

La necesaria armonización europea del principio de no confiscatoriedad de los tributos

Fernando Velayos

Inspector de Hacienda (en excedencia) (España)

fernando.velayos@gmail.com

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Antonio Marco Sanjuán, don Agustín Fernández Pérez, don César García Novoa, don Javier González Carcedo y don Juan Ignacio Gorospe Oviedo.

Extracto

En Europa hay diferencias apreciables en cuanto al grado en el que la imposición directa erosiona la renta de las personas físicas, y estas diferencias pueden llegar a atentar contra la libertad de movimiento de los ciudadanos de la UE (art. 21 del TFUE), condicionando su lugar de residencia. Este artículo plantea que es posible (además de probablemente deseable) que el TJUE, sobre la base de los artículos 21 del TFUE y 17 de la CDFUE (este último versa sobre el derecho de propiedad), entre a valorar situaciones de tributación exorbitante o confiscatoria y, por lo tanto, a plantear una armonización jurisprudencial de la materia, como ha hecho en otros varios campos de la fiscalidad directa. Esto sería de especial interés en el caso español, pues el análisis muestra que su «deriva jurisprudencial» es la más amplia de los grandes tribunales constitucionales de Europa.

Palabras clave: confiscatoriedad tributaria; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; armonización fiscal; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; libertades del TFUE; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; derecho de propiedad; tribunales constitucionales.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 05-09-2024 / Publicado: 08-01-2025

Cómo citar: Velayos, F. (2025). La necesaria armonización europea del principio de no confiscatoriedad de los tributos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 502, 29-66. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2025.22077>



The need for European harmonization of the tax principle of non-confiscation

Fernando Velayos

This work has been selected for publication by: Mr. José Antonio Marco Sanjuán, Mr. Agustín Fernández Pérez, Mr. César García Novoa, Mr. Javier González Carcedo and Mr. Juan Ignacio Gorospe Oviedo.

Abstract

In Europe there are appreciable differences in the degree to which direct taxation erodes the income of individuals, and these differences may even undermine the freedom of movement of persons in the EU (Art. 21 TFEU), conditioning their place of residence. This article suggests that it is possible (as well as probably desirable) that the CJEU, on the basis of art. 21 TFEU and art. 17 CFREU (the latter deals with the Right to Property), assesses situations of exorbitant or confiscatory taxation and therefore puts forward a jurisprudential harmonization of the matter, as it has done in several other fields of direct taxation. This would be of special interest in the Spanish case, since the analysis shows that its «jurisprudential drift» is the broadest of the major European Constitutional Courts.

Keywords: tax confiscation; Court of Justice of the European Union; tax harmonization; European Court of Human Rights; treaty on the Functioning of the European Union; freedoms of the TFEU; Charter of Fundamental Rights of the European Union; right of property; constitutional courts.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 05-09-2024 / Published: 08-01-2025

Citation: Velayos, F. (2025). La necesaria armonización europea del principio de no confiscatoriedad de los tributos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 502, 29-66. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2025.22077>

Sumario

1. Introducción
 2. La aparente disparidad de la jurisprudencia constitucional de países de la UE en materia de confiscatoriedad
 - 2.1. Países para los cuales la cuestión carece, *prima facie*, de relevancia constitucional
 - 2.2. Países para los cuales tiene relevancia constitucional y han establecido algún límite
 - 2.3. El caso español
 3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)
 4. La necesidad de una construcción jurisprudencial del TJUE sobre los límites a la confiscatoriedad tributaria
 - 4.1. Generalidades
 - 4.1.1. De Biehl a Schumacker, pasando por Bachmann: la construcción de una hermenéutica jurídico-tributaria de las libertades comunitarias por parte del TJUE
 - 4.1.2. Aplicación de la lógica del TJUE a la confiscatoriedad tributaria
 - 4.2. La libertad de circulación de capitales y la confiscatoriedad tributaria
 - 4.3. La libre circulación de personas y la confiscatoriedad tributaria
 - 4.3.1. ¿Es aplicable el artículo 21 del TFUE a un caso de confiscatoriedad en tributación directa?
 - 4.3.2. Aplicación de la CDFUE
 5. Conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: El autor desea agradecer a Fernando López Muñoz y Francisco Javier Pérez-Fadón por sus consejos y muy especialmente a Juan Arrieta Martínez de Pisón por su aliento, su revisión pormenorizada y sus excelentes consejos.

1. Introducción

Desde su creación, la UE ha progresado mucho en materia de armonización tributaria, tanto en fiscalidad indirecta (con apoyo en el art. 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–) como directa, sobre la base de la interpretación jurisprudencial de las libertades fundamentales, también consagradas en el TFUE (Sánchez-Caballero, 2017). La extensión y profundidad en la armonización de la tributación directa corresponde a una visión ambiciosa de Europa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), visión que trasciende la Unión Económica y Monetaria en sentido clásico, y abarca la igualdad de trato tributario de las personas físicas (no necesariamente en su calidad de empresarios ni inversores) ante la ley europea en supuestos donde realmente se profundiza en un verdadero mercado interior por el efecto expansivo de la sentencia misma en el plano de los principios y las ideas¹. Pero si la eliminación de diferencias de fiscalidad directa entre Estados se ha consolidado en distintas materias, sorprende, al menos hasta cierto punto, que el TJUE no haya entrado todavía a valorar los límites de la imposición; en concreto, los límites frente a la erosión de la propiedad privada. Esta falta de pronunciamiento explícito sorprende todavía más cuando es sabido que este debate se ha planteado en el ámbito nacional en varios países de la UE, con aparente disparidad de criterios por parte de los diversos órganos jurisdiccionales competentes. Por todo lo anterior, es necesario analizar en primer lugar la jurisprudencia constitucional de los cuatro países más importantes de la UE (Alemania, Francia, Italia y España)² en materia de confiscatoriedad, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en lo tocante, fundamentalmente, al artículo 1 del Protocolo adicional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950.

Alguien podría alegar, de entrada, que esta materia no incumbe al TJUE porque no afecta a las libertades básicas de la Unión. Pero, como veremos en profundidad, se podrían poner en riesgo al menos dos de las libertades: libertad de movimiento de capitales y de movimiento de personas (arts. 45 y 21 del TFUE, respectivamente). Del mismo modo, y desde un punto de vista más estrictamente económico, la existencia de una disparidad significativa

¹ Véase en el epígrafe 4 el análisis de los casos Biehl (asunto C-175/88) o Bachmann (asunto C-204/90).

² Otra jurisprudencia revisada, en la forma que se explica en el epígrafe 2, ha sido la de Bélgica, Eslovaquia, Países Bajos y Suiza.

de trato fiscal, es decir, de gravamen efectivo de la renta (de personas físicas o jurídicas) en un mercado interior genera distorsiones que podrían causar ineficiencias³.

Por lo tanto, en el epígrafe 2 se analizan las discrepancias entre cortes constitucionales, con especial hincapié en la «peculiar» construcción de la jurisprudencia española. El epígrafe 3 desarrolla más bien la jurisprudencia del TEDH y, sobre la base de estos elementos, se razona en el epígrafe 4 sobre la posibilidad (y deseabilidad) de una construcción jurisprudencial en el ámbito de la UE, es decir, del TJUE. Finalmente, se incluye un epígrafe de conclusiones.

2. La aparente disparidad de la jurisprudencia constitucional de países de la UE en materia de confiscatoriedad

La jurisprudencia constitucional europea revisada directa o indirectamente para este trabajo (en este segundo caso, siguiendo a autores que la han analizado)⁴ puede agruparse, a nuestro juicio, así:

2.1. Países para los cuales la cuestión carece, *prima facie*, de relevancia constitucional

En este grupo se incluirían Italia y Países Bajos, de entre los analizados, pero es probable que se pueda ampliar a más países, pues, por ejemplo, en Austria, tras una revisión somera de la cuestión, creemos posible afirmar que no se consagran principios tributarios generales en su Constitución de 1920, y tampoco en la llamada «Constitución financiera austriaca» (*Finanzverfassung*) de 1985 se pueden encontrar menciones al principio de confiscatoriedad tributaria. Por otra parte, adentrarse en la jurisprudencia (y más si es menor) de todos los Estados miembros excedería con mucho el objetivo de este trabajo y, probablemente, no aportaría excesiva claridad adicional.

Volviendo, por tanto, a los dos ejemplos analizados más a fondo, se observa que esta carencia de relevancia no se da por exactamente los mismos motivos: en el caso

³ Esto no significa, entiéndase bien, que la tributación directa deba ser una e idéntica en la UE y que se deba eliminar la soberanía (o, mejor dicho, el margen de soberanía –porque la soberanía plena no existe–) nacional para fijar la política tributaria e incluso para crear un ambiente de competencia tributaria saludable. El planteamiento es, más bien, el de la sorpresa ante el hecho de que el TJUE se haya permitido entrar a valorar, sobre la base de la preservación de las cuatro libertades fundamentales, muchos aspectos tributarios y, sin embargo, no haya considerado que las diferencias en el alcance absoluto sobre la renta/riqueza de una persona física del conjunto de impuestos directos sean un problema para la consecución del mercado interior.

⁴ Se toman en consideración aquí resoluciones analizadas o citadas de Alemania, Bélgica, Eslovaquia, Francia, Italia y España.

neerlandés⁵, la ausencia de principios constitucionales (principalmente, el art. 120 de la Constitución neerlandesa) impide el control constitucional por los tribunales, de ahí que no exista jurisprudencia constitucional (Gribnau y Dusarduijn, 2022). En este país, el control de los límites de la imposición se ha efectuado mediante la interpretación jurisprudencial de los tratados internacionales de los que los Países Bajos son parte, en particular, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU) de 1966; el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), así como el artículo 1 del protocolo adicional, de 20 de marzo de 1952; e incluso la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de 2009.

En el caso italiano, podríamos decir que el TC se «desentiende» del asunto. En primer lugar, es verdad que la Constitución italiana no habla de «confiscatoriedad», sino que a lo más que alcanza es a enunciar el principio de «capacidad contributiva»: «art. 53. Todos estarán obligados a contribuir a los gastos públicos en proporción a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspira en criterios de progresividad». Con estos mimbres es difícil delinear los contornos de un concepto que no aparece expresamente establecido, aunque el delimitar el alcance de la capacidad contributiva podría venir a equivaler a establecer el tope de la «confiscatoriedad», y esto tampoco lo hace el TC italiano.

En segundo lugar, su jurisprudencia en la materia se podría resumir con el contenido de la sentencia de n.º 574 de 1988 (FJ 2) y de la 21/1996 (FJ 4). Es decir, que, en esencia, las cuestiones de grado (cuantitativas) en materia de imposición:

deben ser establecidas y proporcionadas por el legislador ordinario según un criterio que concilie, sobre la base de valoraciones político-económicas que aquí no pueden ser criticadas si no son manifiestamente irrazonables, las necesidades de los estados financieros del Estado con las del ciudadano llamado a contribuir a las necesidades de la vida colectiva, no menos importantes que las necesidades de la vida individual (sentencias núms. 134 y 143 de 1982; ord. núm. 556 de 1987).

Además, en la segunda sentencia mencionada se niega el tribunal a entrar en las valoraciones del alcance confiscatorio (*ablatorio*) de un impuesto sobre el patrimonio, puesto que el que se le presenta para análisis tiene una duración de un año:

El Tribunal observa que el impuesto extraordinario sobre la propiedad constituye un impuesto cuya institución, como se desprende del procedimiento parlamentario, tenía como objetivo encontrar recursos para el presupuesto del Estado en una

⁵ El interés de este caso se incrementa además porque el llamado *box 3* (cédula 3) del impuesto sobre la renta neerlandés grava, de facto, el patrimonio (en realidad, convierte el valor de determinados activos, a través de unas fórmulas legales, en renta del ejercicio), por lo que podría decirse que es, junto con el impuesto español, el único impuesto al patrimonio vigente hoy en la UE.

situación económica del país que parecía ser de considerable gravedad, exigiendo sacrificios por parte de los ciudadanos. [...] Por lo que son precisamente estas características las que permiten, según un canon de sentencia seguido en otras épocas (sentencias n.º 143 de 1995 y n.º 159 de 1985), excluir la violación de los invocados principios constitucionales [...]. El carácter decisivo de estas apreciaciones, por el contrario, exime al Tribunal de Justicia de examinar en profundidad el problema de principio planteado por el juez remitente, no sólo en lo que respecta a la imputación del ISI a los impuestos sobre la propiedad, sino también en cuanto a los límites dentro de los cuales pueden considerarse conforme a la Constitución de los mismos impuestos sobre la propiedad.

En suma, el TC italiano ha puesto límites al control de legitimidad constitucional del concepto de capacidad contributiva señalando que no corresponde al juez apreciar y determinar el alcance y la proporcionalidad de la carga fiscal impuesta, ya que se trata de una tarea reservada al legislador, sino únicamente comprobar que las normas en cuestión no son absolutamente arbitrarias o irracionales⁶. Sin que tampoco haya llegado a nuestro conocimiento ningún pronunciamiento acerca de cuándo se produce una posible arbitrariedad o irracionalidad en una situación tributaria⁷.

Después de este breve repaso se entiende mejor por qué decimos que el asunto carece de relevancia constitucional *prima facie*: en el caso italiano, la preocupación existe, pero no ha sido resuelta. En el caso neerlandés, su tradición jurídica ha llevado a contrastar el sistema tributario contra los tratados internacionales que recogen los límites a la exacción impositiva de forma directa o indirecta. Es decir, que el asunto tiene una relevancia constitucional material, a pesar de que no la pueda tener formal.

2.2. Países para los cuales tiene relevancia constitucional y han establecido algún límite

En este segundo bloque se agrupan Alemania y Francia⁸:

⁶ Servicio de estudios del Senado italiano, nota breve n.º 267 de marzo de 2021.

⁷ Cabe decir, no obstante, que esto ha motivado iniciativas legislativas/constituyentes que han tratado de limitar cuantitativamente el deber de contribuir (este ha variado según la iniciativa legislativa; por ejemplo, en algún caso ha sido el 40 % del PIB, en otros el 33 % de la renta de cada individuo), pero ninguna de ellas ha prosperado. De tal manera que impera en Italia la jurisprudencia constitucional «de Barrabás», donde el TC italiano se lava las manos.

⁸ Conviene añadir que puede haber más ejemplos en los que haya un pronunciamiento, jurídico o político, en torno al límite aceptable de la carga impositiva. Por ejemplo, el Parlamento de Eslovaquia se ha pronunciado sobre el riesgo de ser contrario a la normativa de la UE un tipo impositivo en el IRPF del 80 % de la renta (Pistone, 2014). Este mismo autor señala que Bélgica admitió la constitucionalidad del 80 % en

- Alemania. El caso alemán es, sin duda, el más conocido, por la teoría del *Halbteilungsgrundsatz*, que se podría traducir por el «principio del reparto por la mitad». Esta teoría ha sido objeto de cita interesada (de citas interesadas hablaremos más ampliamente en el epígrafe 2.3) por cierta corriente de pensamiento conservadora. La cita interesada consiste, como casi siempre, en citar solo lo que interesa, ignorando el resto, y también, frecuentemente, el contexto de cada cita. En este caso, la cita se agota en la sentencia de 22 de junio de 1995 (*BVerfG*, 2 BvL 37/91), donde el TC Federal sostuvo que, según el artículo 14 de la Ley Fundamental, el uso de la propiedad servía a los fines del beneficio privado y del bien público. En ese sentido, el impuesto sobre bienes inmuebles, combinado con otros impuestos, no podía gravar más del 50 % de los ingresos procedentes de la propiedad. Además, la carga fiscal global no debe ir en contra del principio de igualdad que exige el reparto de la carga en función de la capacidad contributiva.

Pero en su decisión posterior de 18 de enero de 2006 (*BVerfG*, 2 BvR 2194/99⁹), el TC Federal matizó considerablemente esta primera posición. Primero, porque consideró que, aunque la carga fiscal entraba en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la Ley Fundamental, es decir, la protección de la propiedad, la carga global mediante el IRPF y el IAE, en las circunstancias particulares, no vulneraba el derecho de propiedad del demandante, aunque ascendiera al 57,58 % de su renta. De modo que elevó el umbral de exacción de renta permitido en torno a un 15 %. La pregunta es, evidentemente, dónde habría frenado esa elevación.

Pero, en realidad, la parte que modificó con más claridad su doctrina anterior fue señalar que era permisible gravar las rentas elevadas con una mayor carga fiscal, siempre que el sujeto pasivo, una vez deducido el(los) impuesto(s) correspondiente(s), «disponga de unos ingresos suficientemente elevados de los que pueda disponer libremente, de conformidad con el principio de que los ingresos privados están al servicio de los beneficios privados». De nuevo, esto queda en una indefinición, pero apunta a unos niveles de tributación final indudablemente mucho más altos que lo que el estricto principio del *Halbteilungsgrundsatz* –del

el tipo impositivo del impuesto sobre sucesiones, pero determinó que el 90 % en ese mismo tributo era inconstitucional. En realidad, este caso no es comparable porque los gravámenes sobre sucesiones, por constituir en muchos casos un mecanismo de nivelación social para evitar privilegios solo fundados en la descendencia, han tenido valores muy altos históricamente en la cultura occidental. De modo que algunos de los argumentos que se pueden esgrimir contra tipos exorbitantes del IRPF (por constituir el sustento normal o regular de las personas) no son trasladables automáticamente al ISD. A este respecto, consúltase también nota al pie n.º 43.

⁹ Véase https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/01/rs20060z118_2bvr219499en.html

que el TC alemán reniega expresamente en esta sentencia¹⁰-. Es muy posible que en esta decisión influyera el hecho de que los recurrentes (un matrimonio) tuvieran una renta tras impuestos de 249.780 marcos alemanes, lo cual era una suma considerable en 1994 (año del que se recurre la cuota del IRPF), unos 200.000 llevados a euros corrientes de 2024.

- Francia. El Consejo Constitucional francés (CCF) es raramente citado en la literatura cuando se aborda esta materia, porque la teoría del *Halbteilungsgrundsatz* ha venido eclipsando todo lo demás. Pero lo cierto es que, en su Decisión 2007-555 de 16 de agosto de 2007¹¹, y posterior a la matización del TC alemán de enero de 2006, el Consejo Constitucional sienta las bases de la constitucionalidad del *bouclier* (escudo) fiscal francés, y lo hace con unos razonamientos que superan el nivel del TC alemán de 2006, e incluso tenderían a ser similares al principio de reparto por la mitad de 1995.

En efecto, el CCF se pronuncia sobre la constitucionalidad de reducir del 60 % al 50 % el escudo fiscal, es decir, que el conjunto de la tributación directa no podría superar el 50 % de la renta del ejercicio para cada contribuyente. Este umbral había sido recurrido porque en la práctica podría exonerar del impuesto sobre la fortuna a muchos contribuyentes, lo cual llevaría a un trato desigual en función del patrimonio; es decir, que las personas con altos patrimonios saldrían beneficiadas. Pues bien, el CCF contrasta esta rebaja con el tenor del artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹² (que enlaza a este respecto con el art. 34 de la Constitución francesa) y admite categóricamente la validez constitucional de esta rebaja en unos términos que son sorprendentes, al menos, en dos planos:

- Por un lado, porque no solo admite la constitucionalidad de un límite o escudo, sino que lo considera necesario para el respeto de la Declaración de los Derechos del Hombre y de la Constitución:

24. Considerando que la exigencia resultante del artículo 13 de la Declaración de 1789 no se respetaría si el impuesto tuviera carácter

¹⁰ En el penúltimo párrafo del resumen de la sentencia citada en nota al pie anterior se dice que:

La redacción del artículo 14.2 frase 2 de la Ley Fundamental (en relación con la propiedad: «Su uso también debe servir al bien público») no puede interpretarse como un principio estricto y fundamental de que la propiedad debe dividirse a partes iguales entre el propietario y el Estado en todo momento y en todas las situaciones.

¹¹ Véase <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007555DC.htm>

¹² Artículo 13: «Para el mantenimiento de la fuerza pública, y para los gastos administrativos, es indispensable una contribución común: debe repartirse equitativamente entre todos los ciudadanos, según sus medios».

confiscatorio o impusiera a una categoría de contribuyentes una carga excesiva en relación con su capacidad contributiva; que, por tanto, en principio, la limitación de la proporción de los ingresos de un hogar fiscal destinada al pago de impuestos directos, lejos de vulnerar la igualdad ante el impuesto, tiende a evitar una clara vulneración de la igualdad ante las cargas públicas.

- Por otro lado, esta decisión del CCF interpreta de una forma amplia el concepto de «fiscalidad directa», una forma más amplia de lo que lo había concebido el Tribunal de Karlsruhe, que se había limitado a adicionar los impuestos sobre la propiedad con el impuesto sobre la renta. Aquí el CCF considera que deben formar parte del cálculo de las exacciones directas: (i) la contribución social generalizada, (ii) la contribución para el reembolso de la deuda social, (iii) la exacción social sobre las rentas del patrimonio y los productos financieros, y (iv) la contribución adicional afectada a la Caja Nacional de Solidaridad para la Autonomía¹³. Además, se deben añadir los otros impuestos directos, eminentemente locales (impuesto adicional sobre arrendamientos –*taxe additionnelle au droit de bail*–, impuesto inmobiliario –*impôt foncier*– e impuesto de residencia o habitación –*taxe d'habitation*–).

No cabe duda de que el escudo fiscal francés ha sufrido toda suerte de vaivenes, oscilando del 50 % al 85 %, y también que la jurisprudencia citada es un pronunciamiento a contrario, donde se dice que el principio de igualdad no se opone a un escudo o limitación del 50 % de la cantidad total de la renta que se puede gravar, lo cual no necesariamente implica lo inverso, es decir, que un determinado nivel de exacción de la renta más alto del 50 % es contrario a la Constitución francesa (pues, de hecho, así ha ocurrido). Pero la forma en cómo se pronuncia el CCF, en particular en el siguiente inciso ya citado: «lejos de vulnerar la igualdad ante el impuesto, tiende a evitar una clara vulneración de la igualdad ante las cargas públicas», puede hacer pensar que el órgano constitucional francés está más cerca de admitir la tesis de que, por encima de un determinado nivel, el gravamen o erosión fiscal de la renta del individuo es contraria al ordenamiento jurídico francés.

2.3. El caso español

De tener que entrar en alguna de las dos categorías anteriores, lo sería en la expuesta en el epígrafe 2.2, pues el concepto de confiscatoriedad aparece expresamente en la CE

¹³ Véase el apartado 25 de la Decisión 2007-555 citada en la nota al pie trasanterior.

(art. 31.1.), luego tiene, sin duda, relevancia constitucional. Este trabajo no pretende extenderse largamente sobre el concepto de confiscatoriedad en el contexto constitucional español, por haber sido ampliamente abordado por la literatura (por todos, se pueden consultar Chico de la Cámara, 2008 o Moreno Fernández, 2019). Tampoco interesa demasiado aquí la distinción entre el principio de la capacidad económica como «fundamento» de la imposición, o bien como «criterio, parámetro o medida» (utilizado, entre otras, en la STC 149/2023, FJ 4B). Sin embargo, sí deseamos detenernos en las siguientes dos peculiaridades: (i) la interpretación de confiscatoriedad que se considera de alguna manera acuñada o, por citar al propio TC español, «tradicional», y (ii) la desconexión entre la renta y el patrimonio en términos de la aplicación de la confiscatoriedad (véase también cuadro 1).

Con respecto a (i), el TC ha llegado a la extraña y radical conclusión de que solo se confisca cuando «se agota» la riqueza imponible¹⁴. Esto no solo se aleja de las doctrinas «centrales» de los tribunales constitucionales más importantes de Europa en materia de confiscatoriedad tributaria (véase el epígrafe 2.2 anterior), sino que se puede afirmar que es contrario a la lógica de la tradición liberal-burguesa de respeto legal a la propiedad privada, pues, por ejemplo, la definición de expropiación forzosa contenida en el artículo 1.1 de la vigente Ley española de expropiación forzosa de 17 de diciembre de 1954 dice que se considera expropiación «[...] cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos [...] acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio». Se puede observar que no es la expropiación de la totalidad de la propiedad del bien o del derecho lo que determina la existencia de una expropiación (léase «confiscación»), por ejemplo, gravar con censos o arrendamientos un bien o apropiarse del usufructo dejando intacta la nuda propiedad serían consideradas «privaciones singulares de la propiedad privada». Por esta misma razón, si la aplicación de un tributo directo no conlleva la privación total de la renta, pero sí la detracción de una parte «excesiva» de la misma, parece posible considerar la idea de una confiscación, que el TC parece negar¹⁵.

¹⁴ El término «riqueza», dicho sea de paso, abarca tanto manifestaciones de renta como de patrimonio (o «propiedades») del individuo: «este Tribunal ha declarado que la incorporación de esa garantía al sistema fiscal "obliga a no agotar la riqueza imponible –sustrato, base o exigencia, de toda imposición– so pretexto del deber de contribuir"», añadiendo que ese efecto se produciría:

si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 33.1 de la Constitución (STC 150/1990, FJ 9).

¹⁵ En este mismo sentido, existen resoluciones de cortes de arbitraje internacional que afirman que el establecimiento de ciertos impuestos puede suponer una expropiación indirecta; por ejemplo, *Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, 24 de agosto de 1978, resuelto por la Asociación Americana de Arbitraje, o bien, *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, London Court for International Arbitration (case n.º UN3467).

Con respecto a (ii), de nuevo, el TC español rompe con lo que parece ser la aproximación más habitual a la confiscatoriedad; a saber, que, como consecuencia de la multiplicidad de cargas fiscales directas sobre la persona, se prive a esta en una excesiva medida de su renta. Esta conexión de cargas fiscales varias (cargas sociales, impuestos inmobiliarios, impuestos sobre el patrimonio o riqueza global, etc.) que acaban impactando sobre la renta disponible de la contribuyente y que plantean el problema de la confiscación de la renta (como un activo de la contribuyente que soporta en última instancia las cargas tributarias) no es solo la base de la jurisprudencia alemana y francesa ya analizada, sino que se da también en el razonamiento de otros tribunales; por ejemplo, el TS Federal suizo (decisión n.º 2P.139/2004¹⁶) o el propio TJUE. Pues, en efecto, el TJUE, en el caso *Michel Bourgès-Maunoury y Marie-Louise Heintz v. Direction des Services Fiscaux d'Eure-et-Loir*, de 5 de julio de 2012 (asunto C-558/10), señaló que:

La recaudación de un impuesto nacional, como el impuesto sobre el patrimonio, incluyendo en el cálculo del importe final rentas pagadas por la Unión que están exentas del impuesto nacional sobre la renta equivale a la imposición indirecta de dichas rentas.

En definitiva, en todas partes donde la confiscatoriedad tiene relevancia constitucional, excepto España, parece extenderse la idea de que los impuestos sobre la propiedad en general, y sobre el conjunto del patrimonio neto en particular, se detraen de la renta del ejercicio, y que, por tanto, sí es relevante la situación final de la renta de la contribuyente a la hora de decidir sobre la confiscatoriedad de un IP¹⁷.

¹⁶ Se expone que:

No es compatible con el artículo 26 de la Constitución Federal que una renta vitalicia, heredada por legado, de un importe inicial de 2.200 francos suizos al mes sea gravada –independientemente de la capacidad de pago de otros impuestos de la persona beneficiaria de la pensión– con un 55 % en total, en concepto de impuestos de sucesiones y sobre la renta, así como de otros gastos, que (teniendo en cuenta la suma de impuestos adeudada por más de 200.000 francos suizos) fueran necesarios para su financiación (Decisión P.1704/1984, publicada en: ASA 56 p. 439 y ss.). En ese caso concreto, las circunstancias específicas eran pertinentes porque la heredera no podía asegurar su propia existencia después de pagar los impuestos de la renta vitalicia.

¹⁷ En esta parte del análisis no se ha mencionado al TEDH porque no parece existir en su jurisprudencia un planteamiento claro sobre la cuestión. La sentencia que podría acercársele más es la de *Imbert de Tremiolles* (STEDH de 4 de enero de 2008, demanda n.º 25834/05), pues en ella el TEDH acepta implícitamente que la medida de la confiscatoriedad se debe plantear respecto de los impuestos de renta y patrimonio conjuntamente, al no discutir en ningún momento que se debiera haber mirado solo lo que supone el impuesto sobre la fortuna francés respecto de dicha fortuna o, de otro modo dicho, al aceptar discutir sobre la base del razonamiento mismo de los demandantes (que creían que se violaba en su caso el art. 1 del protocolo adicional), acepta que la confiscatoriedad se debe analizar como un todo (flujo + fondo). Esto sin perjuicio de que no acepte las alegaciones de los demandantes por otros motivos (*i. e.*, falta de fundamento según los arts. 35.3 y 4 del CEDH).

Estas dos «anomalías» de la jurisprudencia constitucional española son muy graves porque no permiten plantear la cuestión en la forma en que se viene haciendo en otros lugares y desenfocan fuertemente el debate: este debiera comenzar por reconocer y analizar el efecto sobre la renta del conjunto de la tributación directa y, sin embargo, en España hay un planteamiento, bastante artificial como veremos, sobre la confiscatoriedad «magnitud a magnitud». Y, cuando debiera seguir por un análisis de los grados o de la proporcionalidad de la carga admisible, hay un debate simplista y binario sobre la idea de agotar la manifestación de capacidad contributiva.

Lo único que se puede decir en descargo del TC español es que, al seguir el modelo de control de constitucionalidad austriaco, decide sobre los textos legales *in abstracto*, de manera que le resulta difícil alcanzar a ver el potencial confiscatorio del juego de los impuestos. Este problema lo tiene también el CCF, pero no así el Tribunal de Karlsruhe. De hecho, en su STC 149/2023, el TC español –aunque es difícil saber si son lágrimas de cocodrilo– parece que echa a faltar los ejemplos concretos que le permitan aquilatar el verdadero alcance de la confiscatoriedad alegada por el recurrente (la Comunidad Autónoma de Madrid) al lamentar (?) (FJ 4 C) a):

Toda vez que el letrado autonómico no razona nada sobre el eventual agotamiento de la fuente de capacidad económica gravada por el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, la impugnación no puede prosperar, por falta de carga alegatoria [por todas, STC 49/2023, de 10 de mayo, FJ 9 c)]¹⁸.

Quizá algún ejemplo concreto, en la línea de lo incluido aquí en el ejemplo 1 *infra*, hubiera podido ilustrar el problema concreto. Porque lo que sigue por parte del TC en este FJ 4 C) es una desafortunada cita de tipos efectivos de gravamen, tomada del *Libro blanco sobre la reforma tributaria* elaborado por el Comité de Personas Expertas nombrada por resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 12 de abril de 2021, que se publicó el 3 de marzo de 2022. Y decimos que esta cita es «desafortunada» porque la cuestión, a efectos de enjuiciar la constitucionalidad de la norma, no puede estar en el análisis de la política tributaria de tipos de gravamen (si son altos o bajos), sino en si una norma genera potencialmente situaciones de confiscatoriedad. Sorprende en este sentido que el propio tribunal se olvide de que el 10 de noviembre de 1988 dictó una inconstitucionalidad de la Ley 44/1978, del IRPF, basándose en el caso concreto de una pareja que contrajo matrimonio el 27 de diciembre, lo que obligaba a ese matrimonio a tributar conjuntamente, y dijo (STC 209/1988, FJ 10):

Finalmente, es preciso señalar que, aun aceptando la posibilidad de que el simple hecho del matrimonio justificase un régimen tributario diferencial, la imposición de la acumulación de rentas no puede legítimamente llevarse a cabo, como aquí se

¹⁸ En este mismo sentido se pronuncia Pezet (2013) para el CCF.

hizo, presumiéndose en abstracto, con presunción *iuris et de iure*, sin concreción alguna, el supuesto incremento de la capacidad económica de cada cónyuge, y sin tener en cuenta la proporcionalidad –que debe necesariamente existir para garantizar la igualdad de trato normativo fiscal– entre dicho incremento y el de la carga impositiva que, dada la progresividad del impuesto, se habría de soportar por uno y otro de los cónyuges. Esta apreciación es inexcusable desde la perspectiva del derecho constitucional a la igualdad y la única coherente –en cualquiera de sus posibles articulaciones legales– con la naturaleza «personal» del tributo (art. 1.1 de la Ley 44/1978).

Es evidente que el principio constitucional de no confiscatoriedad no es equiparable al de igualdad tributaria, pero, en términos de hermenéutica jurídica, la crítica al análisis en abstracto del TC de 1988 es válida para el TC de 2023, que la lleva, con ese (apresurado y probablemente torpe) análisis de los tipos efectivos, a su máxima expresión.

En definitiva, volviendo a la cuestión principal, frente a la aparente disparidad de la jurisprudencia comunitaria, un examen más profundo y técnico permite concluir preliminarmente que, si excluimos la jurisprudencia que podríamos llamar «periférica» –bien porque el asunto no se trata al carecer en el país en cuestión de relevancia constitucional, o bien porque se adopta una posición tan extrema que se aleja del problema–, la jurisprudencia «central» parece compartir una preocupación genuina por el nivel de esfuerzo que la contribuyente deba realizar cada año para satisfacer su carga de tributación directa a costa de su renta del ejercicio.

Cuadro 1. La confiscatoriedad según el TC español o el arte de (no) citarse (bien) a sí mismo

La doctrina constitucional española (art. 31 de la CE) sobre el principio de capacidad económica y no confiscatoriedad de los impuestos en general, y del impuesto temporal de solidaridad de grandes fortunas (ITSGF) en particular, se asienta sobre dos argumentaciones. Estas vienen recogidas en la propia STC 149/2023 (FJ 4), sobre la constitucionalidad del impuesto citado. Validando la misma, y negando la confiscatoriedad del tributo recurrido en su FJ 4, mediante la siguiente argumentación:

1. Lo que el TC de noviembre de 2023 denomina la doctrina «tradicional» (*sic*) sobre confiscatoriedad, para lo cual efectúa la siguiente cita:

[El principio de no confiscación] obliga a no agotar la riqueza imponible –sustrato, base o exigencia de toda imposición– so pretexto del deber de contribuir, lo que tendría lugar si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 33.1 de la Constitución [el derecho a la propiedad privada].

Recogiendo luego hasta siete citas de sentencias o autos donde se reproduce lo anterior. A este respecto es interesante remontar la corriente para ver lo que se empezó a decir sobre la cuestión y cómo se fue «degradando».

La primera aparición sobre esta cuestión es una digresión altamente inconclusa a cargo del TC de 1990 (STC 150/1990, FJ 9). Es preciso, en primer lugar, poner en contexto esta STC. La misma se pronuncia sobre el llamado «recargo autonómico extraordinario del 3%» sobre la cuota líquida del IRPF. Y uno de los argumentos que se esgrimen por los recurrentes es que ese recargo puede incurrir en confiscatoriedad por sobrepasarse el límite del 46 % (tipo marginal máximo del IRPF de entonces) o el 70 % de la cuota conjunta del IRPF y del IP. Esto es fundamental para entender la respuesta completa del TC, que es la siguiente:

El examen de esta alegación viene, en efecto, condicionado por la interpretación que haya de darse al principio de no confiscación en materia fiscal, cuestión que dista de hallarse doctrinalmente clarificada, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito penal o en el de la institución expropiatoria *lato sensu*. [...]. Tiene declarado este Tribunal, ya en su STC 27/1981, que capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, tanto significa como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra. A ello cabe añadir ahora que la prohibición de confiscatoriedad supone incorporar otra exigencia lógica que obliga a no agotar la riqueza imponible –sustrato, base o exigencia de toda imposición– so pretexto del deber de contribuir. [...] Y dado que este límite constitucional se establece con referencia al resultado de la imposición, [...], es evidente que el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades [...]; como sería asimismo, y con mayor razón, evidente el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta. Pero, excluidos aquel límite absoluto y esta evidencia aritmética, y asumiendo la dificultad de situar con criterios técnicamente operativos la frontera en la que lo progresivo o, quizá mejor, lo justo, degenera en confiscatorio, sí resulta posible rechazar que la aplicación del recargo autonómico de que tratamos conculque el art. 31.1 de la Constitución por su eventual superación de los límites cuantitativos o porcentuales establecidos por el legislador estatal para el Impuesto sobre la Renta.

Es decir, que el TC: (i) plantea con carácter general la dificultad de pronunciarse sobre la confiscatoriedad, llegando a decir que, más allá de los casos absolutamente extremos (por ejemplo, gravar el 100 % de la renta), es difícil situar la frontera entre lo justo y lo confiscatorio, y (ii) el caso de autos (un recargo de un 3 %), que supone desde luego un aumento moderado de la tributación, si le alcanza para decir –para ese exclusivo caso– que no se trata de un recargo confiscatorio. Pero nunca llega a decir que algo es solo confiscatorio cuando alcanza el 100 % de la magnitud gravada.

Por desgracia, el TC de 1998 (STC 14/1998, FJ 11 B) tomó la parte por el todo y solo citó la siguiente parte del argumento del TC de 1990 en el caso de un tributo a las explotaciones dedicadas a la caza en Extremadura, al mencionar solamente (FJ 11 B):

Con todo, y puesto que la prohibición constitucional de confiscatoriedad tributaria se establece con referencia al resultado de la imposición, este Tribunal ha declarado que la incorporación de esa garantía al sistema fiscal «obliga a no agotar la riqueza imponible –sustrato, base o exigencia, de toda imposición– so pretexto del deber de contribuir», añadiendo que ese efecto se produciría «si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 33.1 de la Constitución» (STC 150/1990, fundamento jurídico 9).

Cuando en realidad la STC 150/1990 no dijo esto. Afirmó que esto sería un impuesto confiscatorio sin ninguna duda, pero que era difícil saber cuándo, además de ese caso extremo, lo sería. Y añadió que en el caso de autos (tan alejado del ejemplo extremo) se podía decir que no había confiscatoriedad.

Y aquí empezaron los males, pues ya no era una doctrina abierta a la interpretación caso por caso (por la dificultad de fijar la frontera entre lo que es confiscatorio y lo que no), sino que se consideró que, si no se tomaba el 100 % de la magnitud imponible, ya no era algo confiscatorio, lo cual es tan erróneo como decir que, si no se expropia la totalidad del derecho de propiedad, entonces no hay expropiación.

¿Quiere esto decir que la doctrina del TC es inamovible solo por haber sido citada o reiterada incorrectamente tantas veces, es decir, por ser «la tradicional»? ¿O podemos hablar de un error de derecho del propio TC al citarse? La cuestión no está clara, pero, sin duda, nunca fue la intención del primer TC el acabar diciendo sobre la confiscatoriedad lo que se da ahora (2024) por sentado.

2. El ITSGF solo tendría efecto confiscatorio si agotara el valor del patrimonio (STC 149/2023, FJ 4 C) a) porque:

Como constató la STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 2, «la capacidad económica sometida a tributación en uno y otro impuesto son diferentes, pues si en uno se grava la obtención de renta [...] el otro somete a tributación "el patrimonio neto de las personas físicas"».

Esto sería definitivo si no fuera por el contexto en el que el TC de 2006 realizó esta afirmación. Porque la STC 295/2006 se pronuncia en estos términos a raíz de una discusión exclusivamente procedimental o formal. En la STC 295/2006, el TC realiza una digresión en torno a la diferente capacidad económica sometida a gravamen a los efectos de clarificar una alegación de inadmisión (ergo estrictamente procedimental) del abogado del Estado en el asunto. Para negar esta inadmisión, en un contexto muy concreto y restringido (relativo al gravamen presunto de rendimientos del capital inmobiliario sobre la base de valores catastrales), es cuando el TC afirma lo anterior. Es decir, que el TC nunca se pronunció sobre la incidencia de un IP sobre la renta del ejercicio como cuestión de fondo, solo quiso reservarse el derecho a analizar la materia en disputa rechazando que la no alegación del IP impidiera ese juicio constitucional sobre el impuesto sobre la renta. En efecto, el propio tribunal señala que se analiza una cuestión procedimental aquí: «Antes de entrar en el estudio del fondo de la presente cuestión de inconstitucionalidad es necesario examinar la objeción formulada por el Abogado del Estado».

Y además deniega esta alegación de parte con un fundamento que va mucho más allá de la cita parcial que utiliza el TC en 2023:

En modo alguno está en discusión en este proceso constitucional si esta regla de valoración a efectos del impuesto sobre el patrimonio (el mayor de los tres valores que cita) respeta o no el principio de igualdad en la contribución a las cargas públicas en términos de capacidad económica. El objeto del presente proceso lo constituye única y exclusivamente la forma de cuantificar el rendimiento imputado en el impuesto sobre la renta de las personas físicas por el hecho de ser titular de un bien inmueble no arrendado.

Y solo para rematar o redondear esta idea, el TC añade «no debemos olvidar [es decir, dicho sea de paso] que la capacidad económica». Y desde la perspectiva de desmontar el argumento procesal, es pertinente este razonamiento a mayor abundamiento. Pero esto no quiere decir en modo alguno que el TC no considerase que entre el IRPF y el IP no hubiera una posible interacción, cuando de confiscatoriedad se trata.

Fuente: elaboración propia.

3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Un segundo elemento de importancia en el análisis lo constituye el tratamiento de la materia por parte del TEDH. Esto es así porque, como veremos más adelante, esta tradición jurídica y jurisprudencial se traslada al acervo comunitario por la vía de la CDFUE (art. 52.3¹⁹). Claro está que este traslado no es «en bloque» o «por remisión», como si dijéramos, pues hay matices al respecto, pero, desde luego, en la medida en que el TJUE tenga algo que decir sobre la protección del derecho a la propiedad privada ante las exacciones tributarias, la jurisprudencia del TEDH debería ser relevante.

En esta materia vamos a seguir el análisis realizado por Gerverdinck (2020, parte IA), pues de él se pueden extraer todos los elementos necesarios para poner en el contexto de este trabajo el rol del TEDH. Como su estudio de la materia es muy exhaustivo, aquí nos limitaremos a un breve resumen.

¹⁹ Indica el citado artículo:

Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios.

[...]

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

El autor que seguimos analiza de forma sistemática los distintos elementos que el TEDH ha venido teniendo en cuenta para decidir cuándo un tributo podría afectar el derecho de propiedad hasta el punto de ser contrario al artículo 1 del protocolo adicional del CEDH, ya citado.

Conviene comenzar por recordar el precepto que será objeto de análisis en lo sucesivo:

Artículo 1. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Según Gerverdinck (2020), el TEDH sigue, por lo general, un esquema claro y sistemático.

1. En primer lugar, el TEDH se pregunta si se está ante un derecho de propiedad. A este respecto, el que el TEDH haya resuelto incontables casos relativos a impuestos que afectan a la renta de una persona, considerando esa renta como una propiedad, debe ser respuesta suficiente. Por ejemplo, esto se evidencia en el caso N. K. M. contra Hungría (STEDH de 14 de mayo de 2013, demanda n.º 66529/11). Además, debe tenerse en cuenta que el propio protocolo adicional habla de impuestos, luego reconoce una relación entre los impuestos y el derecho de propiedad.
2. El segundo paso del razonamiento es valorar si la propiedad se violenta o se interfiere sobre ella (*infringement*), lo cual puede ocurrir por varios motivos: (i) privación de la propiedad (como en los casos de expropiación), (ii) regulación de la propiedad (como la limitación de su uso o del desahucio), y (iii) otros supuestos de interferencia, como los impuestos (*cf.* STEDH de 29 de abril de 2008, caso Burden contra el Reino Unido, demanda n.º 13378/0529). Según el TEDH, los impuestos constituyen una violación inherente del derecho de propiedad, «ya que privan a la persona afectada de una posesión, a saber, la cantidad de dinero que debe pagar».
3. El tercer paso del razonamiento sería averiguar si esa interferencia está justificada. Siguiendo a Gerverdinck (2020) una vez más, el TEDH admite que los Estados tienen, como regla general, «amplio margen de apreciación en cuanto a las interferencias del derecho de propiedad», incluyendo en materia de impuestos, pero debe respetarse:

- La licitud/legalidad (*lawfulness*). La medida debe ser legal o lícita. Lo que en términos jurisprudenciales del TEDH quiere decir, según afirma acertadamente Gerverdinck (2020), que:

El Estado de derecho, que subyace en el CEDH y también en el artículo 1 del protocolo adicional, implica que una persona debe poder prever razonablemente las posibles consecuencias de sus actos: que pueda determinar razonablemente sus riesgos y posibilidades²⁰.

- El interés legítimo (legitimidad) de la norma. Según Gerverdinck (2020), «El TEDH respetará en general la evaluación del legislador nacional de que una medida es de interés público, a menos que carezca "manifiestamente de fundamento razonable"»²¹, porque «el legislador nacional está mejor situado que el TEDH para juzgar lo que es de interés público». Por lo tanto, es raro que el TEDH dictamine que una usurpación de propiedad por causas impositivas carece de un objetivo legítimo.

²⁰ Existen otros dos aspectos interesantes en torno a la legalidad de una norma tributaria que interfiera sobre el derecho de propiedad.

Uno es la cuestión de la retroactividad. Siguiendo a Gerverdinck, el TEDH exige «razones específicas y apremiantes» para justificar la violación de la confianza legítima mediante la imposición retroactiva, como la lucha contra el abuso (Huitson contra el Reino Unido), la rectificación de un defecto técnico de la ley que dé lugar a un enriquecimiento injusto (Building Societies contra el Reino Unido) o la evitación de un fraude de ley, un enriquecimiento injusto (Building Societies contra el Reino Unido) o evitar efectos de anuncio (M. A. y otros contra Finlandia).

El segundo sería la cuestión de la calidad de las decisiones judiciales (STEDH de 14 de octubre de 2010, caso Shchokin contra Ucrania, demandas n.ºs 23759/03 y 37943/06, párrafo 57):

La normativa en este caso carecía de la calidad suficiente porque no estaba claro qué tipo impositivo se aplicaba a una determinada categoría de rentas («rentas obtenidas fuera del establecimiento principal»). Existían dos posibilidades: en virtud de una ley aprobada por el Parlamento, se aplicaba un tipo proporcional del 20 %, mientras que un decreto presidencial de fecha posterior prescribía un tipo impositivo progresivo más elevado. El TEDH consideró que, en este caso, la legislación no era suficientemente clara y precisa. El hecho de que sean posibles interpretaciones tan diferentes de un elemento jurídico fiscal tan importante como es el tipo aplicable significa que la base jurídica es de calidad insuficiente y que la ley no ofrece una protección adecuada contra la interferencia arbitraria de las autoridades con el denunciante. En consecuencia, en opinión del tribunal, la falta de la previsibilidad y claridad requeridas del derecho interno sobre una cuestión fiscal tan importante, que produce interpretaciones judiciales opuestas, alteran el requisito de «calidad de la ley» previsto en el convenio (Gerverdinck, 2020).

²¹ Esta última cita proviene de la STEDH de 19 de junio de 2006, caso Hutten-Czapska contra Polonia (demanda n.º 35014/97).

- La proporcionalidad de la medida (*fair balance*). Esta prueba de proporcionalidad no se desprende del texto del artículo 1 del protocolo adicional, sino que, según el TEDH, «la búsqueda de este equilibrio [...] es inherente al conjunto del Convenio y se refleja también en la estructura del artículo 1 (P1-1)». Más importante aún:

Una medida no es proporcionada si se traduce en una carga individual y excesiva para la persona afectada. En tal caso, el beneficio que la sociedad en su conjunto obtiene de la medida no compensa la desventaja sufrida por el individuo²².

Todo lo cual, como principio general, está bien, pero necesita de concreción:

Para apreciar la conformidad del comportamiento del Estado con las exigencias del artículo 1 del Protocolo Adicional, el Tribunal debe proceder a un examen global de los distintos intereses en juego, teniendo en cuenta que el Convenio tiene por objeto garantizar derechos «prácticos y efectivos», no teóricos o ilusorios. Debe ir más allá de las apariencias y examinar la realidad de la situación controvertida, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, incluido el comportamiento de las partes en el procedimiento, los medios empleados por el Estado y la aplicación de dichos medios²³.

Finalmente, dentro de la proporcionalidad, al evaluar la proporcionalidad de una infracción de los derechos de propiedad, el TEDH concede además importancia al hecho de que las autoridades públicas hayan actuado de conformidad con el principio de «buen gobierno» (ahora llamado gobernanza). Según el TEDH, esto significa que «las autoridades públicas deben actuar a tiempo y de manera adecuada y, sobre todo, coherente». En particular: «las autoridades públicas [...] establecen procedimientos internos que aumentan la transparencia y la claridad de sus operaciones [minimizan el riesgo de errores [...]] y fomentan la seguridad jurídica en las transacciones civiles que afectan a intereses patrimoniales».

²² SSTEDH de 23 de septiembre de 1982, caso Sporrang y Lönnroth contra Suecia (demanda n.º 7151/75), párrafos 69 y 73, y de 21 de febrero de 1986, caso James y otros contra el Reino Unido (demanda n.º 8793/79), párrafo 51.

²³ STEDH de 14 de mayo de 2013, caso N. K. M. contra Hungría (demanda n.º 66529/11).

Llegados a este punto, la pregunta es qué relación tiene todo lo anterior con el papel del TJUE en materia de confiscatoriedad. La respuesta a esta pregunta deriva directamente del papel que se asigne a la jurisprudencia del TEDH en el entramado legal-judicial de la Unión.

Y, puesto que el artículo 52.3 de la CDFUE recoge el acervo del CEDH y de su jurisprudencia (muy rica, como hemos visto), no puede obviarse ya que, en el marco europeo, y si el TJUE entrara a pronunciarse sobre la cuestión de confiscatoriedad, existe ya un estándar mínimo, bastante bien delimitado y que el TJUE solo podría mantener o ampliar²⁴.

4. La necesidad de una construcción jurisprudencial del TJUE sobre los límites a la confiscatoriedad tributaria

Lo analizado hasta aquí sirve para darse cuenta de que existe ya un acervo común europeo en materia de confiscatoriedad tributaria, asentado sobre el respeto al derecho de la propiedad, ya sea emanado del protocolo adicional del CEDH, ya de la jurisprudencia de los países de la UE. Por tanto, todo análisis jurisprudencial de la confiscatoriedad en el ámbito de la UE debe basarse en dos elementos: (i) que el conjunto de la tributación directa afecta a la renta del ejercicio y, por tanto, es artificial (o alejado de la realidad) el razonar como si la renta y la riqueza fueran a estos efectos dos magnitudes diferentes, y (ii) que la renta del ejercicio es un derecho de propiedad, o una propiedad simplemente, de la persona que la gana o genera y, por tanto, es bajo el prisma del derecho de propiedad privada, dentro de la tradición jurídica europea (y probablemente occidental también) como se debe analizar.

Lo cual significa que se debe valorar el hecho de que este es un derecho «relativo», supeditado a otras exigencias socioeconómicas, y que, por tanto, existe un margen para intervenir (o interferir) sobre el mismo, la cuestión es qué margen, y quizá es hora de que el TJUE ayude a determinarlo para reducir distorsiones en la UE.

Pero existe una cuestión técnica preliminar: si el TJUE tiene alguna base legal para pronunciarse sobre la materia. Y este epígrafe trata de responder a ello.

²⁴ Por ejemplo, recientemente, en España se ha puesto fuertemente en entredicho la interpretación de la no retroactividad del ITSGF que hace la STC 149/2023 (FJ 5). A este respecto, el punto 4 del voto particular («4. La crisis del principio de seguridad jurídica: la frustración de la confianza legítima de los ciudadanos sobre la que debía ser la esperable actuación de los poderes públicos») desarrolla, con gran acierto técnico a nuestro juicio, una tesis que, cuando menos, haría dudar al TEDH de la calidad de la sentencia 149/2023 en este punto.

4.1. Generalidades

4.1.1. De Biehl²⁵ a Schumacker²⁶, pasando por Bachmann²⁷: la construcción de una hermenéutica jurídico-tributaria de las libertades comunitarias por parte del TJUE

El caso Biehl (asunto C-175/88) es el primero que resuelve el TJUE en favor del contribuyente sobre una controversia de tributación directa que afecta a las libertades del tratado (en concreto, el art. 45 del TFUE, por entonces, el art. 48 del TCE, sobre la libertad de circulación de los trabajadores), pero la sentencia no solo carece de razonamientos sofisticados sobre la materia, al tratarse de un caso de discriminación bastante flagrante, que incluso el artículo 24 de un convenio de doble imposición que siga el MC OCDE hubiera apreciado, sino que, principalmente, se puede decir que «pilló desprevenidas» a las autoridades fiscales europeas, pues, de una parte, la Administration des Contributions de Luxemburgo efectuó dos alegaciones con poco peso y no se esgrimieron los argumentos que fueron habituales a partir de Bachmann y, por otro lado, no intervinieron otras Administraciones o Gobiernos distintos del luxemburgués, aunque es justo reconocer que era difícil de prever la trascendencia que acabaría adquiriendo el caso como precedente.

El caso Bachmann hace referencia a la necesidad de un trabajador de poder deducir primas de seguros voluntarios de enfermedad e invalidez pagadas en el Estado A en la base imponible de un impuesto sobre la renta de un Estado B del que el trabajador es residente, donde se permite tal deducción si proviene de una compañía de seguros del Estado B. Y, de nuevo, enjuicia una posible violación de la libertad de circulación de trabajadores en la UE. A nuestro juicio, lo más interesante de este caso, que lo hace pionero por delante del caso Schumacker –sobre el que, sin embargo, se vertieron muchos más ríos de tinta²⁸–, es el hecho de que sienta las bases de la hermenéutica jurídica del TJUE en cuanto a qué pasos seguir para interpretar las libertades del (de los) tratado(s) fundacional(es) en relación con determinadas medidas de tributación directa. Esta hermenéutica se repetirá en

²⁵ Asunto C-175/88. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?nat=or&mat=or&pcs=Oor&jur=C%2CT%2CF&num=c-175%252F88&for=&jge=&dates=&language=es&pro=&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&oqp=&td=%3BALL&avg=&lgrc=es&lg=&page=1&cid=10124169>

²⁶ Asunto C-279/93. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0279&rid=1>

²⁷ Asunto C-204/90. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?nat=or&mat=or&pcs=Oor&jur=C%2CT%2CF&num=C-204%252F90&for=&jge=&dates=&language=es&pro=&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&oqp=&td=%3BALL&avg=&lgrc=es&lg=&page=1&cid=10112859>

²⁸ En concreto, Sánchez-Caballero (2017, p. 298) afirma del caso Schumacker que «constituyó un hito que a día de hoy sigue presente en muchos de sus postulados, así como un referente estableció una serie de presupuestos a los que los Estados miembros deben ajustarse».

Schumacker y tantas otras sentencias posteriores del TJUE en materia de tributación directa. Lo que hace el TJUE en primer lugar es examinar si se produce en efecto una atentado o limitación a alguna de las libertades fundamentales del tratado (en ese momento, el TCE) a causa de la disposición tributaria en cuestión. En el caso de autos, la libertad de circulación de un trabajador. Y, en caso de responder afirmativamente, como en este caso, se pregunta sobre dos aspectos centrales que podrían justificar esta excepción a la libertad fundamental. Vayamos, pues, por partes.

En primer lugar, la afectación «de facto» a las libertades fundamentales del tratado. Aunque esto empezó con jurisprudencia no tributaria, en concreto el caso Sotgiu (asunto C-152/73²⁹), es un elemento central del razonamiento tributario, por cuanto en la imposición directa es raro discriminar por razón de nacionalidad y, sin embargo, muy frecuente hacerlo por residencia. De modo que el análisis de la discriminación tributaria debe pivotar sobre dos elementos:

- De un lado, el que la discriminación por residencia conduzca, de hecho, a un resultado similar a la discriminación por nacionalidad, lo cual se debe dar por hecho en la inmensa mayor parte de los supuestos, cuando se hace el razonamiento de que la mayoría de residentes son nacionales del país en el que residen (es decir, se razona como si residente = nacional y no residente = extranjero); por tanto, en la medida en que la residencia es un factor diferenciador clave del tratamiento tributario en imposición directa, se diferencia (¿discrimina?) el trato entre nacionales y no nacionales.
- El segundo elemento es que la discriminación no pueda estar intrínsecamente justificada³⁰. A este respecto, el TJUE ha afirmado que:

En materia de impuestos directos la situación de los residentes y la de los no residentes no son comparables, por lo general. [...] Por consiguiente, el hecho de que un Estado miembro no permita a no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un sujeto pasivo residente no es, por regla general, discriminatorio, puesto que estas dos categorías de sujetos pasivos no se encuentran en una situación comparable³¹.

Es decir que, en principio, sí está intrínsecamente justificada la discriminación por razón de residencia.

²⁹ Apartado 11 de la sentencia: «Las normas sobre igualdad de trato no solo prohíben las discriminaciones ostensibles basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado».

³⁰ A continuación veremos cómo hay factores externos a la discriminación tributaria que la podrían justificar también.

³¹ Caso Schumacker (asunto C-279/93), párrafos 31 y 34.

Pero el TJUE se atrevió, sin embargo, a romper esta regla. Así pues, la residencia no sería en algunos casos un factor tan determinante de las circunstancias del contribuyente como para justificar una discriminación (entre el residente y el no residente). Lo estableció fundamentalmente el caso Schumacker y fue reiterado después (casos De Groot, asunto C-385/00, o Lakebrink, asunto C-182/06, entre otros; véase Sánchez-Caballero, 2017). Se trata de casos en los que la residencia está divorciada del lugar de obtención de la renta, o de una parte significativa de la renta (el Sr. Schumacker obtenía más del 90 % de sus ingresos –que provenían en su caso del trabajo– de un país donde no residía). En casos así, partiendo de situaciones cuasi-comparables entre residentes y no residentes, la imposición directa sobre estas situaciones debe ser análoga para residentes y no residentes para no ser discriminatoria.

En segundo lugar, después de analizar las justificaciones intrínsecas o endógenas, el TJUE ahonda en las posibles excepciones «exógenas» a la medida potencialmente contraria a las libertades. Desde el asunto Bachmann (1990), las ha venido revisando el TJUE, y son fundamentalmente dos: (i) si el eliminar la discriminación pudiera afectar a la «coherencia del régimen tributario» y (ii) la imposibilidad de llevar a cabo un control fiscal eficaz, de eliminarse la medida que atenta contra determinada libertad, falta de control que atentaría al interés general al no garantizarse la recaudación tributaria.

- La coherencia del régimen tributario fue admitida en 1990 para el asunto Bachmann. De un lado, por lógica: si las primas de seguro eran deducibles para el tomador persona física en el Estado B, debía el Estado B poder «percibir el impuesto sobre las cantidades debidas por los aseguradores»³²; lo cual, a su vez, requeriría que el asegurador retuviera esas cantidades en el Estado A, al momento de retribuir al tomador del seguro, para entregarlas a B. De otro lado, porque el estado del arte normativo, jurisprudencial y tecnológico de 1990 era otro. Aunque no es el objeto de este trabajo, sería discutible que semejante discriminación fuera admitida en el presente, pues no debe olvidarse el progresivo sesgo en favor de la tributación en residencia de las rentas del ahorro dentro de la UE, en paralelo a las mejoras en la obtención de información financiera (directiva del ahorro y sus reformas, sistema de intercambio automático de información –CRS–)³³.

³² Caso Bachmann, parágrafo 23.

³³ Adicionalmente, el TJUE afinó el criterio de «coherencia del sistema tributario» en sentencias sucesivas, como los casos Verkooijen, parágrafos 49 y siguientes (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0035&qid=1704793959115>); Manninen (asunto C-319/02, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0319&qid=1704793095107>) o Papillon (asunto C-418/07, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2008%3A659>), parágrafos 41 y siguientes. Verkooijen o Manninen son interesantes porque el TJUE retoma los razonamientos de Bachmann (véanse los parágrafos 47 y 48) para aclarar que hay una diferencia entre sendos casos, lo que justifica un criterio diferente.

No obstante, este argumento se sigue esgrimiendo en sentencias más recientes (casos Gerritse, de 12 de junio de 2003³⁴, o Wallentin, de 1 de julio de 2004³⁵).

- La posibilidad de llevar a cabo controles fiscales eficaces para preservar los ingresos fiscales, o simplemente la necesidad de preservar estos últimos, ha sido regularmente esgrimida por parte de las autoridades tributarias en los primeros tiempos de la jurisprudencia europea (casos Bachmann, Schumacker, etc.), pero repetidas alusiones a la posibilidad de utilizar los mecanismos de asistencia mutua en el ámbito europeo (Directiva 77/799/CEE y sus reformas) y el caso ICI (asunto C-264/96, parágrafo 28) vinieron a zanjar la cuestión, por lo que esta no es ya, a diferencia de la coherencia, una alegación que se suela realizar³⁶.

4.1.2. Aplicación de la lógica del TJUE a la confiscatoriedad tributaria

¿Qué tiene que ver todo lo anterior con la confiscatoriedad tributaria, se preguntará el lector? *A priori*, nada. Pero lo interesante no es tanto si hay una conexión material entre la jurisprudencia del TJUE y la confiscatoriedad tributaria cuanto si existe una lógica inherente a los razonamientos del TJUE (su particular hermenéutica jurídica) que pudiera repetirse en materia de confiscatoriedad tributaria en imposición directa. Es decir, ante un caso de riesgo de confiscatoriedad tributaria de un contribuyente en un Estado miembro, ¿existe alguna libertad del tratado potencialmente en riesgo? Si existe, ¿podría estar justificado ese riesgo en virtud de algún elemento «exculpatorio», como ser la coherencia del sistema tributario u otros?

El problema de empezar a responder estas cuestiones se encuentra en el hecho de que la pregunta inicial plantea un supuesto demasiado amplio, pues, en ausencia de un marco legal claro en cuanto al concepto de confiscatoriedad tributaria, y después de haber analizado la disparidad jurisprudencial existente en Europa (epígrafes 2 y 3 de este trabajo),

³⁴ Asunto C-234/01, FF. JJ. 47 y siguientes. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0234>

³⁵ Asunto C-169/03, FJ 21. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=ecli%3AEC%3AEU%3AC%3A2004%3A403>

³⁶ Asunto ICI, parágrafo 28 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0264&qid=1704794942555>):

En cuanto a la alegación relativa a la imposibilidad de compensar la reducción de ingresos fiscales resultante de la desgravación de las pérdidas de las filiales domiciliadas en el territorio nacional mediante la tributación de los beneficios de las filiales situadas fuera del Reino Unido, debe señalarse que la disminución de ingresos fiscales resultante no figura entre las razones mencionadas en el artículo 56 del Tratado y no puede considerarse como una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una desigualdad de trato en principio incompatible con el artículo 52 del Tratado.

situaciones de «riesgo de confiscatoriedad» puede haber muchas. De hecho, y circunscribiendo el asunto a la fiscalidad directa, lo primero sobre lo que habría que convenir es si los dos asuntos ya planteados con anterioridad deben constituir el marco conceptual de una eventual jurisprudencia del TJUE. Estos asuntos (véase el epígrafe 4) son:

- ¿La confiscatoriedad debe tener en cuenta la cantidad de renta (rendimiento + ganancia patrimonial) que se detrae de la contribuyente en un ejercicio dado o, dado que en tributación directa existen esencialmente dos magnitudes u objetos gravables, a saber, el patrimonio y la renta³⁷, solo debe considerarse cada una por separado? Es decir, ¿solo debe evaluarse la confiscatoriedad de un impuesto que grave la renta sobre ese objeto gravado y, por tanto, la confiscatoriedad de un impuesto que grave el patrimonio solo se produciría si dicho impuesto erosionase el patrimonio?

A este respecto se confrontan dos tesis jurisprudenciales.

- La primera tesis jurisprudencial es la del TC español, el cual, como ya hemos dicho, parece pretender³⁸ que los impuestos al patrimonio solo son confiscatorios en la medida en que confiscan patrimonio, ignorando lo que le ocurra a la renta de la contribuyente. Esta tesis tiene tres fallos:
 - El primero es teórico, pues el patrimonio, salvo por la parte de las herencias recibidas, se conforma de la acumulación de flujos de renta, de modo que, en un caso extremo, si alguien obtuviera todo su patrimonio al generar una renta en un solo ejercicio (pensemos en la venta de una *start-up*, cuyo valor en libros era insignificante antes de venderla), dado que no hay patrimonio distinto de su renta, no se podría aplicar el test de confiscatoriedad a la magnitud «patrimonio». Es decir, que la tesis del TC español estaría presuponiendo que existe necesariamente un patrimonio distinto de la renta del ejercicio, lo cual, como acabamos de ver, no es cierto en el 100 % de los casos.
 - El segundo es de índole práctica, pues, como se ha mencionado, el pago de un IP de periodicidad anual se hará con la renta del ejercicio, pues, en general, las personas tienen resistencia a vender o realizar su patrimonio, salvo que sea muy líquido.

³⁷ No ignoramos que, en función de la configuración del tributo, podría existir un impuesto directo sobre el consumo, como bien demostró Sir Nicholas Kaldor (1963).

³⁸ Es importante subrayar que solo «parece pretender» esto, dado que, como se desarrolla en el cuadro 1 de este trabajo, en realidad se puede decir que es una tesis en gran medida espuria. No obstante, se ha creído necesario confrontar esta tesis con la otra alternativa.

- El tercero es legal, y deriva precisamente del punto anterior: la propia Ley del IP español (Ley 19/1991, art. 31), así como la ley que crea el ITSGF (Ley 38/2022, art. 3.12.1), presuponen que estos impuestos sobre la riqueza se detraen de (o se pagan con) la renta del ejercicio y por eso establecen unos límites a esa detracción con el fin de preservar una cantidad mínima de renta para que las contribuyentes puedan disponer de ella y, en definitiva, subvenir a los gastos de la vida diaria. Además, este mismo planteamiento se daba en otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, en el *bouclier* (escudo) fiscal francés antes citado, que existía con una finalidad equivalente (si bien con una metodología algo diferente de cálculo) cuando en Francia estaba vigente el impuesto sobre la fortuna (véase el epígrafe 2.2 *supra*)³⁹.
- La segunda tesis jurisprudencial es la que comienza con la combinación de sentencias ya citadas del TC alemán (véase el epígrafe 2.2) en concreto la *BVerfG*, 2 BvL 37/91, de 22 de junio de 1995, que analiza conjuntamente impuestos a la propiedad y a la renta, y la *BVerfG*, 2 BvR 2194/99, de 18 de enero de 2006, que establece unos límites cuantitativos más amplios de la llamada teoría, ya analizada, del *Halbteilungsgrundsatz*. Esta tesis la siguen, *mutatis mutandis*, las jurisprudencias francesa, suiza y del TJUE.

Esta segunda tesis, además de ser coherente con los mecanismos de limitación (o «escudos») existentes, nos parece más realista y probablemente más justa. Es más realista porque –ya se ha dicho– las contribuyentes que actúen con racionalidad económica no van a usar su patrimonio ilíquido (inmuebles, obras de arte, etc.) para satisfacer el impuesto, sobre todo, cuando este es anual. Lo evitarán por todo tipo de motivos, y tratarán de satisfacer el impuesto con el patrimonio líquido, el cual puede proceder,

³⁹ Abundando en esto, como no podría ser de otra manera, la resolución del TEAC de 19 de enero de 2001 indica:

Este carácter complementario de gravamen sobre la renta lo confirma la propia limitación conjunta de la tributación por patrimonio y renta, que la Ley señala en el 70 por 100 [para 1991] de la base imponible de este último Impuesto, como voluntad inequívoca del legislador de que el IP recaiga sobre bienes que produzcan renta; y, siendo ello así, no es imaginable un IP que someta a gravamen la mera propiedad o posesión de bienes improductivos, puesto que, de hacerlo, la naturaleza antes indicada de tributos se vería transformada en otra bien distinta, de una leva sobre el capital, que no responde ni a la intención del legislador de 1977, ni al propio contenido de la regulación positiva del Impuesto; por otra parte, y a la luz de los principios constitucionales, el IP no puede ser confiscatorio y tal circunstancia se produciría cuando una persona con patrimonio y sin renta tuviera que enajenar parte de sus bienes para hacer frente al pago del Impuesto, lo cual vulneraría además los principios de capacidad económica e igualdad.

incluso de forma exclusiva, de la misma renta generada en el ejercicio (si se piensa en alguien que únicamente posee inmuebles arrendados, esto se comprende fácilmente. Véase el ejemplo 1).

También es más justa, de un lado, porque en sentido económico (y jurídico, salvo quizá en España) parece artificial, e incluso incorrecto, que se pueda desagregar totalmente el principio de capacidad de pago en la capacidad de pago del IP y la capacidad de pago del impuesto sobre la renta. Como ya hemos dicho, las variables flujo (renta obtenida) y fondo (patrimonio acumulado) son en muchos casos –desde luego en todos aquellos donde no hay herencia previa– dos formas de ver la misma capacidad de pago⁴⁰. Y de otro lado, porque esta división haría de peor derecho a las contribuyentes con un patrimonio ilíquido, pues los costes de transacción para el pago del impuesto serían mucho más altos que para quien tuviera un patrimonio líquido.

- Sobre el nivel cuantitativo a partir del cual se produce una confiscatoriedad, de nuevo parecen coexistir dos tesis jurisprudenciales: la del TC español (y quizá, el italiano⁴¹), que exige, al menos en apariencia, el agotamiento de la magnitud gravada (véase el cuadro 1 *supra*) para que exista confiscatoriedad en el caso de un tributo; y la de los TC alemán y francés, así como la del TEDH⁴², que exigen en todo caso, como ya vimos, alguna medida de proporcionalidad entre el nivel del impuesto y la magnitud gravada. A los efectos que aquí interesa, es irrelevante que esta magnitud sea más baja o más alta, lo que es importante es que no es necesario que un impuesto grave o detraiga «la totalidad» de la magnitud gravada (que siempre es la renta, por lo que se acaba de explicar en los párrafos anteriores) para que exista confiscatoriedad.

De nuevo, en el marco de este ejercicio teórico de plantear una posible jurisprudencia del TJUE sobre la materia, nos inclinamos por defender que esta segunda tesis (con el límite cuantitativo que en cada caso corresponda) frente a la primera. En primer lugar, porque es ampliamente mayoritaria; en segundo lugar, porque tiene lógica, en el sentido de que «confiscar» no significa «confiscar hasta agotar».

⁴⁰ Y cuando hay herencia previa, lo más habitual es que la misma ya haya tributado en cabeza del causahabiente, de tal manera que se puede considerar esa capacidad de pago como gravada.

⁴¹ Puesto que rehúsa entrar a valorar cuál sería la magnitud no confiscatoria del impuesto, según vimos al analizar la sentencia del TC italiano n.º 155/1963 (véase el epígrafe 2.1).

⁴² Véanse también los comentarios sobre la decisión del Parlamento eslovaco en cuanto al IRPF, el TC belga, en materia del ISD (en Pistone, 2014, p. 16. y en nota al pie n.º 8) y sobre el Tribunal Federal suizo (nota al pie n.º 16).

A este respecto se puede consultar la digresión en torno al paralelismo con la expropiación forzosa en el epígrafe 2.3⁴³.

Con todo, lo anterior no hace más que delimitar el marco dentro del cual podría plantearse la existencia de confiscatoriedad tributaria en la tributación directa de un país (el «riesgo de confiscatoriedad» de que hablábamos anteriormente). Ahora falta por ver si el TJUE tendría una base legal para abordar esta cuestión y, de hacerlo, si existen elementos que lo harían decantarse por las posiciones jurisprudenciales mayoritarias ya analizadas.

Para responder a la primera cuestión es necesario saber si el riesgo de confiscatoriedad tributaria afectaría a alguna de las libertades del TFUE. Pero, llegados a este punto, quizá sea más sencillo plantear un supuesto concreto. La hipótesis de trabajo limita el alcance de la reflexión, pero permite entender mejor la situación y el mensaje. En el caso de España, donde una persona disponga de un considerable patrimonio inmobiliario, valorado en 20 millones de euros, pero que, por motivos diversos como, por ejemplo, la realización de obras estructurales de mejora, la desactualización o limitación del precio de los arrendamientos, la imposibilidad de cobro sobre determinados de sus inquilinos no desahuciables, etc., no obtiene más que una renta neta derivada de la explotación de inmueble bastante exigua, siendo casi su única fuente de ingresos, se puede observar con un ejemplo numérico el riesgo de confiscatoriedad que esta persona afrontaría.

Ejemplo 1. Posible riesgo de confiscatoriedad

Ejercicio 2022

Persona física de 50 años, residente fiscal en la Comunidad de Madrid, soltera, sin hijos y sin ningún elemento adicional que incida en el cálculo, como discapacidad, plan de pensiones, etc.:

⁴³ Este análisis no estaría completo si no se realizara una revisión del singular caso del ISD español ISD, aprobado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre. Pues, en efecto, de la combinación de los artículos 20 y 21 de la misma se concluye que el tipo de gravamen marginal máximo puede ser del 81,4 %. ¿Es entonces intrínsecamente confiscatorio este nivel de tributación y nadie lo ha planteado nunca como una cuestión constitucional? ¿Es este el elefante en la habitación del sistema tributario en cuanto a confiscatoriedad se refiere? Al margen del nivel absoluto que puede llegar a alcanzar el ISD en este caso, sin duda elevadísimo, existen diferencias notables con los impuestos al patrimonio: (i) el ISD es de devengo instantáneo y no periódico (aunque el TC español parezca opinar lo contrario del IP, en claro error técnico); (ii) el ISD grava un patrimonio que acrecienta *ex novo* el de la contribuyente (los ingleses lo llaman *windfall*) y, por lo mismo, tiene más justificación si se detrae de ese mismo patrimonio nuevo; (iii) el tipo del 81,4 % se da cuando el patrimonio previo del causahabiente es ya muy elevado (por encima de 4.020.000 euros), de modo que se justifica algo mejor el gravamen en estos casos; (iv) los artículos 38 y 39 de la ley contemplan mecanismos generosos de aplazamiento y fraccionamiento del pago del impuesto que hacen menos onerosa la carga total y que eventualmente evitarían o mitigarían la necesidad de realizar bienes del patrimonio heredado para afrontar el pago del tributo.

IRPF:

Únicamente rendimientos netos del capital inmobiliario por 90.000 euros y rendimientos del capital mobiliario por 40.000 euros. Patrimonio neto (inmobiliario al 95 %) valorado en 20 millones de euros. Este patrimonio incluye una vivienda habitual de valor 800.000 euros.

Cuota líquida del IRPF:

- Cuota íntegra correspondiente a la base imponible general: 27.190 euros.
- Cuota íntegra correspondiente a la base imponible del ahorro: 8.280 euros.
- Cuota íntegra total: 35.470 euros.

ITSGF:

La base imponible sería de 19 millones de euros, dado que hay que descontar 700.000 euros de mínimo personal y 300.000 euros de vivienda habitual.

- Cuota previa del ITSGF (antes de aplicar el límite conjunto del art. 3.12.1 de la Ley 38/2022): 442.864 euros.
- Cuota definitiva del ITSGF: 88.573 euros.

A este resultado se llega al aplicar el artículo 3.12.1 de la Ley 38/2022, que limita el impuesto en función de la renta del ejercicio, y se procede por partes.

En este ejemplo sería así:

1. Se calcula la suma de cuotas íntegras de IRPF + IP* + ITSGF ($565.866 = 28.140 + 94.862 + 442.864$).
2. Se compara este monto con el 60 % de la base imponible del IRPF ($78.000 = 130.000 \times 60\%$).
3. Se toma el menor de los dos importes, pero:
4. Se compara con el 20 % de la cuota previa del ITSGF ($88.573 = 442.864 \times 20\%$) y, si este último monto es mayor que el anterior, se toma este último monto.

Luego la cuota del ITSGF sería en este caso de 88.573 euros.

Por tanto, la cuota conjunta del ITSGF + IRPF = 124.043 euros.

Esta cuota conjunta es el 95,41 % de la renta del ejercicio de la contribuyente o, de otro modo dicho, si no deseara realizar ningún activo de su patrimonio, esta persona dispondría de 5.957 euros para gastos después de pagar los impuestos.

* Seguramente por error, el artículo 3.12.1 de la Ley 38/2022 permite que se tenga en cuenta la cuota del IP incluso si no se paga.

Si partimos de la base de que, en una circunstancia como la expuesta, existe un riesgo de confiscatoriedad, en el sentido definido en este trabajo, entonces la pregunta es: ¿en qué medida esta situación afecta a alguna de las cuatro libertades fundamentales del TFUE (libertad de movimiento de personas, capitales, mercancías y servicios)?

De entrada, hay que acotar la discusión a dos de estas libertades en las que existe un riesgo potencial: la libertad de movimiento de personas y la libertad de movimiento de capitales. *A priori*, parece difícil establecer una relación entre la (¿excesiva?) tributación sobre el patrimonio de una persona física y la libertad de movimientos de mercancías o la libre prestación de servicios.

Una vez acotado el análisis a aquellas dos libertades, queda por analizar si se dan las bases legales para que el TJUE pueda entrar a analizar el tema. Dicho de otro modo dicho, para estudiar una cuestión prejudicial (art. 267 del TFUE). Lo cual ha de hacerse a la luz de la norma concreta y, sobre todo, de la jurisprudencia existente.

4.2. La libertad de circulación de capitales y la confiscatoriedad tributaria

El apartado 1 del artículo 63 del TFUE (antiguo art. 56 del TCE) dice: «En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

Debemos insistir en que el TJUE solo debe entrar a valorar eventuales limitaciones o restricciones a la libertad de movimientos de capitales. En esta materia, con relación al ISD, el TJUE ya tuvo ocasión de pronunciarse y ha dejado claro en su jurisprudencia que, cuando existen disposiciones del impuesto que afectan a flujos transfronterizos, se pone en riesgo la libertad de circulación de capitales, aunque afecte a particulares el ISD, y, por tanto, esas disposiciones con contrarias al TFUE. Hasta el punto de que la Comisión analizó y propuso soluciones a estos problemas ligados al ISD, una vez revisada la jurisprudencia del TJUE en la materia⁴⁴. Sin embargo, en todos los casos analizados por el TJUE existe un conflicto transfronterizo, o bien por las reglas discriminatorias en el interior de un sistema, o bien porque no hay coordinación entre las reglas de tributación en la UE, lo que resulta en doble tributación. En este sentido, tratando de extrapolar esta lógica al caso de nuestro ejemplo, y en general a los supuestos en los que se producen riesgos de confiscatoriedad en el seno

⁴⁴ Véase Commission Staff. *Working Paper: «Non-discriminatory inheritance tax systems: principles drawn from EU case-law»*. Accompanying the document «Commission Recommendation regarding relief for double taxation of inheritances» (C(2011) 8819 final) (SEC(2011) 1489 final) (SEC(2011) 1490 final).

de un país, existe poco o ningún margen para considerar que el artículo 63 constituye una base legal para cuestionar los niveles de confiscatoriedad de la imposición directa global.

Esto solo sería el caso si, dentro del ejemplo analizado, se diera algún tipo de discriminación en cuanto a la forma en la que tributan por el IP (y también el ITSGF en el caso español) los bienes, derechos o deudas que constituyen ese patrimonio, según estuvieran situados en España o en el resto de la UE. Este no es el caso de la tributación patrimonial española, que además reconoce las deducciones en cuota por doble imposición internacional (arts. 3.13 de la Ley 38/2022 y 32 de la Ley 19/1991)⁴⁵, salvo que se considere para estos efectos el diferente trato de las deudas de los contribuyentes por obligación real de contribuir (arts. 3.8.3 de la Ley 38/2022 y 9.4 de la Ley 19/1991). Si bien el TJUE tiene establecida la aceptación o respeto a la discriminación por residencia en materia de impuestos directos, con carácter general, con lo que esta discriminación estaría, en principio, justificada.

4.3. La libre circulación de personas y la confiscatoriedad tributaria

Con relación a la libre circulación de personas (art. 21 del TFUE) sí hay argumentos más sólidos para la intervención del TJUE en materia de confiscatoriedad. El artículo 21.1 del TFUE dice: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación». El razonamiento en este caso es el siguiente: si la tributación conjunta sobre la renta y el patrimonio de un país alcanza un nivel tal que hace inviable vivir con la renta generada por la contribuyente en el ejercicio, esta contribuyente tendrá que cambiar de residencia; esto pondría en riesgo el derecho de un ciudadano a residir libremente en ese territorio. En efecto, si se vuelve al

⁴⁵ El único elemento en el que hay un riesgo de este tipo en la normativa española es por el tratamiento de la empresa familiar. Pero es un supuesto estrictamente español y, en principio, difícilmente extrapolable como doctrina general. Si bien podría dar lugar a que el TJUE entrara a analizar el fondo del asunto (es decir, los niveles de tributación final), más probablemente como *obiter dictum* a la posible sentencia. En efecto, en este supuesto se combinan dos elementos: (i) el hecho de que la empresa familiar está exonerada del IP/ITSGF español (arts. 3.4 de la Ley 38/2022 y 4.8 de la Ley 19/1991), y (ii) el que admite que una parte no menor del «activo» de las empresas familiares –exento, por lo tanto– no esté afecto a la actividad productiva, es decir, sea puro patrimonio «pasivo». En la medida en que ese patrimonio «pasivo» no tributa, y que la exención de la empresa familiar beneficia de facto a titulares españoles, se podría aplicar el razonamiento del caso Sotgiu (asunto C-152/73, véase la nota al pie n.º 29) y llegar a la conclusión de que los capitales invertidos en diversos lugares de la UE por personas físicas que no dispongan de una empresa familiar quedan discriminados respecto de aquellos invertidos por residentes españoles que puedan beneficiarse de la exención de una empresa familiar. Estamos, pues, ante un problema de discriminación, y no de confiscatoriedad, si bien la discriminación se produce por la voracidad del impuesto español (3,5 % de marginal).

ejemplo 1, la contribuyente dispone de menos de 6.000 euros de su renta del ejercicio para subvenir a sus necesidades. Un presupuesto notablemente inferior a lo necesario, pues el umbral de riesgo de pobreza en España, de acuerdo con la *Encuesta de condiciones de vida* de 2021 del INE, es de 9.535 euros⁴⁶.

También se podría esgrimir que, dado que esta contribuyente es rica (tiene un patrimonio de 20 millones de euros), siempre puede vender parte de su patrimonio para generar suficientes recursos para asegurar su modo de vida. En el fondo, si todo impuesto sobre el patrimonio está pensado para corregir las desigualdades, el que la contribuyente se descapitalice forma parte de los objetivos de política tributaria del tributo. El problema es que esto pone en riesgo el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 17.1 de la CDFUE:

Artículo 17. Derecho a la propiedad.

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

Llegados aquí, debemos, por tanto, analizar dos cuestiones: (i), si es, en efecto, aplicable el artículo 21 del TFUE al caso de autos; (ii), si, derivado de los efectos de la aplicación del derecho de la Unión (las libertades del tratado en este caso), resulta posible aplicar e interpretar el artículo 17 de la CDFUE, que además no menciona los tributos, al supuesto concreto que nos ocupa.

4.3.1. ¿Es aplicable el artículo 21 del TFUE a un caso de confiscatoriedad en tributación directa?

La pregunta es si realmente está en juego la libertad de circulación de las personas. En principio, a nadie se le impide ni la llegada ni la salida de un país porque el nivel, individual o colectivo, de la presión fiscal del mismo sea sofocante. Pero se trataría de explorar la idea de los efectos «de facto» de una normativa sobre una libertad del tratado: toda residente fiscal en España que se hallare en una tesitura como la del ejemplo 1 quedaría, de hecho, impelida a cambiar su residencia para evitar satisfacer la exorbitante carga del impuesto mínimo sobre el patrimonio (o ITSGF) del 20 % de la cuota. De otro modo dicho, la situación

⁴⁶ Véase https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925455948&p=%2F&pagenam e=ProductosYServicios%2FPYSLay out¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888#:~:text=Como%20 valores%20ilustrativos%2C%20seg%C3%BA n%20la,el%20estimado%20en%20el%20a%C3%B1o

de facto que se crea contra las residentes fiscales españolas con mucho patrimonio y relativamente poca renta es la de poner en entredicho su libertad de residir en España.

A esta tesis se opone una jurisprudencia reiterada de que las disposiciones del tratado relativas a la libre circulación de personas no pueden aplicarse a situaciones puramente internas a un Estado miembro (recogida, por ejemplo, en el caso Asscher, asunto C-107/94, parágrafo 32). Pero en esta misma sentencia se admite una excepción:

Aunque no es menos cierto que el alcance del artículo 52 del Tratado no puede interpretarse de manera que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario a los propios nacionales de un Estado miembro determinado cuando éstos, por su propio comportamiento, se encuentran, respecto del Estado miembro del que son originarios, en una situación equiparable a la de cualquier otro sujeto que goza de los derechos y de las libertades que garantiza el Tratado.

Cabe plantearse si una nacional española como la descrita en el ejemplo 1 no se encuentra en una situación equiparable a cualquier ciudadano europeo, en el sentido de poder residir donde decida, dentro de la UE, sin que ello deba afectar a su derecho de propiedad. Más dudoso es que esto se dé en nuestro caso «por su propio comportamiento» (en el caso Asscher, esta cuestión del comportamiento activo del contribuyente, desplazándose de Países Bajos a Bélgica, era pertinente), pero no es del todo imposible entender que el «comportamiento» en nuestro caso consiste en tener un patrimonio de una forma (inmuebles) frente a otra (acciones de una empresa familiar, por ejemplo) y también que una nacional española tiene un «comportamiento lógico» pretendiendo residir en España.

4.3.2. Aplicación de la CDFUE

El razonamiento aquí debe partir de la idea de que una persona con unos niveles de tributación conjunta (renta + patrimonio) del 95 % o similar que no desee o no pueda cambiar su residencia se va a ver normalmente obligada a realizar patrimonio para hacer frente a sus obligaciones tributarias del ejercicio. Entonces, cabe preguntarse si, para salvar el derecho a la libre elección de la residencia, un súbdito comunitario debe renunciar a la protección de su derecho de propiedad (art. 17 de la CDFUE, ya citado). Y en este caso, si, a la hora de aplicar el artículo 21 del TFUE, debe tenerse en cuenta el artículo 17 de la CDFUE. A nuestro juicio, el razonamiento debe empezar por el tenor literal del artículo 51 del TFUE, cuando dice:

Artículo 51. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad,

así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

El problema se encuentra en la expresión «únicamente cuando apliquen» (en otras versiones lingüísticas se usa «implementar/*implement*»), que deja poco margen de maniobra, pues, en su sentido literal, la aplicación (y no digamos la implementación) del derecho de la Unión se extiende a la trasposición de directivas y acaso a algún desarrollo de reglamentos de la UE. No abarcaría nada más.

Sin embargo, siguiendo a Pistone (2014), la jurisprudencia del TJUE abrió una puerta a la interpretación del concepto de «aplicación» («implementación») del derecho de la Unión por medio de la sentencia Åkerberg Fransson (asunto C-617/10). En efecto, después de toda una digresión en torno a la pérdida progresiva de soberanía tributaria de los Estados miembros de la UE (y en general de todos los Estados –si pensamos en otros fenómenos de convergencia tributaria global como la transparencia fiscal o BEPS–), en particular en materia de tributación directa (apdo. 3 del capítulo 5 de Pistone, 2014), el autor citado profundiza en el concepto de «aplicación» del derecho de la UE a partir de la sentencia citada. En esencia, concluye que la misma amplió la interpretación de la idea de aplicación del derecho de la UE a:

los casos en que un Estado miembro debe cumplir con los límites de su soberanía tributaria establecidos por las reglas de la Unión en materia de libertades fundamentales o las prohibiciones de Ayudas de Estado [tanto como la trasposición de directivas]⁴⁷.

En definitiva, trasladado al asunto que nos ocupa, como estaría en juego una libertad del tratado, la normativa del Estado miembro debe ser respetuosa con la CDFUE. La cuestión es que esto no parece llevarnos muy lejos, porque esta disposición, a diferencia de lo que hace el inciso 2 del artículo 1 del protocolo adicional del CEDH⁴⁸, no menciona los tributos como una forma de «interferencia legítima» sobre la propiedad. Pero, en realidad, es posible que sea justo lo contrario, porque esta falta de mención a lo tributario en el artículo 17 de la CDFUE ha sido interpretado por la doctrina (Pistone, 2014, apdo. 5.5.2) como la

⁴⁷ En el mismo sentido, Sarmiento (2013, pp. 1276 y ss.).

⁴⁸ Lo recordamos aquí:

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

voluntad consciente del artículo 17 de la CDFUE de asegurar una protección más intensa del derecho a la propiedad (que si hubiera mencionado expresamente la posibilidad de que este hubiera sido alterado o afectado por la carga impositiva). No se olvide que la CDFUE nace con esta vocación superadora del CEDH ex artículo 52.3 de la CDFUE (véase la cita textual en la nota al pie n.º 19).

Además, no se puede olvidar que el protocolo adicional (art. 1) del CEDH, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, establece claramente que, dependiendo de varios factores, los tributos pueden ser contrarios al derecho de propiedad (véase el epígrafe 3), y esto se incorpora al acervo de la UE por virtud del artículo 52.3 citado.

La última cuestión que cabe apreciar aquí ya no sería, entonces, si está en juego una libertad del TFUE, o si es de aplicación la CDFUE, sino hasta qué punto un nivel de tributación exorbitante, pero que no agota el 100 % de la renta, ni desde luego del patrimonio, de una ciudadana comunitaria puede ser considerado como atentatorio contra el derecho de propiedad de esa persona. A este respecto, la sensibilidad o tolerancia del TJUE es imposible de prever, pues, entre la regla del TC alemán del *Halbteilungsgrundsatz* y la necesidad de confiscar el 100 % del patrimonio de una persona para hablar de confiscatoriedad (STC 149/2023) hay un mundo de posibilidades y además deberá tenerse en cuenta la sensibilidad del TEDH en la materia⁴⁹.

Pero, antes de terminar, y como apuntamos en el epígrafe 4.1.2, debemos agotar el análisis de la hermenéutica jurídica del TJUE y, como sabemos, no solo se plantea si una libertad puede ser conculcada y en qué medida, sino también lo siguiente: si existe tal contravención, ¿podría estar justificado ese riesgo en virtud de algún elemento «exculpatorio», como puede ser la coherencia del sistema tributario u otros?

Sobre esta cuestión no hay realmente ninguna base jurisprudencial previa en la que podamos apoyarnos para alcanzar nuestras conclusiones, pero quizá convenga hacer estas reflexiones: (i) los impuestos adicionales al impuesto sobre la renta que inciden sobre la renta del ejercicio de una contribuyente no dejan de ser tributos marginales en su recaudación, y formalmente autónomos, entre sí y con respecto al IRPF, por lo que

⁴⁹ Sobre este último punto, Gerverdinck (2020, p. 98) hace un cálculo de los límites de tributación final en los que el TEDH se pronunció contra un impuesto establecido por Hungría sobre las indemnizaciones a determinados funcionarios, por considerar que contravenía el artículo 1 del protocolo adicional del CEDH. Si bien el TEDH realiza muchas consideraciones que llevarían a matizar las puras conclusiones cuantitativas, se transcriben aquí estos niveles cuantitativos a título ilustrativo: en la STEDH R. Sz. contra Hungría, de 2 de julio de 2013 (demanda n.º 41838/11), consideró contrario al derecho de propiedad una tributación efectiva final del 73 % de la renta obtenida por indemnizaciones; en la STEDH Gall contra Hungría, de 25 de junio de 2013 (demanda n.º 49570/11), la tributación efectiva que atentaba al derecho de propiedad fue del 60 %, y en la STEDH N. K. M. contra Hungría, de 14 de mayo de 2013 (demanda n.º 66529/1), este nivel era del 73 % de la renta.

parece difícil que su modificación (o moderación) pueda afectar a la coherencia del sistema tributario (véase el epígrafe 4.1), y (ii) tampoco existe un problema de control tributario en este caso.

5. Conclusión

Este trabajo parte de las tradiciones jurídicas europeas más asentadas, influyentes y respetadas, y analiza el recorrido del TEDH sobre el grado en el que los impuestos (esencialmente directos) pueden incidir en la propiedad privada de un individuo y, en concreto, en su renta del ejercicio. Por consiguiente, se observa, en primer lugar, que han surgido en Europa, y aún pueden ampliarse, diferencias apreciables en cuanto al grado en el que la imposición directa afecta la renta del ejercicio de las personas físicas, y que estas diferencias no solo no serían saludables desde el punto de vista de la armonización fiscal en sentido amplio (si bien ese es otro debate, esencialmente económico), sino que pueden llegar a atentar contra la libertad de movimiento de la personas en la UE, condicionando su residencia. Este artículo plantea que es posible (además de probablemente deseable) que el TJUE, sobre la base de los artículos art. 21 del TFUE y 17 de la CDFUE, entre a valorar situaciones de tributación exorbitante o confiscatoria y, por lo tanto, a plantear una armonización indirecta de la materia, como ha hecho en otros varios campos de la fiscalidad directa. Esto sería de especial interés en el caso español, pues el análisis muestra que su «deriva jurisprudencial» es la más amplia.

Referencias bibliográficas

- Chico de la Cámara, P. (2008). La regla de la no confiscatoriedad como límite a la tributación medioambiental. En F. Becker Zuazua, L. M.^a Cazorla Prieto y J. Martínez-Simancas Sánchez (coords.), *Tratado de tributación ambiental* (vol. 1, pp. 161-185). Thomson Reuters.
- Gerverdinck, T. C. (2020). *Eigendomsgrondrecht en belastingen (Derecho inmobiliario y fiscalidad)* [tesis doctoral]. Universiteit van Amsterdam. <https://pure.uva.nl/ws/files/48001872/Proefschrift.pdf>
- Gribnau, H. y Dusarduijn, S. (2022). Constitutional Taxation in the Netherlands. *Review of International and European Economic Law*, 3(2), 169-197. <https://www.rieeel.com/index.php/rieeel/article/view/47/46>
- Kaldor, N. (1963). *Impuesto al gasto*. FCE.
- Moreno Fernández, J. I. (2019). La prohibición de confiscatoriedad como límite al tributo. *Revista Técnica Tributaria*, 1(124), 15-30.
- Pezet, F. (2013). Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises. *Revue de Droit Fiscal*, 22, 25-33. Lexis Nexis.
- Pistone, P. (2014). The EU Law Dimension of Human Rights in Tax Matters. En C. Brokelind (ed.), *Principles of Law: Function*,



Status and Impact in EU Tax Law (cap. 5, pp. 91-150). IBFD.

Sánchez-Caballero, L. (2017). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la armonización fiscal. *Cuadernos de Formación*, 21. Instituto de Estudios Fiscales.

Sarmiento, D. (2013). Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe. *Common Market Law Review*, 50, 1267-1304. Kluwer Law International.

Fernando Velayos. Abogado y economista por la UCM de Madrid e inspector de Hacienda desde 1992. En la actualidad, y desde 2004, es consultor internacional de política y administración tributaria y trabaja para diversos organismos internacionales (FMI, Banco Interamericano, Banco Mundial, etc.).