

EL IMPUESTO EUROPEO SOBRE LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS: UN DEBATE ABIERTO

Ignacio Javier López Bustabad

Personal Investigador en Formación.

Universidad de A Coruña

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Diego MARTÍN-ABRIL CALVO, doña Pilar ÁLVAREZ BARBEITO, don Vicente DURÁN RODRÍGUEZ, don Pedro Manuel HERRERA MOLINA y doña Gloria MARÍN BENÍTEZ.

EXTRACTO

Al amparo de los perniciosos efectos de la crisis financiera, la Comisión Europea ha decidido apostar por un impuesto sobre las transacciones financieras que cristalizó en la Propuesta de Directiva de 2013. Con el fin de alcanzar los objetivos propuestos, se plantean una serie de criterios de conexión de naturaleza territorial y económica, entre los que destacan el principio de la contraparte y el del lugar de emisión, siendo estos cuestionados no solo por cierta parte de la doctrina científica, sino también por algunos Estados miembros e instituciones comunitarias que han denunciado los efectos ilegales. Así, se ha suscitado un intenso debate sobre la legalidad de tales criterios que permanece abierto, por lo que merece especial atención.

Palabras claves: Impuesto sobre las Transacciones Financieras, Derecho de la Unión Europea y legalidad.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015 / Fecha de revisión: 27-04-2016

THE EUROPEAN FINANCIAL TRANSACTION TAX: AN OPEN DEBATE

Ignacio Javier López Bustabad

ABSTRACT

On the basis of effects of the financial crisis, the European Commission has tabled a Proposal for a Financial Transaction Tax. For the purpose of achieving the objectives, the Proposal contains a number of connecting factors, including the counterparty and issuance principle. These principles have been questioned by several academics, even the United Kingdom has brought an action before the Court of Justice of the EU, and Community Institutions have reported on their illegal effects. Thus, an intense debate has emerged on the legality of these connecting factors.

Keywords: Financial Transaction Tax, EU Law and legality.

Sumario

- I. Introducción
- II. Planteamiento: De la tasa Tobin a la propuesta europea de un impuesto sobre las transacciones financieras
- III. La Propuesta de Directiva de 14 de febrero de 2013
- IV. Análisis de la legalidad del impuesto sobre las transacciones financieras a la luz del Derecho de la Unión Europea
 - 4.1. El principio de no discriminación fiscal y la libertad de circulación de capitales
 - 4.2. El principio de libre competencia. Otros posibles puntos de conflicto

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de un lustro, fruto de la crisis financiera de 2007-2008, volvió a introducirse en la escena política y académica la idea de establecer un impuesto sobre el sector financiero en un marco global. Como se puede entrever no es la primera vez que esta posibilidad se somete a debate, siendo las sucesivas crisis económicas las que, como caldo de cultivo, han despertado el interés de los Ejecutivos y de la comunidad científica por tratar de adoptar un impuesto sobre las actividades financieras.

Sin embargo, son múltiples los factores y elementos que hacen que la crisis actual difiera de las anteriores, y que explican por qué en estos momentos el impuesto sobre las transacciones financieras (en adelante ITF) alcanza una importancia capital. Así, se concibe como una herramienta fiscal destinada a desincentivar las operaciones especulativas que propiciaron la crisis financiera, dotando al sistema de mayor estabilidad y evitando crisis futuras. Pero también se destacan sus cualidades como medida de justicia tributaria, sirviendo para sufragar los cuantiosos recursos públicos destinados a rescatar al sector financiero. Y por último, responde a un instrumento de equidad fiscal de forma que no solo sean los ciudadanos y los demás sectores económicos los que resulten gravados a fin de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Como hemos dicho, se trata de una cuestión continua a lo largo de la Historia moderna, y por ello, la primera parte del presente trabajo tiene como objetivo nuclear trazar el *iter* seguido a nivel internacional y comunitario, destacando los principales hitos en los que se fraguó el debate sobre el ITF. Dicho recorrido pondrá de manifiesto que la exacción sobre las transacciones financieras no responde a una idea novedosa, sino que se manifiesta como opción fiscal recurrente ante las sucesivas crisis económicas, proponiéndose múltiples opciones, ninguna de las cuales ha llegado a implementarse por no alcanzar el consenso necesario.

Lo anterior es predicable de la propuesta europea actual, que si bien goza del apoyo coordinado de los Estados de mayor peso económico de la Unión, con la salvedad del Reino Unido, son motivos político-económicos, pero también jurídicos, los que obstaculizan el éxito de la medida. Por ello, resulta interesante profundizar en las razones técnico-jurídicas que empecen el establecimiento efectivo del tributo a analizar.

Así las cosas, pasaremos a centrarnos en el ámbito territorial de aplicación establecido en el artículo 4 de la Propuesta de 2013, por contener algunas previsiones que polarizarán el debate, en concreto, el llamado «principio de la contraparte» y el «principio de emisión». Y ello porque estos dos principios no solo han abierto un amplio debate doctrinal, sino que además de ser rechazados por algunos Estados miembros, han sido objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y de discusión entre los Servicios jurídicos del Consejo de la UE y de

la Comisión Europea. Así, al calor del debate judicial, institucional y doctrinal, se suscitan dudas en cuanto a su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Por último, trataremos de apuntar algunos otros puntos de conflicto como los efectos distorsionantes que el ITF podría ocasionar a la competencia, su relación con el principio de neutralidad, o la problemática en torno a la cláusula de excepción del artículo 4.3 de la Propuesta de Directiva.

En suma, se trata de arrojar un poco de luz a cuestiones polémicas que han contribuido en la actualidad a mantener vivo el debate, suscitándose en el seno de la Unión Europea y de la doctrina científica airadas controversias sobre el tema a analizar¹.

II. PLANTEAMIENTO: DE LA TASA TOBIN A LA PROPUESTA EUROPEA DE UN IMPUESTO SOBRE LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS

Interesa principiar este epígrafe trayendo a colación los postulados de John M. KEYNES² asumidos, *a posteriori*, por James TOBIN³ por ser sustrato que nutrirán los debates posteriores. Si bien es cierto que las condiciones socioeconómicas globales han mutado significativamente desde la propuesta Tobin, advirtiéndose notables distingos entre las propuestas actuales y la originaria,

¹ Dan testimonio de que el debate sobre esta cuestión continúa desde la Propuesta de Directiva de 14 de febrero de 2013, la nota de prensa que informa de los resultados de la reunión del ECOFIN de 9 de diciembre de 2014 (n.º del documento 16630/14) en la que se reconoce la necesidad de una mayor reflexión sobre los efectos de los principios de residencia y de emisión en el ámbito del ITF, o el Programa de trabajo de la Presidencia letona para el ECOFIN de 19 de enero de 2015, en el que se recoge la voluntad decidida por proseguir con la implementación de la Propuesta de Directiva por la que se establece la cooperación reforzada en el ámbito del ITF (5335/15, ECOFIN 29). Asimismo, es claro exponente de que el debate sobre el futuro ITF continúa abierto, la nota de la Presidencia para el ECOFIN, de 29 de noviembre de 2015 (n.º del documento 14415/15 FISC 168 ECOFIN 912), en la que se pone de relieve la discusión existente sobre los elementos esenciales del ITF, en particular, el ámbito de aplicación territorial del impuesto. A este respecto, se reconoce que la aplicación de los principios de emisión y de residencia está siendo una cuestión intensamente discutida, estando sometido aun a debate cómo se podría combinar tales principios a la hora de definir el ámbito de aplicación del ITF.

Recientemente, diez de los once Estados miembros partidarios de introducir un ITF mediante el mecanismo de la cooperación reforzada (a excepción de Estonia que ha abandonado el proyecto de la cooperación reforzada) han declarado cuáles deberían ser los principios que informen el futuro ITF, reafirmando los cuestionados principios de emisión y de la contraparte. A este respecto, aunque los Estados participantes vienen a confirmar los principios basilares que deberían informar el futuro ITF (declarando expresamente que se ha seguir con la propuesta de la Comisión en lo que concierne al ámbito territorial de aplicación, e incluyendo los cuestionados principios de emisión y de la contraparte), se subraya que, a la luz de las controversias suscitadas y de la oposición de algunos Estados miembros, los sucesivos trabajos deberán continuar en el seno del Consejo, a fin de obtener resultados satisfactorios para todos los Estados miembros participantes y no participantes (véanse las Conclusiones de la Reunión del Consejo de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2015, n.º 15068/15, Lengua del documento: inglés, francés).

² KEYNES, J. M.: *General theory of employment, interest rates and Money*, Harcourt Brace & World, 1936.

³ TOBIN, J.: «A proposal for international monetary reform», en *Eastern Economic Journal*, 4, 1978.

los planteamientos de ambos autores, no solo son el germen de los sucesivos posicionamientos político-académicos, sino que sus propuestas y las actuales participan de un propósito nuclear, a saber, minimizar la especulación de los mercados financieros.

Así, el espíritu que insufla los planteamientos actuales se cohonesta con los postulados de los citados autores al entender el tributo como una medida fiscal dirigida a combatir las transacciones especulativas, lo que introduciría una mayor estabilidad en los mercados. Comparten también otros aspectos, *ad exemplum*, se propone un tipo impositivo reducido, se resalta su potencial recaudador y se aspira a un tributo de carácter global.

No obstante, concurren notables divergencias entre las propuestas, como el ámbito de aplicación. Por una parte, TOBIN se interesa por un tributo sobre las transacciones monetarias internacionales, mientras que las propuestas actuales exceden sobremanera de ese escueto ámbito de aplicación, proponiendo que se grave el conjunto de las actividades o transacciones financieras⁴.

Lo anterior no resulta baladí porque serán estos aspectos lo que polarizarán, de forma capital, los futuros debates académicos y políticos a nivel internacional, asumiéndose posiciones diametralmente opuestas a favor o en contra de la exacción objeto de análisis.

No obstante, si bien es cierto que a propósito de cada una de las crisis que se fueron sucediendo a lo largo del siglo XX emergía esta figura fiscal como parte de las soluciones a adoptar⁵, la crisis económico-financiera actual introduce un elemento distintivo central.

El componente social se instaura como eje basilar del debate en detrimento de los aspectos técnicos. En otras palabras, el desgaste de los Estados, y en especial el empobrecimiento injusto de una ciudadanía conminada a sufragar los desmanes del sector financiero, provocan un giro de tuerca en el debate político, focalizándose inicialmente ya no tanto en las objeciones técnicas que pudieran plantearse, sino en dar respuesta a los problemas sociales que la actuación de un sector descontrolado había generado. Por lo tanto, se cristaliza en el ideario de los distintos foros internacionales y europeos la idea de que el sector financiero ha desempeñado un papel fundamental en el desencadenamiento de la crisis, pero han sido los poderes públicos y los ciudadanos en su conjunto quienes han tenido que soportar los costes de la misma.

En este sentido, la virulencia de la crisis sobre los sectores más débiles de la población ha modulado el discurso adquiriendo, en una etapa inicial, una dimensión más social que económica, planteándose que los fondos obtenidos podrían emplearse para llevar a cabo futuros rescates bancarios cuando fueran necesarios y, de este modo, el coste de estos rescates no tendría que ser paga-

⁴ Un estudio más profuso de los antecedentes históricos de este tributo lo encontramos en KITOMILIDES y GONZÁLEZ, A. R.: «The EU Financial Transaction Tax: Antecedents and current debate», en *Panoeconomies*, 3, 2013, págs. 311-321.

⁵ GONZÁLEZ MÉNDEZ, A.: «La crisis económica y financiera de la Unión Europea y el Impuesto sobre Transacciones Financieras. Su contribución al objetivo de estabilidad», en *Crónica Presupuestaria*, n.º 1/2013, pág. 288.

do directamente por los ciudadanos mediante sus impuestos, sino que sería soportado por el propio sector financiero.

Es expresivo de este cariz social que caracteriza al debate inicial el propio título del informe que el G20 solicita, tras la reunión de PITTSBURG (2009), al Fondo Monetario Internacional intitulado «Una contribución justa y sustancial por parte del sector financiero». Podríamos convenir que, a partir de este momento, comienza a gestarse, nuevamente, un interés sustancial por un ITF. Así las cosas, el Consejo Europeo, en la reunión celebrada los días 10 y 11 de diciembre de 2009, lanza una petición análoga al Fondo Monetario Internacional, con mención expresa de «una tasa mundial sobre transacciones financieras»⁶.

Posteriormente, el Comité Económico y Social Europeo presentó el 18 de febrero de 2010 un dictamen de iniciativa sobre el ITF⁷ y el Parlamento Europeo adopta el 10 de marzo de 2010 una resolución sobre una financiación innovadora a escala mundial y europea, que además pueda contribuir al presupuesto de la UE⁸.

Entre medias del debate político-institucional, académicos y organizaciones de la sociedad civil⁹ empiezan a poner el acento en la oportunidad de introducir un impuesto de estas características. Son múltiples los razonamientos que se apuntan en el seno de los foros internacionales en los que se trata este tema. A modo de ejemplo, se arguye que un ITF operaría de escudo protector ante los riesgos sistémicos del sector financiero, supondría un medio de salvaguardarse de futuras crisis financieras y de compensar al sector público por los rescates financieros, ayudaría a redistribuir equitativamente la riqueza y pondría fin a la infratributación del sector.

Esta plétora de bondades que se anudan a la introducción de un ITF asumidas no solo por los más autorizados académicos, sino, lo que es más importante, por los máximos representantes políticos e institucionales, hacía vislumbrar la implementación exitosa del tributo.

Sin embargo, en la reunión del G20 en Toronto, celebrada el 26 y 27 de junio de 2010, se comprueban las reticencias de algunos Estados que sostenían planteamientos diferentes¹⁰, lo que en cierta medida enfría el súbito ímpetu del debate en torno al ITF.

⁶ Conclusiones del Consejo Europeo de 11 de diciembre de 2009 (EUCO 6/09).

⁷ Dictamen de iniciativa sobre el ITF (2011/C 44/14).

⁸ Resolución del Parlamento Europeo en la que solicita a la Comisión y al Consejo diseñar un ITF cuyos ingresos permitieran financiar la cooperación al desarrollo, ayudar a los países en desarrollo en la lucha contra el cambio climático, así como contribuir al presupuesto de la UE.

⁹ Sobresalen organizaciones e iniciativas, tales como, *Robin Hood Tax*, *Tax Justice Network* o la Coalición de Europeos para la Reforma Financiera que urge al G20 a dar pasos certeros a la hora de introducir un ITF.

¹⁰ Es ilustrativa de este vaivén político la propia postura del Reino Unido en lo concerniente a este impuesto. Téngase presente que es el Reino Unido, comandado por su entonces Primer Ministro, Gordon Brown, el que insta inicialmente al G20 a analizar esta cuestión, y, posteriormente, tras el cambio ideológico del Gobierno, se convierte en el más férreo combatiente en contra de este tributo.

La reunión del G20 en Cannes, en fecha de 3 de noviembre de 2011, no logra consensuar una postura uniforme entre los distintos Estados sobre la necesidad de implantar un ITF. Ahora bien, podemos advertir de que, en la actualidad, el debate no ha fenecido por completo, sino que continúan apareciendo iniciativas tanto a nivel comunitario como internacional¹¹.

Advertidos los recelos de numerosos Estados a la hora de implantar un ITF, y huérfana de los apoyos internacionales que la ejecución de una medida fiscal de este calibre requiere, la UE, forzada por el propósito de Alemania y Francia, decidió asumir el protagonismo. Es llamativo, sin embargo, el viraje que la Comisión protagoniza respecto del ITF, aseverando, en un primer momento, que tal tributo contravendría el Derecho de la Unión¹² y asumiendo, posteriormente, en el curso del debate, una defensa numantina de la compatibilidad del ITF con las libertades comunitarias.

En octubre de 2010, la Comisión focalizó su estudio sobre las ventajas e inconvenientes de las dos principales figuras propuestas por el Fondo Monetario Internacional: un impuesto sobre la actividad financiera y un impuesto sobre las transacciones financieras, sin llegar a apostar por ninguno de ellos. En lo concerniente al ITF, la Comisión ahonda en cuestiones capitales, tales como la redistribución de la renta, el potencial de ingresos, la estabilización de los mercados, la merma de la negociación especulativa a corto plazo o los efectos perniciosos de deslocalización y elusión fiscal¹³.

A renglón seguido, la Comisión abunda sobre esta cuestión en su Comunicación de 19 de octubre de 2010, inclinándose hacia la creación de un impuesto comunitario sobre las actividades financieras¹⁴.

Empero, el Parlamento Europeo, por medio de su Resolución de 8 de marzo de 2011¹⁵, fija la postura del debate. En primer lugar, propone la creación de un impuesto que «mejoraría el funcionamiento de los mercados al reducir la especulación» y que «contribuiría a financiar bienes públicos mundiales y a reducir los déficits públicos». En segundo lugar, y sin renunciar preferentemente a su introducción a escala mundial, considera que, en su defecto, «la UE debe aplicar un ITF a escala europea, como primer paso», y urge a la Comisión a que presente iniciativas legislativas concretas en este sentido.

¹¹ Es exponente de que el debate sobre el ITF aún mantiene notable trascendencia el hecho de que en el seno del Congreso de los Estados Unidos de América se continúe proponiendo un impuesto sobre transacciones con acciones, bonos y derivados (HR 1579-113 US Congress, de 16 de abril de 2013).

¹² *Vid.* respuestas a las preguntas E-2699/2004 y H-0264/01.

¹³ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Fiscalidad del Sector Financiero, de 7 de octubre de 2010 (COM/2010/0549/final).

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y los Parlamentos Nacionales, sobre la Revisión del Presupuesto de la UE, de 19 de octubre de 2010 [COM (2010) 700 final], págs. 29 a 32.

¹⁵ Resolución de 8 de marzo de 2011, sobre una financiación innovadora a escala mundial y europea.

Así pues, la Comisión, siguiendo la estela marcada, elabora la Propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2011¹⁶. Dicha propuesta trató de consensarse en el seno de la UE, sin embargo, nos topamos, nuevamente, ante la negativa de diversos Estados miembros, que rechazaron, airadamente, la posibilidad de establecer un tributo armonizado en todos los países de la Unión. Ante tales circunstancias, se impulsa la génesis de una cooperación reforzada entre los miembros partidarios, resultando, tras los trámites oportunos, la Propuesta de Directiva de 14 de febrero de 2013¹⁷.

Llama la atención, en este punto, la premura inicial que la Unión tuvo en lo tocante a la implantación de un ITF europeo. Así, el *iter* seguido por las instituciones europeas comprende una concatenación sucesiva de acciones concretas¹⁸ que ponían de manifiesto la férrea convicción de algunas instituciones comunitarias por establecer un impuesto a las transacciones financieras. Sin embargo, actualmente, aunque el debate sigue abierto, concurren múltiples razones de índole política, económica y jurídica que obstaculizan la implementación efectiva del ITF.

III. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 14 DE FEBRERO DE 2013

Con carácter previo, conviene poner de manifiesto que la actual propuesta de directiva se cimienta en la mayoría de sus previsiones sobre la anterior Propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2011.

En síntesis, el texto actual plasma, casi con plena literalidad, las consideraciones de la propuesta primitiva, especialmente, en lo referente al ámbito de aplicación y a los objetivos, entre los que destacan, asegurar una contribución justa de las entidades financieras a los gastos generados por la crisis¹⁹, lograr una mayor eficiencia y estabilidad de los mercados financieros, desincenti-

¹⁶ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un sistema común de ITF y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE. Dicha propuesta fue ratificada por el Comité de las Regiones, y por el Comité Económico y Social Europeo por medio de sus Dictámenes de 15 de febrero y 29 de marzo de 2012, respectivamente, y por el Parlamento Europeo a través de su Resolución legislativa de 23 de mayo de 2012.

¹⁷ Propuesta de Directiva del Consejo de 14 de febrero de 2013, por la que se establece una cooperación reforzada en el ámbito del Impuesto sobre Transacciones Financieras. Los Estados miembros participantes son: Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia y Portugal.

¹⁸ Publicación por la Comisión de la Propuesta de Directiva (28 de septiembre de 2011), debate por el Consejo fiscal de los aspectos técnico-prácticos de un ITF europeo (5 de diciembre de 2011); acuerdo favorable de nueve Estados miembros sobre el procedimiento de cooperación reforzada (7 de febrero de 2012); solicitud de Francia y Alemania a la Comisión de una propuesta de Directiva para la introducción de un ITF a través de una cooperación reforzada (29 de septiembre de 2012); apoyo de la Comisión al mecanismo de cooperación reforzada (23 de octubre de 2012); aprobación por el Consejo del mecanismo de cooperación reforzada (22 de enero de 2013); Decisión 2013/52/UE; publicación de la Propuesta de Directiva (14 de febrero de 2013).

¹⁹ No obstante, algunos autores y el propio Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea han puesto de manifiesto que no todas las entidades financieras han contribuido de forma igual a la crisis por lo que, en el supuesto de «entidades inocentes», efectivamente gravadas, no habría un vínculo o nexo directo entre la causa y la consecuencia.

vando las prácticas especulativas²⁰, armonizar la legislación relativa a la fiscalidad indirecta sobre las transacciones financieras y contribuir al buen funcionamiento del mercado interior evitando su fragmentación y la deslocalización de las transacciones.

Abundando en lo anterior, la propuesta tiene como objetivo estabilizar los precios, mitigar la volatilidad de los mercados y asegurar el funcionamiento del mercado interior. Empero, no faltan voces discrepantes²¹ que apuntan que tal objetivo no sería admisible porque se trata de un argumento excesivamente genérico que podría justificar numerosas restricciones a las libertades. Recuérdese que, en ese sentido, el TJUE ha rechazado la posibilidad de justificar restricciones con base en objetivos de carácter general contenidos en el tratado por la inseguridad jurídica que genera.

Por otro lado, se mantiene el establecimiento de la entidad como criterio de conexión así como la regulación de la base imponible, los tipos impositivos y el obligado tributario.

Al igual que en la propuesta original, el ITF tendrá tipos bajos, una amplia base imponible y redes de seguridad frente a la posibilidad de relocalización del sector financiero. Del mismo modo, será aplicable el «principio de residencia», que implica el devengo del impuesto si alguna de las partes de una transacción está establecida en un Estado miembro participante, con independencia del lugar en donde se realiza. Esto ocurre, tanto si la entidad financiera que participa en la transacción está establecida en la zona de aplicación del ITF, como si actúa en nombre de una parte establecida en dicho territorio.

Sin embargo, no podemos compartir esta opinión en la medida en que no se trata de exigir responsabilidades jurídicas al sector financiero por las consecuencias nefastas de la crisis económica, a través del impuesto que habrían de soportar, sino que la implementación de un ITF ha de ser examinada desde una perspectiva de justicia tributaria. Cuando se dice que el ITF estaría destinado a obtener del sector financiero una contribución justa y sustancial a la financiación pública de los costes generados por la crisis económica, no se está imputando culpabilidades, sino que hace referencia, sencillamente, a que es justo, razonable y equitativo que este sector, al igual que lo hacen otros colectivos económicos, contribuya al sostenimiento de los presupuestos que sufragan los bienes y servicios públicos.

²⁰ Se discute si realmente el ITF es un mecanismo idóneo destinado a resolver los principales problemas que manifiesta el sector financiero y que se muestran como las causas fundamentales de la crisis financiera. De ahí que la crítica comience por aseverar que el ITF resulta una medida fiscal totalmente ajena a los elementos que han sido identificados como las causas de la crisis. Por ejemplo, se denuncia que el ITF no se dirige contra el excesivo apalancamiento o la cobertura inadecuada de liquidez, ni minimiza las actividades principales que ocasionan el riesgo sistémico (por ejemplo, el excesivo tamaño de las entidades financieras o la interconectividad entre ellas), ni siquiera tiene un mínimo impacto a la hora de disuadir de realizar actividades en los mercados de CDS (*Credit Default Swaps*), MBS u otras transacciones con productos derivados asumidas como las principales actividades especulativas. Vid. KAIDING, J.: «The Financial Transaction Tax: the way forward for the European Unión?», en *EC Tax Review*, 2014, Issue 1, pág. 39. En sentido diametralmente opuesto, vid. SCHÄFER: «Financial Transaction Tax contributes to more sustainability in financial markets», en *Intereconomics*, Leibniz Information Centre for Economics, 2012, págs. 76-80.

²¹ Vid. KAIDING, J.: «The Financial Transaction Tax: the way forward for the European Unión?», cit., pág. 40, quien considera que tales argumentos no han sido validados ni por la teoría económica ni por la práctica de los mercados, es más, la propia Comisión, en el *Executive Summary of the Impact Assessment* (COM 2001/594), parece dudar de los efectos positivos sobre la volatilidad, poniendo de manifiesto que la literatura científica, a este respecto, es absolutamente inconcluyente.

Asimismo, el ITF no se aplicará a las actividades financieras diarias de los ciudadanos y de las empresas (por ejemplo, préstamos, pagos, seguros, depósitos, etc.), a fin de proteger a la economía real, y tampoco a las tradicionales actividades bancarias de inversión en el contexto de la captación de capitales ni a las transacciones financieras efectuadas en el marco de operaciones de reestructuración²².

Sin embargo, una lectura atenta de la propuesta actual permite advertir cambios notables destinados, principalmente, a introducir mayor claridad desde un punto de vista legal y reforzar las previsiones que conciernen al fraude y a la elusión fiscal, y precisamente entre las novedades más sobresalientes está el principio de emisión sancionado por el artículo 4.1 g) de la propuesta de directiva que será objeto de análisis del presente trabajo. Este principio ha sido introducido como último resorte a petición de los Estados participantes y opera como medida frente a la elusión fiscal, y se completa, desde la óptica del ámbito territorial, con el principio de residencia, el cual conserva su preeminencia en lo que a la aplicación del impuesto se refiere. En suma, con vistas a reforzar la lucha contra la evasión de impuestos, se recurre a una serie de normas según las cuales la tributación se guía en «última instancia» por el principio de emisión, que tiene como función complementar el criterio de territorialidad.

Se introducen, pues, precisiones técnicas y modificaciones que mejoran la configuración del tributo. A mayor abundamiento, se modifican determinados criterios de sujeción y se prevé la exclusión del tributo de ciertas entidades y transacciones. Y, finalmente, se acude al excepcional mecanismo de cooperación reforzada cuyos requisitos vienen sancionados por los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Hemos de tener presente que la cooperación reforzada se trata de un instrumento de último recurso, que posibilita a un subgrupo de Estados miembros participantes, sujetos al cumplimiento de algunas condiciones, a introducir medidas que únicamente les vinculan a ellos²³.

Centrándonos en lo que aquí nos ocupa, huelga analizar el ámbito territorial de aplicación del ITF delimitado a partir de las normas establecidas en el artículo 4 de la propuesta, en particular, circunscribiremos nuestro estudio en torno al «principio de la contraparte» y al «principio de emisión». Como hemos mentado, no solo ciertos académicos²⁴ y Estados miembros²⁵ reacios a

²² La propuesta también excluye las actividades de refinanciación, la política monetaria y la gestión de la deuda pública. Por consiguiente, quedarán exentas del impuesto las transacciones con los bancos centrales y el Banco Central Europeo, con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad y con la UE.

²³ Interesa destacar, por su excepcionalidad, que solamente se acude a este instrumento con ocasión del procedimiento de divorcio y separación legal y en el ámbito de la patente unitaria. Este dato es sumamente revelador de la aptitud favorable de los Estados miembros participantes que no cejan en su empeño de introducir un ITF europeo.

²⁴ Vid. ENGLISH, J.; VELLA, J. Y YEVGENYEVA, A.: «The financial transaction tax proposal under the enhanced cooperation procedure: legal and practical consideration» en *British Tax Review*, n.º 5, 2013, págs. 620-637.

²⁵ Así se ha elevado por parte del Reino Unido un recurso ante el Tribunal de Justicia por el que se solicita que se pronuncie acerca de la posible violación del Derecho de la Unión, con cita del artículo 327 del TFUE, y del Derecho inter-

la implementación de la medida fiscal analizada han llamado la atención sobre la posible conculcación del Derecho comunitario en razón de lo dispuesto por el artículo 4 de la propuesta, sino que el propio Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea, a través de su reciente informe de 6 de septiembre de 2013²⁶, pone en entredicho la legalidad del principio de la contraparte y de emisión establecidos al amparo de las letras f) y g) del artículo 4.1 de la propuesta²⁷.

A tenor del artículo 4 de la propuesta se recoge una suerte de puntos de conexión de diversa naturaleza, entre los que se encuentran el criterio de la contraparte y el del lugar de emisión. Ambos *connecting factors* operan como criterios concretos a partir de los cuales la entidad financiera se entiende establecida en el territorio de un Estado miembro participante.

En este orden de cosas, el principio de la contraparte (*counterparty principle*) implica que una institución financiera, aun no reuniendo ninguno de los otros criterios²⁸, podrá ser responsa-

nacional consuetudinario (asunto C-209/13, Reino Unido contra el Consejo de la Unión Europea). De forma sintética, el Reino Unido sostiene que el ITF propuesto tiene efectos extraterritoriales debido al «principio de la contraparte» y al «principio del lugar de emisión», y además menoscaba los derechos y competencias de los Estados miembros no participantes, por lo que la Decisión que autoriza la cooperación reforzada ha infringido el artículo 327 del TFUE y el Derecho internacional. Dicho asunto ha sido resuelto por la Sentencia de 30 de abril de 2014, en la cual después de tildar al recurso planteado de prematuro, se subraya que el control del tribunal se ha de referir a si la Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito del ITF es válida por reunir los requisitos de fondo y procedimiento establecidos por los artículos 20 y 326 a 334 del TFUE. Si bien precisa que el referido control del tribunal no debe confundirse con el que puede llevarse a cabo en el marco de un recurso de anulación posterior con respecto a un acto adoptado para la aplicación de la cooperación reforzada que se ha autorizado, argumenta, en desestimación de las pretensiones del Reino Unido, que los principios de tributación controvertidos que, según los actores despliegan efectos ilegales, «no son en modo alguno elementos constitutivos de la Decisión impugnada que solo tiene por objeto autorizar a once Estados miembros a instaurar entre sí una cooperación reforzada para establecer un sistema común de ITF con observancia de las disposiciones pertinentes de los Tratados».

²⁶ Opinión del Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2013, sobre la legalidad del principio de la contraparte [art. 4.1 f) de la Propuesta de Directiva del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito del Impuesto sobre las Transacciones Financieras], n.º 13412/13, *Interinstitutional File* 2013/0045 (CNS).

²⁷ El artículo 4 de la propuesta sanciona que «1. A los fines de la presente Directiva, una entidad financiera se considerará establecida en el territorio de un Estado miembro participante siempre que se cumpla alguna de las siguientes condiciones: [...]

f) que sea parte, actuando por cuenta propia o por cuenta de terceros, o que actúe en nombre de una de las partes, en una transacción financiera con otra entidad financiera establecida en ese Estado miembro de conformidad con lo dispuesto en las letras a), b), c), d) o e), o con una parte establecida en el territorio de ese Estado miembro y que no sea una entidad financiera;

g) que sea parte, actuando por cuenta propia o por cuenta de terceros, o que actúe en nombre de una de las partes, en una transacción financiera con un producto estructurado o con uno de los instrumentos financieros a que se refiere el anexo I, sección C, de la Directiva 2004/39/CE, emitidos en el territorio de dicho Estado miembro, a excepción de los instrumentos mencionados en los puntos 4 a 10 de esa sección que no se negocien en una plataforma organizada».

²⁸ Cabe precisar que el decálogo de criterios sancionados por el artículo 4 se utiliza de modo jerarquizado en el sentido de que si concurren más de uno de estos puntos de conexión, la determinación del Estado miembro participante en el que se considere establecida la entidad financiera se realizará tomando en consideración la primera condición de la

ble del pago del tributo si la contraparte es considerada establecida en un Estado miembro participante. A título de ejemplo, piénsese en un grupo empresarial belga que transfiere acciones de su filial turca a un grupo empresarial luxemburgués, ambos considerados, a los efectos del impuesto, entidades financieras. Bajo las consideraciones del principio de la contraparte, el grupo luxemburgués será considerado establecido en Bélgica²⁹ sobre la base de que la otra parte en la transacción está establecida en este Estado miembro participante³⁰.

A continuación, se sanciona el principio de emisión (*issuance principle*) como criterio de cierre frente a una posible elusión fiscal del impuesto. Como resultado del principio de emisión, las transacciones financieras con productos estructurados y con los instrumentos financieros descritos en la propuesta, emitidos en el territorio de un Estado miembro participante, estarán sujetas al impuesto incluso si fuesen objeto de transacción por entidades financieras no establecidas en un Estado miembro participante.

Este principio fue introducido a propuesta del Parlamento Europeo que, consciente de los riesgos de deslocalización, sugirió en el análisis del borrador previo la posibilidad de introducir el criterio de emisión³¹. También, numerosos académicos como BLAKEMORE, VELLA, VOGEL, CORTEZ o HENKOW³² alertaron de que determinadas transacciones financieras entre dos entidades residentes sobre instrumentos financieros emitidos en la zona del impuesto podrían ser deslocalizadas por ambas partes hacia filiales u otras entidades establecidas fuera del territorio de la exacción tributaria. Como bien apunta HERNÁNDEZ GONZÁLEZ BARRERA³³ «el hecho de que las transacciones se sujetaran por razón de residencia de los sujetos o entidades intervinientes empujaba a que las entidades financieras residenciaran filiales o sucursales fuera del territorio de

lista que se cumpla en orden descendente. Es decir, en primer lugar, se aplicarán los puntos de conexión de la letra a) y b) del artículo 4 de la propuesta que recogen el principio del lugar de transacción (*passport principle*) y posteriormente los criterios de las letras c), d) y e) que se refieren específicamente al principio de residencia *stricto sensu* (domicilio social, dirección permanente o residencia habitual).

- ²⁹ Téngase presente que una de las entidades financieras en la transacción radica en Luxemburgo que es un Estado miembro no participante.
- ³⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ BARRERA considera que la cláusula resulta acertada a todas luces, puesto que, de no operarse de esta forma, existiría un incentivo claro de los inversores residentes en los Estados miembros partícipes para suscribir sus transacciones financieras con entidades financieras no residentes. De este modo, se equiparan aquellas entidades financieras sometidas a la soberanía fiscal del tributo de forma directa por razón de su conexión territorial, con aquellas no residentes. *Cfr.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ BARRERA, P. A.: «La Propuesta de la Unión Europea para el Impuesto sobre Transacciones Financieras en el marco de la cooperación reforzada: entre justicia tributaria, recaudación y restricción a las libertades comunitarias», *RCyT. CEF*, n.º 368, noviembre 2013, pág. 105.
- ³¹ Resolución legislativa del Parlamento europeo de 23 de mayo de 2012, enmiendas 7 y 18.
- ³² Véanse, por ejemplo, VOGEL, T. y CORTEZ, B.: «The Commission's Proposal to introduce an EU Financial Transaction Tax», en *European Taxation*, IBFD, febrero/marzo, 2012 pág. 83 y HENKOW, O.: «The Commission's Proposal for a Common System of Financial Transaction Tax: a legal appraisal», en *EC Tax Review*, 2012, 1, págs. 5-6.
- ³³ *Cfr.* «La Propuesta de la Unión Europea para el Impuesto sobre Transacciones Financieras en el marco de la cooperación reforzada: entre justicia tributaria, recaudación y restricción a las libertades comunitarias», cit., págs. 116 y 117.

aplicación del impuesto para atribuir a ellas tales transacciones. Sin embargo, la inclusión de la cláusula de emisión cierra parcialmente esta posibilidad para los supuestos de negociación de valores sobre instrumentos financieros emitidos en el territorio de los Estados participantes, o en el caso de derivados, de aquellos negociados en mercados organizados». Se evidencia, por tanto, que el objetivo de introducir este principio de emisión responde a la necesidad de cercenar la deslocalización de las transacciones³⁴.

A título de ejemplo, y en aras de clarificar el principio de emisión, piénsese en un banco norteamericano y un banco chino que intercambian acciones emitidas en Bélgica y en Francia respectivamente. En razón al principio de emisión, ambas entidades de crédito serán consideradas establecidas en Bélgica y en Francia por estar las acciones emitidas en el territorio de ambos Estados miembros participantes.

Por ende, dicha operación dará lugar a dos transacciones financieras sujetas a gravamen, por lo que ambas entidades estarán obligadas a pagar el impuesto en Bélgica y en Francia.

Otro ejemplo del mentado principio se observa en el siguiente supuesto de hecho: un fondo japonés, considerado entidad financiera a los efectos del impuesto, transfiere obligaciones italianas a un banco norteamericano. Si bien es cierto que ambas entidades financieras residen fuera del territorio del impuesto serán consideradas establecidas en Italia por el hecho de que las obligaciones han sido emitidas en este Estado participante.

Ahora bien, algunos autores han sostenido que el citado principio despliega efectos no compatibles con su legítimo objetivo. Estos autores mantienen que, si bien, el principio de emisión bloqueará parte de la evasión fiscal que se pretenda por medio de la deslocalización de las actividades o entidades fuera de los Estados miembros participantes, sin embargo, el principio va más allá de su objetivo antievasión. BOMBEKE, BLEUS o KAIDING³⁵ entienden que si bien el principio de emisión, como criterio de último recurso del principio de residencia, puede llegar a robustecer las medidas de la propuesta, no solucionará, de modo definitivo, el problema de la deslocalización.

Así las cosas, hemos de adelantar que cierto sector de la *opinio iuris* y el Consejo de la Unión Europea a través de su servicio jurídico consideran que la utilización de los dos principios sobre los que pivota el ámbito territorial de aplicación, a saber, el principio de la contraparte y el principio del lugar de emisión, despliegan efectos contrarios al Derecho de la Unión.

³⁴ En este sentido, recientemente, los Estados miembros participantes han declarado que, por lo que se refiere a las acciones sometida a gravamen, si bien se ha de seguir la Propuesta de la Comisión en lo que concierne al ámbito territorial de ampliación del impuesto, puntualizan que se está debatiendo si sería más sensato comenzar por aplicar el impuesto únicamente a las acciones emitidas en los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada, bajo la consideración del riesgo de deslocalización y los costes administrativos (Conclusiones de la Reunión del Consejo de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2015, cit.).

³⁵ *Vid.*, en este sentido, BOMBEKE, G. y BLEUS, E.: «Financial Transaction Tax», en *Intertax*, volumen 41, n.º 10, 2013, pág. 554. KAIDING, J.: «The Financial Transaction Tax: the way forward for the European Unión?», cit., pág. 38.

Grosso modo, el Servicio jurídico del Consejo de la Unión considera que el mencionado precepto contraviene los postulados del Derecho internacional que limitan la tributación extraterritorial, el principio de proporcionalidad y las libertades fundamentales de la UE, en especial, la libre circulación de capitales. Así las cosas, esgrime que la adopción del ITF mediante el mecanismo de la cooperación reforzada no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 326 y siguientes del TFUE en la medida en que se vulnerarían los derechos de los demás Estados miembros y se introducirían distorsiones en la competencia entre ellos.

Al calor de la opinión vertida por el Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea, los Servicios legales de la Comisión revisan la directiva propuesta, analizan y refutan con una sólida base jurídica las argumentaciones contenidas en aquel informe, llegando a la conclusión de que el artículo 4.1 f) que recoge el principio de la contraparte: 1) Respetar los requisitos generalmente aceptados del Derecho internacional en lo que concierne a la existencia y ejercicio de la jurisdicción fiscal y no genera ningún efecto extraterritorial ilegal. 2) Respetar, completamente, las competencias, derechos y obligaciones de los Estados miembros no participantes en el marco de la cooperación reforzada, por lo que resulta compatible con el artículo 327 del TFUE. 3) Está en consonancia con las demás normas del Derecho primario de la Unión, en particular, con las libertades fundamentales, y no genera discriminación alguna entre las instituciones financieras ni distorsión de la competencia³⁶.

En consecuencia, se advierte de que el artículo 4 de la propuesta de directiva, tal y como está configurado, ha planteado numerosos puntos de fricción, generando un debate que merece una especial atención. Por ello, constituirán el objeto de análisis del siguiente epígrafe aquellas cuestiones que han suscitado discusión sobre la legalidad del ITF.

IV. ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DEL IMPUESTO SOBRE LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

4.1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN FISCAL Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, nos encontramos ante un tributo que gravaría las transacciones financieras que se lleven a cabo en los mercados de capital de la UE, por lo que la cuestión que hemos de plantearnos, *prima facie*, es si tal medida fiscal es compatible con el Derecho primario de la Unión, particularmente, si supone una restricción a la libertad de circulación de capitales.

Se suscitan tres interrogantes fundamentales a la hora de analizar esta cuestión. En primer lugar, habremos de determinar si el ITF propuesto entra dentro de la esfera de las libertades de circula-

³⁶ Vid. respuesta de los Servicios jurídicos de la Comisión a la opinión del Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea sobre la legalidad del principio de la contraparte de 9 de octubre de 2013, Ref. Ares (2013) 3213552.

ción y, particularmente, si se encuadraría dentro del ámbito de la libre circulación de capitales o de prestación de servicios. Si el ITF cae en el ámbito de la libertad de capitales, habremos de precisar si el impuesto supone una restricción a dicha libertad o una auténtica discriminación. Y por último, así fuera, habremos de analizar si esta exacción fiscal está justificada bajo alguna *rule of reason*.

Como punto de partida, y en la medida en que el impuesto recae sobre servicios financieros, hemos de preguntarnos si el ITF se encuadra dentro del ámbito de la libertad de prestación de servicios.

Según la doctrina del TJUE, cuando nos encontramos ante una materia fiscal en la que están presentes ambas libertades, la preeminencia entre una y otra se resuelve como una cuestión de causalidad. Es decir, se habrá de analizar si existe una conexión suficiente entre la libre prestación de servicios y la medida fiscal en cuestión. Un ejemplo es el caso *Dijkman*³⁷ en el que el tribunal consideró que las cuestiones referentes a la prestación de servicios eran secundarias o accidentales respecto de las cuestiones relativas a la libre circulación de capitales. Por el contrario, en los casos *Bachmann*³⁸ y *Fidium Finanz*³⁹, el tribunal dio prioridad a la libre prestación de servicios en razón de que la conexión entre la libre circulación de capitales y la medida controvertida era demasiado débil e indirecta.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la doctrina del tribunal, aunque si bien es cierto que el ITF podría hacer menos atractiva la prestación de servicios financieros, consideramos que, desde la óptica del impuesto, tal restricción a la libertad de prestación de servicios debe ser entendida como una consecuencia indirecta de la posible restricción de la libertad de circulación de capitales⁴⁰. Por ello, en nuestra opinión, el ITF deberá ser analizado a la luz de la libre circulación de capitales.

Centrado el tema en la órbita de la libre circulación de capitales, hemos de advertir, en primera instancia, de que la noción de transacción financiera coincide con la definición de movimientos de capitales. En este sentido, aunque no existe una definición legal de este concepto⁴¹, sin embargo, en *Luisi y Carbone*⁴², el tribunal sostuvo que, en términos generales, los movimientos de capital son ope-

³⁷ Sentencia de 1 de julio de 2009, *Dijkman*, C-233/09.

³⁸ Sentencia de 28 de enero de 1992, *Bachmann*, C-204/90.

³⁹ Sentencia de 3 de octubre de 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04.

⁴⁰ Véase, por analogía, la sentencia *Fidium Finanz*, cit.

⁴¹ En este sentido, el TJUE ha recurrido, en numerosas ocasiones, como guía para definir el concepto de movimiento de capital al Anexo Primero de la Directiva 88/361 CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado. Véase, la Sentencia, *Manfred Trummer & Peter Mayer*, C-222/97, en la que el tribunal dispone que «aunque el Tratado CE no define los conceptos de movimientos de capitales y de pagos no obstante, en la medida en que el artículo 73 B del Tratado CE reproducido en lo fundamental el contenido del artículo 1 de la Directiva 88/361, y aunque esta haya sido adoptada sobre la base del artículo 69 y del apartado 1 del artículo 70 del Tratado CEE, entretanto sustituidos por los artículos 73 B y siguientes del Tratado CE, la nomenclatura de los movimientos de capitales que la acompaña como anexo mantiene el valor indicativo que le era propio antes de su entrada en vigor para definir el concepto de movimientos de capitales, entendiéndose que, conforme a su introducción, la lista que incluye no tiene carácter exhaustivo».

⁴² Sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone*, C-286/82 y C-26/83.

raciones financieras que tienen por objeto sustancial la colocación o la inversión de capital más que la remuneración de una prestación o servicio. Estas inversiones de capital comprenden las inversiones directas y las inversiones indirectas o *portfolio*⁴³. Ambas formas de inversión están protegidas por el artículo 63 del TFUE que ha de ser interpretado ampliamente como comprensivo del capital físico y del monetario. Por ello, y en la medida de que el ITF gravará una amplia variedad de transacciones de capital, es claro, en efecto, que se moverá en el terreno de la libertad de circulación de capitales.

Consecuentemente, procede, a continuación, analizar si tal impuesto constituye una discriminación⁴⁴ o una restricción a dicha libertad fundamental.

De acuerdo con la doctrina del TJUE, la discriminación puede tener lugar bien porque el Estado aplica diferentes normas a situaciones comparables o bien porque aplica la misma norma a situaciones diferentes⁴⁵, lo que se conoce como discriminación directa o manifiesta. Por ejemplo, el TJUE ha admitido, en reiteradas ocasiones, que un trato fiscal diferenciado basado en el criterio de la residencia fiscal podría dar lugar a una discriminación⁴⁶.

Las libertades fundamentales no solo prohíben una discriminación directa basada en la nacionalidad, sino que protegen de cualquier forma de discriminación que, por aplicación de otros criterios de diferenciación, lleven aparejado el mismo efecto discriminatorio⁴⁷.

Asumidas las consideraciones anteriores, hemos de preguntarnos si el ITF supondría una medida fiscal discriminatoria.

En lo atinente a esta cuestión, el Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea considera que el ITF se erige como una medida fiscal discriminatoria. En este sentido, y a los efectos de ilustrar la aplicación discriminatoria, señala que, según el artículo 4, un Estado miembro participante sujeta a gravamen a: 1) Las entidades financieras que estén autorizadas por el Estado o tengan su residencia en su territorio, respecto de todas las transacciones mundiales; 2) Las entidades financieras residentes en un Estado miembro no participante o un tercer Estado, respecto de cualquier

⁴³ Entre las primeras, podemos citar la inversión en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones, destinada a participar de manera efectiva en la gestión y en el control de una sociedad, y por lo que respecta a las segundas, cabe referirse a las adquisiciones de títulos en el mercado de capitales, derivados u otros instrumentos financieros. Véase, en este sentido, la Sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión contra Portugal*, C-367/98.

⁴⁴ Para un exhaustivo análisis del principio de no discriminación y su aplicación al ámbito tributario, véase, IGLESIAS CASAS, J. M.: *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, Aranzadi, 2007, págs. 25 a 102.

⁴⁵ Véanse, las Sentencias de 17 de julio de 1963, *República italiana contra Comisión*, C-13/63; de 5 de octubre de 1994, *Alemania contra Comisión*, C-280/93; de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93; de 29 de abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97 y de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02.

⁴⁶ Véase, por todas, la Sentencia de 13 de julio de 1993, *The Queen/Inland Revenue Commissioners, ex parte, Commerzbank*, C-330/91.

⁴⁷ Véanse, las Sentencias de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, C-175/88; de 13 de julio de 1993, *The Queen/Inland Revenue Commissioners, ex parte, Commerzbank*, C-330/91, y de 7 de mayo de 1998, *Clear Car auto Servicios*, C-350/96, y en la doctrina IGLESIAS CASAS, J. M.: *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, cit., pág. 34, habla de discriminaciones indirectas o encubiertas.

transacción financiera concluida con una contraparte establecida en su territorio. Sin embargo, alega que no se sujeta a gravamen a aquellas entidades financieras residentes en otro Estado miembro participante respecto de las transacciones concluidas con una contraparte establecida en su territorio.

Es decir, según su criterio, el principio de la contraparte se aplica de modo discriminatorio por el hecho de que se emplea, únicamente, cuando la transacción se realiza por una entidad financiera no residente en un Estado miembro participante con otra que sí lo está. Sin embargo, cuando se trata de transacciones concluidas por entidades financieras residentes en distintos Estados miembros participantes, dichas transacciones no se sujetan a gravamen en el Estado de la contraparte.

En otras palabras, el Servicio jurídico del Consejo entiende que se produce una «auténtica discriminación» por el hecho de que en situaciones idénticas desde el punto de vista territorial, las transacciones realizadas por las entidades financieras son tratadas de forma diferente dependiendo de si la entidad está establecida en otro Estado miembro participante (en este caso no abonaría el del pago del ITF al Estado miembro participante en el que la contraparte está localizada) o en un Estado que no participe en el marco de la cooperación reforzada (en este supuesto, la entidad sería responsable del pago del ITF al Estado miembro participante de su contraparte).

Expuesta la posición del asesor del Consejo, es dable reconocer que cuando se concluyen las transacciones entre una entidad residente en un Estado participante y otra residente en un Estado no participante, el primero de ellos tendrá derecho a dos pagos del ITF mientras que en el caso de transacciones realizadas entre entidades residentes en distintos Estados miembros participantes, el Estado participante de residencia tendrá derecho solo a un pago.

Ahora bien, téngase en cuenta que en el segundo supuesto el otro Estado participante podrá reclamar el impuesto a la entidad financiera establecida en su territorio. Por consiguiente, en ambas situaciones concurren dos posibles potestades tributarias. La única distinción entre ellas es que cuando se concluye una transacción entre dos entidades residentes en distintos Estados miembros participantes, la propuesta establece un mecanismo para la asignación de las soberanías. Sin embargo, no se puede concluir que la ausencia de tal mecanismo respecto de Estados miembros no participantes supone una discriminación.

Por otra parte, el Servicio jurídico del Consejo continúa su línea argumentativa diciendo que el reparto del poder tributario de los Estados miembros supone, *per se*, una discriminación de las entidades financieras no residentes en Estados participantes en el caso de que estos aplicasen diferentes tipos de gravamen. Así, en opinión del servicio, mientras que una entidad financiera residente en el ámbito del ITF sería siempre responsable del pago de un mismo tipo establecido por su Estado de residencia, las entidades no residentes deberían, en principio, soportar los tipos que los diferentes Estados participantes estableciesen.

No obstante, ante tal *argumentatio*, cabría señalar que el hecho de que una entidad residente en un Estado miembro participante esté en todo momento sujeta a un mismo tipo impositivo, mientras que la entidad no residente podría enfrentarse a una variedad de once tipos diferentes según el Estado participante, no puede ser considerado discriminatorio. Estas son meras disparidades entre los diferentes regímenes fiscales de los Estados que existirán en la medida en que los sistemas tri-

butarios de los Estados no estén, enteramente, armonizados. Al respecto es menester recordar que la jurisprudencia del TJUE no deja duda de que las divergencias objetivas entre la legislación de diferentes Estados miembros no constituye una violación de las libertades fundamentales.

Habida cuenta de las anteriores argumentaciones, y so capa de las previsiones de la propuesta, ante la pregunta de si el ITF se manifiesta como una medida fiscal discriminatoria, nuestra respuesta, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha de ser negativa, dado que el ITF recae sobre cualquier transacción financiera en la que, por lo menos, una de las partes intervinientes es una entidad establecida en un Estado miembro participante. Por todo ello, se ha de reconocer, fácilmente, que la medida fiscal examinada no hace distinción entre las transacciones internas y las transfronterizas, sino que se aplica a ambas categorías, por lo que estamos ante situaciones comparables que se someten a la misma norma.

Respecto a si el ITF propuesto podría suponer una restricción no discriminatoria, hemos de apreciar, en primera instancia, que tales restricciones responden a un concepto que opera automáticamente, con independencia del trato que se dispense a las distintas situaciones. Nos encontraremos ante una medida restrictiva si obstaculiza la actividad económica transnacional, aunque tal medida se aplique, igualmente, en el contexto nacional⁴⁸.

Podríamos plantearnos si tales restricciones no discriminatorias deberían ser examinadas a la luz de las libertades fundamentales o, por el contrario, quedan fuera de su órbita y ello porque ahondando en la jurisprudencia del tribunal se aprecia que ciertos supuestos de medidas fiscales son examinados extramuros de las libertades fundamentales⁴⁹.

Empero, el tribunal en otras ocasiones ha sostenido que pueden ser examinadas bajo la óptica de las libertades del tratado, siempre que tales medidas supongan una restricción del ejercicio de las libertades⁵⁰, determinen un tratamiento que lo haga meramente ilusorio o que afecten o condicionen significativamente al ejercicio de las mismas⁵¹.

⁴⁸ Se examinan supuestos de medidas restrictivas no discriminatorias en las Sentencias de 25 de julio de 1991, *Säger contra Dennemayer & Co. Ltd.*, C-76/90; de 15 de mayo de 1997, *Futura Participación S.A. and Singer contra Administration des contributions*, C-250/95; de 7 de febrero de 2002, *Comisión contra Italia*, C-279/00; de 13 de febrero de 2003, *Comisión contra Italia*, C-131/01; de 15 de junio de 2004, *Comisión contra Francia*, C-255/04; de 19 de enero de 2006, *Comisión contra Alemania*, C-244/04, y de 9 de noviembre de 2006, *Comisión contra Bélgica*, C-433/04.

⁴⁹ Por ejemplo, las Sentencias de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert*, C-513/04; de 16 de julio de 2008, *Damseaux*, C-128/08, y de 12 de febrero de 2009, *Block*, C-67/08. Así, en el primero de los casos, el tribunal determinó que «las consecuencias desfavorables que podría entrañar la aplicación de un sistema fiscal de imposición de las rentas no discriminatorio como el régimen belga enjuiciado en el asunto principal resultan del ejercicio paralelo por dos Estados miembros de su potestad tributaria y, consecuentemente, no constituiría una contradicción del significado del artículo 63 TFUE».

⁵⁰ Un ejemplo de restricción no discriminatoria, analizado y resuelto por el Tribunal de Justicia, es el caso de las medidas nacionales que directamente restringen el acceso a los mercados de otro Estado miembro. Véanse las Sentencias de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93; de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, y de 4 de junio de 2002, *Comisión contra Francia*, C-384/03.

⁵¹ En el marco de la libre circulación de capitales, es ilustrativa la Sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión contra Portugal*, C-367/98, en la que se sostiene que «aunque no da lugar a un trato desigual, la normativa controvertida puede

En consecuencia, y habida cuenta de la interpretación que el tribunal mantiene, podemos concluir que las medidas fiscales restrictivas atentarán contra la prohibición del artículo 63 del TFUE siempre que la medida controvertida fuese una suerte de exclusión de la libertad de modo y manera que hagan su ejercicio sustancialmente imposible o ilusorio, que menoscaben directamente su contenido o que disuadan de realizar, más allá de lo razonable, las actividades económicas amparadas bajo esta libertad.

A nuestro juicio, la restricción ha de ser sustancial de modo que no sería suficiente con alegar que la implementación del ITF disuadiría de realizar determinadas transacciones financieras, haciendo que esta actividad económica fuese menos interesante. Téngase presente que la imposición de cualquier tributo a una actividad económica encarece dicha actividad, de suerte que la hace menos atractiva. Sin embargo, el impuesto, a fin de ser considerado contrario al Derecho comunitario, no solo ha de desincentivar, sino que ha de restringir, bien porque obstaculiza el ejercicio efectivo de la libertad o bien porque disuade sobremanera el desarrollo de la actividad que ampara la libertad controvertida.

Algunos autores consideran que el ITF propuesto, tal y como está configurado, constituiría una medida restrictiva que limitaría el ejercicio de la libertad de circulación de capitales, y ponen como ejemplo el caso de transacciones financieras de bajo rendimiento pero con bases muy amplias. En estos supuestos, consideran que el tributo va a consumir todo el beneficio, haciendo que la realización de este tipo de transacciones resulten muy limitadas o incluso vedadas⁵².

Otra parte de la doctrina advierte de que el ITF condicionaría el ejercicio de la libertad si tenemos en cuenta transacciones reales sin ánimo especulativo y a largo plazo. Por ejemplo, este podría ser el caso de un derivado sobre el rendimiento de una cosecha de trigo que sirva como seguro para un eventual mal resultado. En estos casos, si el tributo sobrepasa el rendimiento, el sujeto que con el derivado pretende cubrir una posición contraria podría no encontrar incentivo en la operación, restringiendo su ejercicio⁵³.

No obstante, el Servicio jurídico de la Comisión señala que sostener que el ITF se comporta como un obstáculo a la libre circulación de capitales, sería como mantener que cualquier tributo que afectase a las actividades transfronterizas constituiría, por virtud de su simple existencia, un obstáculo a la libertad de circulación.

impedir la adquisición de acciones en las empresas afectadas y disuadir a los inversores de otros Estados miembros de invertir en el capital de dichas empresas. En consecuencia, dicha normativa puede, por este motivo, hacer que la libre circulación de capitales sea ilusoria».

⁵² Véase SMIT, D.: «The Financial Transaction Tax and the TFEU Freedoms», en MARRES, O. y EBBER, D.: *Taxing the Financial Sector*, Ámsterdam, IBFD, 2012, pág. 135.

⁵³ Véase HERNÁNDEZ GONZÁLEZ BARRERA, P. A.: «La Propuesta de la Unión Europea para el Impuesto sobre Transacciones Financieras en el marco de la cooperación reforzada: entre justicia tributaria, recaudación y restricción a las libertades comunitarias», cit., pág. 135.

A nuestro juicio, la tesis del Servicio de la Comisión es la correcta. De este modo si, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE sobre doble tributación, una exacción fiscal múltiple, es decir, impuesta simultáneamente por dos Estados miembros, no infringe las libertades fundamentales, con mayor razón podría concluirse que la carga fiscal creada por un único Estado miembro no puede «como tal» violar ninguna de las libertades de circulación.

En este orden de cosas, también se ha argumentado que podría haber lugar a una restricción de la libertad de circulación de capitales por mor del tipo de gravamen «efectivamente» pagado. Así, si bien es cierto que el tipo de gravamen es reducido, por lo que, *a priori*, no podría justificarse que el tributo constituya una restricción, cierto sector de la doctrina ha entendido que en el caso de transacciones compuestas de varias suboperaciones, el impuesto se pagaría en repetidas ocasiones (*cascade effect*), con lo que podría disuadir a la hora de realizar dichas transacciones⁵⁴. No obstante lo anterior, según nuestro parecer, no basta con desincentivar de realizar las transacciones financieras, sino que la medida habría de disuadir más allá de lo razonable, dificultando (es decir, restringiendo, en suma) la realización de las transacciones. Empero, aun pudiéndose producir el efecto cascada, el tipo de gravamen es ciertamente reducido, por lo que consideramos que el ITF no produciría tal efecto.

Ahora bien, como expusimos anteriormente, aunque pudiéramos apuntar, según el informe del Servicio jurídico del Consejo y de las opiniones vertidas por algunos autores, que el ITF propuesto podría restringir el ejercicio de la libertad de circulación de capitales, ello no implica, sin más, su contradicción con el Derecho comunitario, ya que algunas restricciones a las libertades fundamentales pueden encontrar refugio bajo ciertas causas de justificación.

Hasta el momento, el TJUE ha aceptado la aplicación de la doctrina de la *rule of reason* en el ámbito fiscal para: a) la necesidad de controles fiscales efectivos; b) la necesidad de protección de la coherencia del sistema fiscal; c) la necesidad de establecer un adecuado reparto de la potestad tributaria, o d) la necesidad de prevenir el abuso de Derecho⁵⁵.

Por lo tanto, si se considerase el ITF como una medida restrictiva de la libre circulación de capitales, cabe preguntarse si puede tener justificación en otros objetivos comunitarios o de interés general. Cuando se procede a analizar si la medida fiscal controvertida está justificada por razones imperativas de interés general, la doctrina jurisprudencial⁵⁶ y científica adoptan un triple test: adecuación, necesidad y proporcionalidad de la misma.

⁵⁴ Véase SORENSEN, K. E.: «Towards a more comprehensive examination of the compatibility of indirect taxes with the internal markets», en *Intertax*, volumen 35, abril 2007, págs. 249 y ss., quien ha afirmado que un tributo excesivamente alto constituye una restricción. Sin embargo, hemos de matizar que el TJUE no se ha pronunciado acerca de cuál es el nivel máximo a partir del cual se entiende conculcada la libertad.

⁵⁵ Estas causas de justificación han sido denominadas por la doctrina científica como *rule of reason*, al margen de las excepciones explícitas y de aplicación restrictiva contenidas en el tratado.

⁵⁶ Véase la Sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, en la que se establece que «según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio

Por un lado, se habrá de comprobar si la medida fiscal es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos alegados y, en este sentido, la sentencia *Hartlauer*⁵⁷ prescribe que «una normativa nacional solo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática». Parafraseando al abogado general Poiars Maduro, en el asunto *Leppick*⁵⁸, «la cuestión que debe dilucidarse al aplicar el criterio de adecuación consiste en determinar si de alguna forma la medida resulta beneficiosa para los intereses legítimos que invoca el Estado miembro. De no ser así, la medida viola, de por sí, el principio de adecuación».

En segundo lugar, la medida fiscal habrá de ser necesaria entendiendo con ello que no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa controvertida⁵⁹. En otras palabras, el segundo criterio se refiere a la necesidad de la medida, esto es, a si es realista la posibilidad de dictar una medida alternativa que proteja los intereses legítimos del Estado miembro con la misma eficacia, pero que sea menos restrictiva de la libre circulación de capitales.

Y, por último, el tercero de los criterios se corresponde con el principio de proporcionalidad *stricto sensu*, que implica que la medida fiscal de que se trate no debe desplegar un impacto excesivo sobre los intereses de los individuos a quien se dirige. Es ilustrativo el comentario del abogado general en el asunto *Leppick*⁶⁰ en el que concluye que «este aspecto de la apreciación de proporcionalidad puede condensarse en la siguiente regla: cuanto mayor sea el perjuicio causado al principio de libre circulación de mercancías, mayor debe ser la importancia de satisfacer el interés público que invoca el Estado miembro. Por consiguiente, el Estado miembro debe demostrar que el grado de protección que decide dispensar a sus intereses legítimos está en proporción con la obstrucción que de ello se derive para el comercio intracomunitario. La diferencia con el segundo criterio consiste en que, como consecuencia del tercer criterio, puede exigirse a un Estado miembro adoptar una medida menos restrictiva del comercio intracomunitario, aunque ello suponga un grado de protección más reducido de sus intereses legítimos».

Para analizar la concurrencia de estos requisitos, hay que identificar los objetivos de los principios cuestionados. No obstante, hemos de focalizar el análisis en el principio de emisión puesto que los Estados miembros, las instituciones comunitarias y los autores discrepantes, cuando aluden al principio de la contraparte, se han referido, básicamente, a sus posibles efectos extra-

de las libertades fundamentales garantizadas por el tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo».

⁵⁷ Sentencia de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07, con cita de las Sentencias de 6 de marzo de 2007, *Placanica y otros*, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, y de 17 de julio de 2008, *Corporación Dermoestética*, C-500/06.

⁵⁸ Conclusiones a la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, *Leppick*, C-434/04.

⁵⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2006, *Walter Stauffer*, C-386/04.

⁶⁰ Conclusiones del abogado general de 13 de julio de 2006, *Leppick*, C-434/04.

territoriales ilegales, pasando de soslayo cualquier alusión a si dicho criterio de conexión supone una restricción a la libertad de circulación de capitales. A nuestro juicio, si bien es cierto que este principio podría hacer menos interesante las transacciones con contrapartes establecidas en Estados participantes, ello no supone una conculcación de la libertad en la medida en que no impide, dificulta o disuade sobremedida su ejercicio.

En lo atinente al principio de emisión, podríamos apuntar una serie de causas objetivas o razones imperiosas de interés general que habría que analizar si justifican una posible discriminación o restricción del ejercicio de la libertad de circulación de capitales. Entre ellas, podemos destacar la necesidad de evitar la evasión fiscal, minimizando el riesgo de deslocalización de las transacciones y la sustitución de los instrumentos financieros; o la necesidad de desincentivar las operaciones financieras especulativas y las prácticas abusivas.

Sobre la base de estas razones está el objetivo último de asegurar la eficiencia y estabilidad de los mercados financieros y reducir la especulación. Ahora bien, se ha sostenido que la estabilidad del sistema financiero se ha visto afectada, en gran medida, por las transacciones de alto riesgo, los movimientos especulativos u operaciones a corto. Por ello, se argumenta que un tributo de las características del ITF habría de gravar este tipo de transacciones a fin de alcanzar una mayor estabilidad del sistema financiero. Sin embargo, se observa que el impuesto recae, de igual forma, sobre las transacciones financieras especulativas y no especulativas, por lo que los opositores defienden que las transacciones financieras que carezcan de fines especulativos se verán perjudicadas, no alcanzando, por tanto, el objetivo de estabilizar el sistema y configurándose el impuesto como una suerte de presunción especulativa general que no encuentra fundamento en la jurisprudencia del tribunal⁶¹.

Asimismo, en nuestra opinión, el principio de emisión también se ajustaría a los estándares exigidos según el principio de adecuación. En este sentido, no compartimos la visión parcial, y a veces infundada y otras muchas influenciada, de cierto sector de la doctrina y de algunos Estados miembros que arguyen que no sería beneficioso para los intereses legítimos que se propone alcanzar. Y ello porque si bien existen estudios que avalan no solo la falta de beneficios sino ciertos perjuicios de la implantación de tal criterio, se presentan otros muchos, de igual o mayor solvencia científica, que argumentan todo lo contrario. Recuérdese que la normativa fiscal controvertida será adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por alcanzarlo de forma congruente y sistemática, es decir, siempre que sea una medida efectiva y conveniente para alcanzar, de forma lógica, el objetivo propuesto. Por lo tanto, podríamos concluir, de igual forma, que, en principio, se trataría de una medida efectiva y lógica para alcanzar dichos objetivos, aunque algunos de sus aspectos pudieran ser mejorados.

⁶¹ Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión contra Bélgica*, C-478/98, y de 4 de marzo de 2004, *Comisión contra Francia*, C-334/02. En este sentido, SCHULMEISTER, S.: «A General Financial Transaction Tax: Strong Pros, Weak Cons», en *Intereconomics*, 2012, págs. 86-87 (accesible en <http://stephan.schulmeister.wifo.ac.at/index.php?id=7>), propone que el ITF habría de recaer sobre aquellos operadores cuyas actividades hayan contribuido significativamente a la gestión de la crisis financiera, de modo que aquellas actividades financieras que hubiesen servido, positivamente, a la economía real, no habrían de ser gravadas.

Y por último, entendemos que el criterio fiscal examinado se conjuga con los parámetros del test de la proporcionalidad en tanto que no va más allá de lo razonable y no alcanzamos a comprender qué otras medidas fiscales menos restrictivas podrían asegurar las finalidades perseguidas.

4.2. EL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA. OTROS POSIBLES PUNTOS DE CONFLICTO

Finalmente procederemos a analizar otros posibles puntos de conflicto puestos de relieve por la doctrina científica y el Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea y que podrían suponer la vulneración de otros principios del Derecho comunitario.

Por una parte, hemos de mencionar la alegada distorsión de la competencia, que según el sector crítico, generaría la introducción del ITF. Téngase presente, a este respecto, que de conformidad con el artículo 326, párrafo segundo, del TFUE, «las cooperaciones reforzadas tampoco deberán constituir un obstáculo ni una discriminación para los intercambios entre Estados miembros, ni provocar distorsiones de competencia entre ellos».

La Comisión Europea interpreta que «la mera coexistencia de un sistema jurídico de ITF armonizado aplicable, por un lado, en los Estados miembros participantes, y por otro lado, con los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros no participantes, no puede considerarse, en sí misma, ni un obstáculo, ni una discriminación, ni una distorsión de la competencia. De no existir la cooperación reforzada, coexistiría un número aún mayor de sistemas jurídicos. Analizada desde esta perspectiva, la cooperación reforzada que se solicita reduce más bien el riesgo de que se produzcan distorsiones de la competencia, en particular, cuando este último está relacionado con la no imposición o la doble imposición»⁶².

Algunos autores rechazan de plano esta interpretación e ilustran los efectos distorsionantes de la medida mediante el siguiente ejemplo. Desde la perspectiva de la entidad establecida en un Estado miembro participante, las transacciones financieras realizadas con una entidad de un Estado miembro no participante recibirían un trato menos favorable que si la misma transacción fuese realizada por una entidad radicada en un Estado miembro no participante.

De forma análoga, respecto de una entidad financiera localizada en un Estado miembro no participante, el principio de emisión supondría que la adquisición de acciones (o de cualquier otro instrumento financiero) de una compañía de un Estado miembro no participante fuese más atractivo que la adquisición de un instrumento similar emitido por una compañía establecida en un Estado miembro participante. Así las cosas, según estos autores, el ITF podría generar una desventaja competitiva a un banco alemán frente a un banco inglés cuando ambos operan con

⁶² Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito del impuesto sobre las transacciones financieras (COM/2012/0631 final).

clientes del Reino Unido. En definitiva, sostienen que cualquier tipo de cooperación «flexible» crea una diferencia potencial entre sistemas legales internos y externos, y, por lo tanto, se produce algún grado de distorsión⁶³.

Por su parte, otros estudios⁶⁴ consideran que al no distinguir el ITF entre transacciones que mejoran la eficiencia del mercado financiero y otras transacciones que no la mejoran, no creará desincentivos a las transacciones que no resulten socialmente útiles. Añaden que si bien el ITF podría reducir la actividad especulativa (*noise traders*) también podría restringir aquellas actividades financieras que beneficiasen la economía real y la eficacia de los mercados y postulan que los efectos del principio de residencia y de emisión del artículo 4 de la propuesta generarán, probablemente, una distorsión de los mercados fuera de la zona del ITF⁶⁵.

En aditamento a lo anterior, se argumenta que el ITF, en el contexto del artículo 326 del TFUE, generará, inevitablemente, distorsiones de la competencia entre los Estados miembros por el hecho de que supondría una barrera «directa» a la hora de realizar transacciones entre ellos⁶⁶. Así, cuando se trate de realizar transacciones financieras, a la entidad de un Estado no participante le resultará más atractivo realizar la transacción con una entidad de otro Estado no participante, dado que si la lleva a cabo con un entidad de un Estado participante se considerará domiciliada en dicho Estado y sometida a gravamen.

Por su parte, se afirma que, en la práctica, será difícil recaudar el ITF que grave a una entidad de un Estado no participante, especialmente, aquellas localizadas fuera de la UE. Así, se considera que es probable que ello implique imponer obligaciones adicionales a la contraparte del Estado miembro participante, considerada responsable solidaria del pago del impuesto de acuerdo con el artículo 10 de la propuesta⁶⁷.

⁶³ En este sentido, ENGLISH, J.; VELLA, J. y YEVGENYEVA, A.: «The financial transaction tax proposal under the enhanced cooperation procedure: legal and practical consideration», cit., pág. 22.

⁶⁴ Es ilustrativo de esta posición contraria que denuncia los efectos perjudiciales distorsionadores del ITF el artículo titulado *Implications of a financial transaction tax for European regulatory reform Agenda* (City of London Corporation, enero 2014, pág. 24, <http://citioflondon.gov.uk/business/economic/publications/Documents/Research014/Implications%20of%20a%20Financial%20Transactions%20Tax%20on%20the%20Regulatory%20Reform%20Agenda.pdf>). Este artículo explica, en detalle, por qué el ITF es un instrumento inefectivo para mejorar la estabilidad financiera, no resulta adecuado para prevenir las burbujas y otros riesgos de la estabilidad de los mercados, y podría generar mayor volatilidad en los precios.

⁶⁵ Vid. KADING, J.: «The Financial Transaction Tax: the way forward for the European Union?», cit., págs. 37 y ss.

⁶⁶ Véase *Adoption of the Financial Transaction Tax by part of the European Union only. Comments of the Tax Law Committee of the Law Society of England and Wales*, The Law Society of England and Wales, 2011, pág. 5, accesible en <http://www.lawsociety.org.uk>.

⁶⁷ Véase CALVO ORTEGA, R.: «El Impuesto sobre Transacciones Financieras, un proyecto europeo», en *Nueva Fiscalidad*, n.º 1, enero-febrero, 2013, págs. 26-27, quien considera un supuesto de responsabilidad solidaria inadmisibles que no se establece ningún tipo de conducta culpable o dolosa por parte del sujeto (no entidad financiera) que ha intervenido como parte en la transacción. Así, entiende este autor que resulta difícil de entender este tipo de responsabilidad en

Ello puede afectar a la elección de la entidad financiera a la hora de realizar la transacción, lo que resultaría, probablemente, en una distorsión o fragmentación del mercado, lo que sería contrario a los objetivos planteados. A fin de ilustrar los efectos distorsionantes del ITF, se plantea el siguiente ejemplo: una sucursal de un banco alemán en el Reino Unido, conforme a la actual propuesta, estará sometida a tributación por las transacciones financieras que llevase a cabo con una contraparte domiciliada en otro Estado miembro participante (Francia), en un Estado miembro no participante (Dinamarca) o en un tercer Estado (EE. UU.).

En otro plano, y teniendo en cuenta que, hoy por hoy, un mismo instrumento financiero puede ser objeto de múltiples transacciones y operaciones, la doctrina ha puesto en evidencia que numerosas transacciones sometidas al ITF serán gravadas en reiteradas ocasiones, dando lugar a lo que denominan el efecto cascada (*cascade effect*)⁶⁸ que podría contradecir el principio de neutralidad fiscal.

El efecto cascada podría suponer que se incrementase el tipo efectivo del impuesto de suerte que el nivel de gravamen fuese mucho mayor que el 0,1 % (o 0,01 % según el instrumento financiero) establecido en la propuesta de modo que no se cumpliría el objetivo perseguido con el ITF de establecer tipos lo suficientemente bajos para no producir un impacto material sobre la actividad financiera. Según algunas opiniones, tal efecto desplegaría inevitables consecuencias negativas, especialmente, sobre las transacciones no especulativas, incrementando sus costes financieros⁶⁹. Así las cosas, ciertos autores han sostenido que un tributo excesivamente alto podría ser considerado una restricción del ejercicio de las libertades comunitarias⁷⁰.

Pero es relevante a estos efectos tener en cuenta la cláusula de exclusión del artículo 4.3 de la propuesta de directiva según el cual «no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una entidad financiera o una persona que no sea una entidad financiera no se considerará establecida a tenor de lo previsto en esos apartados, cuando la persona obligada al pago del ITF demuestre que no existe relación alguna entre el contenido económico de la transacción y el territorio de alguno de los Estados miembros participantes»⁷¹.

el caso de que las partes en la transacción sean entidades financieras, pero lo es más aun cuando una de las partes sea un sujeto no financiero por el simple hecho de que, en este último caso, la parte no financiera a la que se hace responsable dispone de pocas posibilidades de conocer el impago por parte del contribuyente.

⁶⁸ Recientemente, se ha propuesto en el seno del Grupo de Trabajo sobre cuestiones fiscales (WPTQ) que, con el objetivo de restringir aún más los potenciales efectos cascada, los miembros compensadores (*clearing members*), actuando como intermediarios, estén fuera del ámbito de aplicación del ITF (véase la Nota de la Presidencia para el ECOFIN, de 29 de noviembre de 2015, cit.).

⁶⁹ JONES, B. y UPADHAY, D.: «The EU Financial Transaction Tax - reactions and implications», en *Tax Planning International Indirect Taxes*, *Internacional Tax Centre*, 2013.

⁷⁰ Vid. SORENSEN, K. E.: «Towards a more comprehensive examination of the compatibility of indirect taxes with the internal markets», cit., pág. 252.

⁷¹ Así, estaríamos ante la falta de relación entre el contenido económico de la transacción y el territorio cuando se tratase de transacciones realizadas entre dos entidades residentes en terceros países que recurren para realizar la transacción a una entidad financiera localizada en un Estado miembro participante.

Sin embargo, se han apuntado algunas críticas negativas en lo concerniente a ella. Por un lado, el Servicio jurídico del Consejo ha manifestado que esta medida no responderá a los objetivos pretendidos por ser totalmente inadecuada a la hora de evitar aquellas situaciones que manifiesten una conexión insuficiente. Por otra parte, la doctrina científica ha denunciado que se trata de un concepto vago, indeterminado y falto de concreción⁷², que genera una grave inseguridad jurídica, no solo porque la parte sobre la que recae la carga de la prueba puede verse en dificultades a la hora de concretar el concepto, sino también porque es altamente probable que los Estados participantes a la hora de definir tales situaciones incurran en el riesgo de crear disparidades inasumibles en la aplicación de la directiva⁷³.

En sentido contrario se posiciona el Servicio jurídico de la Comisión Europea que entiende que la cláusula se aplicará en aquellas circunstancias excepcionales en las que la transacción financiera controvertida carezca del *nexus* necesario exigido por el Derecho internacional y rechaza, de plano, la crítica vertida por el Servicio del Consejo de que resulta «totalmente insatisfactoria» a la hora de eliminar situaciones que muestren una conexión insuficiente, ya que no se trataría de una medida destinada a eliminar los efectos extraterritoriales del artículo 4, sino a evitar la responsabilidad tributaria de las entidades en circunstancias muy específicas.

Bibliografía

BOMBEKE, G. y BLEUS, E. [2013]: «Financial Transaction Tax», en *Intertax*, Wolter Kluwer, volumen 41, n.º 10.

CALVO ORTEGA, R. [2013]: «El Impuesto sobre las Transacciones Financieras: un proyecto europeo», en *Nueva Fiscalidad*, Editorial Dykinson, n.º 1.

DENYS, L. [2012]: «Why a Financial Transaction Tax», en *EC Tax Review*, Wolter Kluwer, n.º 1.

DELMAS GONZÁLEZ, F. J. [2012]: «Propuesta de Directiva del Impuesto sobre Transacciones Financieras», en *Crónica Tributaria*, IEF, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 145.

DIETLEIN, G. [2012]: «National approaches towards a Financial Transaction Tax and their compatibility with European Law», en *EC Tax Review*, Wolter Kluwer, n.º 4.

DOUMA, S. [2012]: «Non discriminatory tax obstacles», en *EC Tax Review*, Wolter Kluwer, n.º 2.

ENGLISH, J.; VELLA, J. y YEVGENYEVA, A. [2013]: «The financial transaction tax proposal under the enhanced cooperation procedure: legal and practical considerations», en *British Tax Review*, Sweet & Maxwell Ed., n.º 5.

⁷² Vid. ENGLISH, J.; VELLA, J. y YEVGENYEVA, A.: «The financial transaction tax proposal under the enhanced cooperation procedure: legal and practical consideration», cit., pág. 13.

⁷³ Vid. el Informe del Servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea, pág. 8.

- GONZÁLEZ MÉNDEZ, A. [2013]: «La crisis económica y financiera de la Unión Europea y el Impuesto sobre las Transacciones Financieras. Su contribución al objeto de estabilidad», en *Crónica Presupuestaria*, n.º 1.
- HENKOW, O. [2012]: «The Commission's Proposal for a Common System of Financial Transaction Tax: a legal appraisal», en *EC Tax Review*, n.º 1.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ BARRERA, P. A. [2013]: «La Propuesta de la Unión Europea para el Impuesto sobre las Transacciones Financieras en el marco de la cooperación reforzada: entre justicia tributaria, recaudación y restricción de las libertades comunitarias», en *RCyT. CEF*, n.º 368.
- IGLESIAS CASAS, J. M. [2007]: *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra.
- JONES, B. y UPADHAY, D. [2013]: «The EU Financial Transaction Tax - reactions and implications», en *Tax Planning International Indirect Taxes, International Tax Centre*.
- KAIDING, J. [2014]: «The Financial Transaction Tax: the way forward for the European Union?», en *EC Tax Review*, n.º 1.
- KITROMILIDES, Y. y GONZÁLEZ, A. R. [2013]: «The EU Financial Transactions Tax: antecedents and current debate», en *Panoeconomicus*, n.º 3.
- LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. [2012]: «La Propuesta de imposición sobre el sector financiero en la Unión Europea: ¿es una solución eficaz o una mera salida de emergencia?», en *Tribuna Fiscal*, n.º 255.
- MARTÍNEZ CARRASCAL, C. [2012]: «El Impuesto sobre Transacciones Financieras. Descripción de la Propuesta de la Comisión Europea», en *Estabilidad Financiera*, n.º 23.
- MEUSEEN, G. T. K. [2011]: «A new tax strategy for the European Union: FTT and FAT, realistic or a bridge too far?», en *European Taxation*, febrero/marzo.
- SCHÄFER, D. [2012]: «Financial Transaction Tax contributes to more sustainability in Financial Markets», en *Intereconomics*.
- SCHULMEISTER, S. [2012]: «A General Financial Transactions Tax: Strong Pros, Weak Cons», en *Intereconomics*.
- SMIT, D. S. [2012]: «The Financial Transaction Tax and the TFEU Freedoms», en MARRES O. y EBBER, D., *Taxing the Financial Sector*, Ámsterdam, IBFD.
- SORENSEN, K. E. [2007]: «Towards a more comprehensive examination of the compatibility of indirect taxes with the internal market», en *Intertax*, volumen 35.
- VELLA, J. [2011]: «The EU Commission's proposal for a Financial Transaction Tax», en *British Tax Review*.
- VOGEL, T. y CORTEZ, B. [2011]: «A Financial Transaction Tax for Europe», en *EC Tax Review*, n.º 1.
- [2013]: «Recent developments and resulting implications regarding a Financial Transaction Tax in Europe», en *European Taxation*, abril.