad, y por tanto adolecen de selectividad territorial, podrían dar lugar a una auténtica ayuda pública incompatible con el derecho de la Unión.

No olvidemos, por último, que este modelo de impuesto incide sobre una materia que va mucho más allá de lo puramente tributario. Así, en la Unión Europea existen unas reglas de armonización de los sistemas de garantías de depósitos, a partir de la Directiva comunitaria 94/19/CE. En España, las previsiones de esta Directiva se desarrollan en el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, que crea el Fondo de garantía de depósitos. Este régimen de garantía de depósitos pudiera verse afectado por un gravamen sobre los mismos, que resultaría completamente ajeno al Derecho de la Unión.

6 La reacción del Estado. El nuevo Impuesto sobre depósitos en entidades de crédito

Como consecuencia de la Sentencia del TC 210/2012, de 14 de noviembre, y de la consiguiente declaración de constitucionalidad del Impuesto extremeño de depósitos, que en su momento se aprobó por Ley 4/2001, de 29 de noviembre, de Extremadura, el Estado reaccionó incluyendo en el artículo 19 del capítulo XI de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, la regulación de un nuevo impuesto sobre los depósitos en entidades de crédito de ámbito estatal.

El hecho imponible del nuevo impuesto del Estado es «el mantenimiento de fondos de terceros» por entidades de crédito o sucursales en territorio español «que comporte la obligación de restitución» (artículo 19 tres de la Ley 16/2012).

La base imponible es «el importe resultante de promediar aritméticamente el saldo final de cada trimestre natural del periodo impositivo, correspondiente a la partida 4 *Depósitos de la clientela* del Pasivo del Balance reservado de las entidades de crédito, incluidos en los estados financieros individuales» (artículo 19 siete). Sin embargo, el tipo de gravamen se fija en el cero por ciento. Incluso se establece una obligación a cuenta del 50 por 100 del importe resultante de aplicar el tipo de gravamen a la base imponible del año anterior, pero esa obligación a cuenta se excluye cuando la cuota sea cero. Tanto la obligación principal como la obligación a cuenta deben ser objeto de una autoliquidación a presentar en el mes de julio, pero de nuevo la obligación de autoliquidar se excluye cuando la cuota sea cero. De manera que, el único efecto que se pretende conseguir con el nuevo impuesto es excluir la posibilidad de impuestos autonómicos similares.

Desde el momento mismo de su aprobación este nuevo impuesto ha generado multitud de críticas, tanto de la propia banca o partidos de la oposición, como desde sectores profesionales o académicos. Especialmente por el hecho de que sea un impuesto que no hay que pagar ni declarar, por lo que parece que la *ratio* de su creación no obedece a ningún propósito fiscal o extrafiscal.

La Exposición de Motivos de la Ley intenta justificar la creación de este nuevo tributo, afirmando que el nuevo impuesto se crea «con la pretensión de asegurar un tratamiento fiscal armonizado que garantice una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema financiero». Ahora bien, es difícil aceptar la concurrencia de una finalidad armonizadora, si tenemos en cuenta que la armonización es una actividad instrumental de aproximación de legislaciones diferentes. No hay ninguna finalidad de aproximación en una regulación que, frente a la existencia de varios impuestos con distintos tipos de gravamen, pretende *aproximar* fijando un tipo cero.

De manera que, el único efecto que se pretende con esta medida tributaria es excluir la posibilidad de impuestos autonómicos, y en este sentido, el apartado trece del art. 19 de la Ley 16/2012, dispone que «en la medida en que el impuesto que establece esta Ley recaiga sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas y esto produzca una disminución de sus ingresos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas», si bien ello «será únicamente de aplicación respecto de aquellos tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una Ley aprobada con anterioridad a 1 de diciembre de 2012».

Esto es; se habilita una compensación para las comunidades autónomas que, antes de la sentencia del TC, tuviesen un impuesto sobre depósitos.

Por tanto, estamos ante un ejercicio torticero del poder tributario del Estado, que podría incluso calificarse de fraudulento. La creación de un impuesto sin la más mínima pretensión recaudatoria y limitado a ocupar un hecho imponible para vetar su previsión por las leyes autonómicas supone afectar al poder tributario de las comunidades autónomas mediante ley ordinaria, lo que supone una frontal vulneración del artículo 157.3 de la Constitución. De tal forma que el artículo 6.2 de la LOFCA, que dispone que los tributos estatales excluyen a los autonómicos cuando coincida el hecho imponible, juega como una auténtica *norma de cobertura*. Y no es la primera vez que el Estado opera por ley ordinaria reservando de forma fraudulenta un hecho imponible. Si esta vez ha sido mediante la creación formal de un impuesto que no se va a aplicar, en la Ley 4/2008 fue *suprimiendo sin llegar a suprimir* un impuesto, en este caso el de patrimonio, que se mantuvo vigente a pesar de que se eximía a todos los contribuyentes de pagar y autoliquidar.

La vigencia de este impuesto estatal sobre depósitos tuvo algunas consecuencias importantes. En primer lugar, la necesidad de compensar a las comunidades autónomas que hubieran contemplado la creación de un impuesto sobre depósitos, en aplicación de lo previsto en el artículo 6,2 de la LOFCA. No es la primera vez que el Estado tiene que asumir esa compensación. Dicha compensación también se contempla en la disposición adicional primera de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, que dispone que «en la medida en que los tributos que establece esta Ley recaigan sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas y esto produzca una disminución de sus ingresos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas », si bien ello «será únicamente de aplicación respecto de aquellos tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una Ley aprobada con anterioridad al 28 de septiembre de 2012». Es decir, en estos casos el Estado compensará a las comunidades autónomas por la pérdida de ingresos que suponga para ellas la restricción que la norma estatal pueda generar en la aplicación de sus impuestos propios, cuando los impuestos ambientales coincidan con otros similares existentes en las comunidades autónomas. La situación no puede ser más injusta en términos objetivos, ya que se favorece a las comunidades más activas en la creación de tributos propios, perjudicando a las más moderadas. Como dice FALCÓN Y TELLA, no tiene sentido que las comunidades autónomas que han mantenido un tributo de este tipo disfruten de una compensación que a las demás se les niega.⁵⁵

En segundo lugar, el Gobierno ha planteado recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2012 de Cataluña, aprobado el 18 de diciembre de 2012, regulando el Impuesto de depósitos, y que entró en vigor el 20 de diciembre de 2012. Dicho recurso fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, el 15 de enero de 2013, suspendiendo la vigencia y aplicación del Decreto-ley recurrido. Con fecha de 21 de mayo de 2013, el Tribunal, mediante auto, levantó la suspensión del impuesto, alegando que los posibles perjuicios que ocasiona su aplicación a los obligados al pago «no pueden prevalecer sobre los que sufrirían los intereses generales de la comunidad», en un contexto «de fuertes recortes presupuestarios...».

Al margen de las inconsistentes objeciones relativas a la imposibilidad de que un Gobierno en funciones

⁵⁵ FALCON Y TELLA, R. *Quincena Fiscal*, nº 20, p. 6.

crea un tributo, este recurso se basa exclusivamente en la incompatibilidad del impuesto catalán con el nuevo impuesto estatal, creado por ley ordinaria. Por eso, resulta especialmente acertada la afirmación del Parlamento catalán, según la cual es «inadmisible constitucionalmente» la utilización de una ley ordinaria para conseguir un objetivo que la Constitución reserva a la Ley Orgánica y que el objetivo pretendido por la ley estatal que crea el impuesto sobre depósitos «es limitar la autonomía financiera de las comunidades autónomas » mediante la prohibición de que éstas establezcan impuestos sobre el mismo hecho imponible. Se trata, en la literalidad del pronunciamiento del Parlamento, de «una prohibición contraria a la autonomía financiera de las Comunidades en la vertiente de ingresos, concretamente con relación con el establecimiento de tributos propios».

Ante esta situación inadmisibile, y con el velado intento de conjurarla sobrevenidamente, el Consejo de Ministros, celebrado el 26 de abril de 2013, adoptó la decisión de modificar el tipo de gravamen de este impuesto, fijando una alícuota “muy moderada”, pendiente de especificar, y que podría oscilar entre el 0,1 y el 0,2 por 100.