

El Tribunal General no aprecia selectividad en el impuesto sueco sobre el riesgo sistémico de las entidades de crédito

El Tribunal General confirma la decisión de la Comisión sobre inexistencia de ayuda estatal en el impuesto sueco sobre el riesgo sistémico de entidades de crédito, sin necesidad de incoar un procedimiento de investigación formal.

SATURNINA MORENO GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Desde su creación, el gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito (GTEC; en adelante también «gravamen temporal») ha suscitado dudas de adecuación con el Derecho de la Unión Europea y, en lo que aquí interesa, en cuanto a su posible consideración como ayuda de Estado en el sentido del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El Banco Central Europeo, en un dictamen de 22 de noviembre del 2022, se mostró crítico

con este tipo de gravámenes en la medida en que podrían «falsear la competencia en el mercado y perjudicar la igualdad de condiciones tanto dentro del país como en toda la unión bancaria».

El 22 de diciembre del 2022 se planteó una primera denuncia ante la Comisión Europea frente al gravamen temporal. El 28 de agosto del 2023, la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera llegó a la conclusión preliminar de que aquél no vulnera el Derecho de la Unión Europea¹. En relación con la posible existencia de una ayuda estatal ilegal, entiende que la determinación del nivel del

¹ La Comisión Europea valida los gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito de la Ley 38/2022 (Editorial Sepin, SP/DOCT/122616).

umbral de sujeción al gravamen entra dentro del margen de apreciación del legislador nacional en ejercicio de su potestad tributaria, sin que incurra en una discriminación manifiesta contraria a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado.

Sin perjuicio de que no quepa descartar nuevas denuncias ante la Comisión Europea, los tribunales nacionales habrán de resolver los recursos planteados respecto de la orden ministerial de aprobación del modelo de declaración del gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, así como aquellos que traigan causa de las solicitudes de rectificación de las declaraciones presentadas, valorando el posible planteamiento de cuestión prejudicial.

En este escenario, el Tribunal General, en su Sentencia de 17 de abril del 2024, T-112/22, asunto *Ideella*, se ha pronunciado sobre el carácter selectivo del impuesto sueco sobre el riesgo sistémico de las entidades de crédito. A pesar de las diferencias existentes entre ese impuesto y el gravamen temporal, se trata de un pronunciamiento de indudable interés en cuanto a la apreciación de la selectividad en impuestos o gravámenes especiales.

2. La Sentencia del Tribunal General de 17 de abril del 2024, T-112/22

En esta sentencia, el Tribunal General desestima el recurso de anulación interpuesto por una asociación sueca de banca y una de sus entidades asociadas frente a la Decisión de la Comisión Europea de 24 de noviembre del 2021 (SA.56348) en la que se consideró que el impuesto sueco sobre riesgo sistémico de entidades de crédito no constituía una ayuda estatal

al no cumplir el criterio de la selectividad, sin necesidad de incoar el procedimiento de investigación formal.

En septiembre del 2021, el Reino de Suecia notificó a la Comisión, conforme al artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, un proyecto de ley relativo a un impuesto exigible a determinadas entidades de crédito. Culminada su tramitación parlamentaria, la ley entró en vigor el 1 de enero del 2022.

El impuesto sueco, sujeto a determinadas condiciones, se exige anualmente a las grandes entidades de crédito que operan en Suecia. El objetivo del impuesto, según se desprendía de la exposición de

motivos del proyecto de ley, es fortalecer las finanzas públicas nacionales mediante contribuciones de las grandes instituciones de crédito que, debido a su tamaño e importancia, pudieran originar costes indirectos importantes para la sociedad, creando así la posibilidad de soportar tales costes indirectos derivados de futuras crisis financieras.

Quedan sujetas al impuesto las entidades de crédito suecas cuando la suma de sus pasivos, menos las provisiones y reservas no gravadas, superen un determinado umbral al comienzo del ejercicio fiscal. También están sujetas las entidades de crédito extranjeras cuando, al inicio del ejercicio fiscal, tengan deudas atribuibles a las actividades mercantiles desarrolladas a través de una sucursal sueca cuya suma supere el valor del umbral de referencia (situado en algo más de quince mil millones de euros en el 2022, sometido a ajustes en ejercicios posteriores). En el caso de entidades de crédito que pertenezcan a un grupo con varias entidades de crédito, el umbral se aplica teniendo en cuenta los pasivos combinados de las entidades de crédito suecas que pertenecen al grupo al comienzo del ejercicio fiscal. En el

supuesto de instituciones de crédito extranjeras que forman parte de un grupo, en el cálculo de los pasivos combinados únicamente se considerarán los pasivos atribuibles a las operaciones comerciales de las instituciones de crédito extranjeras que se lleven a cabo desde una sucursal sueca. Para el cálculo de las deudas combinadas no se tienen en cuenta determinadas provisiones, reservas no gravadas y deudas. El tipo impositivo se fija en el 0,05 % de la base imponible durante el primer año, previéndose su incremento al 0,06 % a partir del 2023. Finalmente, en determinadas circunstancias, se establece que una entidad sujeta al impuesto, con deudas frente a una entidad de crédito extranjera del mismo grupo, tenga derecho a un crédito fiscal por el impuesto pagado por la entidad de crédito extranjera.

En la decisión impugnada, la Comisión consideró que el impuesto no constituía una ayuda estatal al no concurrir el criterio de la selectividad. En apoyo de su recurso de anulación, las demandantes invocan como único motivo la vulneración de sus derechos de procedimiento. Consideran que la Comisión, en el marco de su análisis preliminar del impuesto, debería haber percibido la existencia de serias dificultades en relación con la apreciación de su carácter selectivo, lo que obligaba a incoar el procedimiento de investigación formal.

Como observación preliminar, el Tribunal General recuerda, con cita de jurisprudencia previa, que la legalidad de una decisión de no formular objeciones depende de si la apreciación de la información y de los elementos de que dispone la Comisión durante la fase preliminar debe haber suscitado objetivamente dudas en cuanto a la calificación de la medida nacional como ayuda estatal. En caso afirmativo,

la no incoación del procedimiento de investigación formal constituirá una violación de los derechos procesales de las demandantes (apdos. 22 y 23). Ahora bien, corresponde a las demandantes la carga de probar la existencia de tales dudas sobre la calificación de la medida como ayuda estatal. Dicha prueba ha de buscarse tanto en las circunstancias de la adopción de la decisión de no formular objeciones como en su contenido a partir de un conjunto de indicios concordantes. La función del Tribunal General consiste en averiguar si la parte demandante ha aportado la prueba de la existencia de tales dudas, no en determinar si existen indicios probatorios de la falta de dudas en cuanto a la calificación de ayuda de la medida controvertida (apdo. 24). El carácter insuficiente o incompleto del examen realizado por la Comisión durante el procedimiento de examen previo constituye un indicio de la existencia de serias dificultades graves

cuya presencia obliga a incoar el procedimiento de investigación formal (apdo. 25). El control jurisdiccional de la existencia de tales dificultades graves no puede limitarse a si

ha habido o no un error manifiesto de apreciación (apdo. 26).

El control de la legalidad de la decisión impugnada efectuado por el Tribunal General se ciñe a las dos primeras fases del análisis de selectividad efectuado por la Comisión y cuya validez cuestionan las demandantes, es decir, la identificación del régimen tributario «normal» o común de referencia aplicable en el Estado miembro y la existencia de una excepción a dicho sistema generadora de una diferencia de tratamiento fiscal entre entidades que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable con respecto al objetivo asignado a dicho sistema. El mencionado tribunal desestima el recurso tras rechazar las alegaciones

Coherencia entre objetivos del impuesto y configuración de sus elementos esenciales

de las demandantes, basándose en gran medida en el objetivo definido por el legislador nacional y en la coherencia con dicho objetivo de los diferentes elementos esenciales del impuesto.

Respecto al *objetivo buscado con el impuesto*, las demandantes invocaron su carácter sesgado, puesto que singularizaba a las grandes entidades de crédito, pese a que también las entidades no sujetas, consideradas colectivamente, pueden causar costes indirectos significativos para la sociedad. Para el Tribunal General, aun suponiendo que esta alegación fuera admisible, la concepción del impuesto se basa en las características individuales de las entidades de crédito. Además, como se desprende de la decisión impugnada y las demandantes no desmienten, las entidades de crédito sujetas representan el 90 % del total de las deudas de todas las entidades de crédito que operan en Suecia. Por consiguiente, no se ha demostrado «que la inviabilidad de esas entidades de crédito no sujetas al impuesto, incluso consideradas colectivamente, entrañaría un riesgo sistémico y tendría un impacto muy negativo en el sistema financiero y la economía en general, provocando así costes indirectos significativos para la sociedad» (apdo. 42), ni se ha cuestionado «la posibilidad de que sólo las grandes entidades de crédito provoquen, a título individual, debido a su inviabilidad, un riesgo sistémico y tengan un impacto muy negativo en el sistema financiero y en la economía en general, provocando así costes indirectos significativos para la sociedad» (apdo. 43).

Sobre la *identificación del sistema de referencia*, las demandantes alegaron que la Comisión lo había determinado sobre la base de una interpretación demasiado amplia de la soberanía fiscal de la que gozan los Estados miembros y que la elección de los elementos esenciales del impuesto (base imponible, sujetos

pasivos, umbral de sujeción al impuesto y mecanismo de consolidación en el marco del cálculo del umbral y de la base imponible) revelaba un elemento manifiestamente discriminatorio al favorecer a determinadas entidades de crédito, resultando incoherente con el objetivo del tributo.

El Tribunal General rechaza todas las alegaciones. Recuerda, en primer término, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (*World Duty Free Group y España/Comisión*, C-51/19 P y C-64/19 P), no puede excluirse que el marco de referencia sea más restringido que el sistema general, o incluso que se limite a un impuesto determinado «cuando establece un régimen fiscal claramente delimitado, que persigue objetivos específicos y que se distinga así de cualquier otro régimen fiscal aplicado en el Estado miembro de que se trate» (apdo. 46). En este caso, la Comisión definió el sistema de referencia como limitado al impuesto sobre el riesgo sistémico de las entidades de crédito, extremo que los demandantes no niegan como tal. Subraya, asimismo, que «fuera de los ámbitos en los que el Derecho tributario de la Unión es objeto de armonización, es el Estado miembro del que se trate el que determina, mediante el ejercicio de sus propias competencias en materia de fiscalidad directa y en observancia de su autonomía fiscal y del Derecho de la Unión, las características constitutivas del impuesto, que definen, en principio, el sistema de referencia o el régimen general “normal”, a partir del cual debe analizarse el requisito relativo a la selectividad», tal y como ocurre con la determinación del hecho imponible, los sujetos pasivos, la base imponible, el umbral y los métodos de cálculo de la base imponible, la determinación del tipo impositivo y del nivel de gravamen (apdo. 50). Por tanto, «al no existir normativa de la Unión, es competencia de los Estados miembros determinar las bases imponibles y el reparto de la carga fiscal entre los diferentes factores de

producción y los diferentes sectores económicos» (apdo. 51).

A continuación, el Tribunal General aborda de forma específica las alegaciones de las demandantes respecto a la incoherencia existente entre los elementos definitorios del impuesto y los objetivos de éste:

a) *Determinación de la base imponible en función de las deudas de las entidades de crédito*

Aunque puedan existir indicadores más pertinentes o precisos, es coherente con el objetivo perseguido por el impuesto la adopción de un criterio basado en el umbral del pasivo (como el utilizado por la normativa nacional controvertida) para diferenciar entre las entidades de crédito según que su impacto sobre el sistema financiero sea más o menos intenso. Ha de tenerse en cuenta que el impuesto no pretende prevenir o resolver los riesgos planteados por las entidades de crédito, sino reforzar las finanzas públicas nacionales con el fin de proporcionar un margen para la gestión de futuras crisis financieras. El umbral del pasivo establecido por la normativa estatal no tiene por objeto las entidades de crédito más expuestas al riesgo, sino las que producirían costes significativos para la sociedad, a título individual, en caso de quiebra (apdos. 54-61).

b) *Sujetos pasivos*

Se desestima la alegación basada en la falta de correlación entre la lista de entidades de crédito sujetas al impuesto y otros listados de entidades de importancia sistémica en el marco de la regulación europea sobre reestructuración y resolución de entidades de crédito, o sujetas a

otras exigencias derivadas de la normativa europea y sueca sobre mecanismos de estabilidad financiera de las entidades de crédito, mecanismos de garantías de depósitos o pruebas de resistencia. El Tribunal General destaca que esos otros mecanismos pretenden prevenir o minimizar los costes directos derivados de la inviabilidad de dichas entidades para la sociedad y no los costes indirectos. El impuesto «no pretende prevenir posibles inviabilidades de las entidades bancarias ni evitar costes directos, sino tomar en consideración los costes indirectos provocados por la eventual inviabilidad de las entidades de crédito sujetas al impuesto». También se rechazan, por falta de motivación, las alegaciones relacionadas con el entorno competitivo del sector financiero nacional, la amenaza adicional que para la estabilidad financiera y riesgos adicionales de costes indirectos supone el hecho de no exigir el impuesto a otras entidades financieras y la similitud de efectos que podría llegar a tener la quiebra, incluso colectiva, de empresas no sujetas al impuesto (apdos. 62-82).

c) *Umbral de sujeción al impuesto*

No se ha conseguido demostrar que la elección y nivel del umbral sea manifiestamente inadecuado a la luz del objetivo del impuesto. El Tribunal General recuerda que, según la jurisprudencia comunitaria, el establecimiento por el legislador nacional de umbrales o de otros dispositivos de modulación de la carga tributaria no supone *per se* la concesión de una ventaja selectiva si con ello no se contraviene el objetivo del impuesto en cuestión. «La determinación del nivel del umbral de tributación y de los métodos de cálculo de la base imponible entra dentro del margen

de apreciación del legislador nacional y se basa, además, en apreciaciones técnicas complejas sobre las que el juez de la Unión sólo puede aplicar un control jurisdiccional limitado».

Tampoco prospera la alegación relativa a que el impuesto carece de finalidad especial y no trata de influir en el comportamiento de los sujetos pasivos. El Tribunal General subraya que de la exposición de motivos del proyecto de ley no se desprende que su finalidad sea otra que garantizar una buena gestión de las finanzas públicas en caso de inviabilidad de una de esas entidades. El hecho de que los ingresos recaudados con el impuesto contribuyan al presupuesto estatal está en consonancia con ese objetivo. Por otra parte, los demandantes tampoco indican qué otro nivel habría sido más apropiado para la determinación del umbral. El Tribunal General destaca que no existen entidades de crédito no sujetas al impuesto cuyo nivel de deudas se aproxime al umbral determinado por la legislación sueca y que la aplicación de dicho umbral garantiza que los sujetos pasivos del impuesto representan el 90 % del total del balance agregado de todas las entidades de crédito en Suecia (apdos. 83-99).

d) *Mecanismo de consolidación en el cálculo del umbral y de la base imponible para las situaciones intragrupo*

Se rechaza el argumento según el cual la Comisión debería haber tenido dudas sobre el carácter discriminatorio de dicho mecanismo. A diferencia de las filiales, «las sucursales de una entidad de crédito sueca están vinculadas a esta última y, por lo tanto, su inviabilidad también produciría efectos en Suecia». Tampoco existe asimetría entre el tratamiento de

los pasivos de las sucursales extranjeras de una entidad de crédito sueca y los de las sucursales situadas en Suecia de las entidades de crédito extranjeras, puesto que pueden acarrear costes indirectos tanto en Suecia como en el Estado en el que está situada la sociedad matriz (apdos. 100-106).

Por último, en relación con la segunda fase del análisis de selectividad, el Tribunal General niega que los demandantes hayan demostrado que existiera una *excepción al sistema de referencia* generadora de una diferencia de trato fiscal entre entidades de crédito que presenten una situación fáctica y jurídica análoga a la luz del objetivo perseguido con el impuesto. Las recurrentes no han explicado por qué la Comisión debería haber tenido dudas en cuanto a la comparabilidad de situaciones entre las entidades sujetas al impuesto y aquellas a las que éste no se exige, en particular en cuanto a la importancia sistémica de las entidades de crédito no sujetas al impuesto «en relación con los posibles costes indirectos o en cuanto al hecho de que, por su inviabilidad, podrían tener, a título individual, un impacto tan negativo en dicho sistema y en la economía en general que provocarían costes indirectos significativos para la sociedad» (apdos. 120-123). La existencia de una mera relación de competencia entre las entidades financieras sujetas y no sujetas al impuesto no puede llevar por sí sola a la conclusión de que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable (apdo. 124).

3. Apuntes finales

La sentencia *Ideella* impone a los demandantes la exigente carga de probar que la apreciación de los elementos e información de que

disponía la Comisión debería haber suscitado objetivamente dudas sobre el carácter de ayuda estatal de la medida fiscal nacional cuestionada, en particular por lo que se refiere al requisito de selectividad.

Asimismo, el Tribunal General, en línea con las sentencias *ANGED* (C-236/16), *Comisión/Polonia* (C-562/19 P) y *Comisión/Hungría* (C-596/19 P), adopta un enfoque sensible a los intereses de los Estados miembros en aquellos ámbitos en los que no existe armonización fiscal, donde la determinación de los elementos constitutivos del impuesto sigue siendo competencia nacional. No obstante, también en el ejercicio de sus competencias en materia fiscal que no han sido objeto de armonización, los Estados miembros deben respetar la legislación europea sobre ayudas estatales. Cuando se trata de impuestos o gravámenes específicos o asimétricos —en los que el gravamen recae únicamente sobre determinados operadores económicos o categorías de empresas y no sobre otros que están en situación de competencia con los primeros—, la ausencia de selectividad exige que la configuración

de los elementos definitorios de la exacción sea coherente con su objetivo y no manifiestamente discriminatoria.

En este sentido, de acuerdo con el preámbulo de la Ley 38/2022, el gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito tiene como finalidad reforzar el llamado *pacto de rentas*, entendido como una «fórmula de concertación de todos los agentes económicos para el reparto equitativo del coste de la inflación». El rendimiento obtenido con esta prestación «se ingresará en el Tesoro Público y se destinará a financiar medidas para hacer frente al incremento coyuntural de los gastos derivados de las políticas dirigidas a mitigar el impacto en los precios producido por la invasión de Ucrania por Rusia». Frente a ese objetivo de carácter general o transversal, la justificación de que el dicho gravamen temporal se aplique, exclusivamente, a las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que superen determinado tamaño en el 2019 reside en ser uno de los sectores «cuyos márgenes de beneficios se pueden ver más favorecidos por (esa) escalada de precios».