

CONTROLO DA ESTABILIDADE ORÇAMENTAL E LIMITES TERRITORIAIS AO PODER TRIBUTÁRIO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DA UE

COORDENADORES

JOSÉ CASALTA NABAIS

SUZANA TAVARES DA SILVA

AUTORES

AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ

JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA

JOSÉ CASALTA NABAIS

JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID

JOSÉ MANUEL IGLESIAS CASAIS

JUAN J. NIETO MONTERO

MARIA ODETE BATISTA DE OLIVEIRA

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO

SUZANA TAVARES DA SILVA

(Página deixada propositadamente em branco)

**CONTROLO DA ESTABILIDADE ORÇAMENTAL E
LIMITES TERRITORIAIS AO PODER TRIBUTÁRIO
SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DA UE**

(Página deixada propositadamente em branco)

**CONTROLO DA ESTABILIDADE ORÇAMENTAL E
LIMITES TERRITORIAIS AO PODER TRIBUTÁRIO
SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DA UE**

COORDENADORES

JOSÉ CASALTA NABAIS
SUZANA TAVARES DA SILVA

AUTORES

AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ
JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA
JOSÉ CASALTA NABAIS
JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID
JOSÉ MANUEL IGLESIAS CASAIS

JUAN J. NIETO MONTERO
MARIA ODETE BATISTA DE OLIVEIRA
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO
SUZANA TAVARES DA SILVA

O presente trabalho foi realizado:

no âmbito das actividades do Grupo de Investigação “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013);

e

en el marco de los Proyectos I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad “Constitucionalización de la estabilidad presupuestaria y sus implicaciones en los procesos de presupuestación, ejecución y control del gasto público en una Hacienda múltiple” (DER2012-37921-C02-01); “Instrumentos para la financiación sostenible de la Hacienda Pública. En especial, la contribución del sistema fiscal” (DER2012-37921-C02-02) e “La vigencia del principio de territorialidad fiscal en el Mercado Interior como mecanismo corrector de las libertades comunitarias a los sistemas fiscales nacionales” (DER2011-27644).

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito

Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN

978-989-26-1400-7

ISBN DIGITAL

978-989-26-1401-4

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-140>

DEPÓSITO LEGAL

400586/15

PRINT BY

CreateSpace

© JULHO 2017

IMPrensa DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ÍNDICE

Nota Prévia.....	11
I. O CONTROLO DA ESTABILIDADE ORÇAMENTAL PROMOVIDO PELA UNIÃO EUROPEIA E A FUNÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NA SUA PROSECUÇÃO	
1. El Control de Constitucionalidad de la Estabilidad Presupuestaria en España	15
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO	
2. Modificações Recentes do Sistema Fiscal Português e a Estabilidade Financeira	29
JOSÉ CASALTA NABAIS	
3. La Evaluación de las Reglas Fiscales por Organismos Independientes en la Unión Europea	59
AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ	
4. A Intervenção de Organismos Independentes na Avaliação das Regras Fiscais e o Respetivo Contributo para a Sustentabilidade do Sistema Fiscal. O Conselho das Finanças Públicas	79
SUZANA TAVARES DA SILVA	
5. Incentivos Fiscales a la Reactivación del Sector Inmobiliario Español: las Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario	101
JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID	
6. As Duas Faces de Jano: a Impossibilidade Económica e Política de Manter os Orçamentos Nacionais Equilibrados sem um Verdadeiro Orçamento Europeu	117
JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA	
II. LIMITES TERRITORIAIS DO PODER TRIBUTÁRIO DERIVADO DO DIREITO E DA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA	
7. La Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tras los Últimos Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia de <i>Exit Taxes</i>	131

JOSÉ MANUEL IGLESIAS CASAIS

8. A Tributação à Saída (*Exit Taxes*) na Recente Jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE: o Caso Português. As Alterações Introduzidas na Legislação Nacional159

MARIA ODETE BATISTA DE OLIVEIRA

9. Límites Derivados del Reparto de la Potestad Tributaria entre el Estado Central y los Entes Subcentrales en la Reciente Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea177

JUAN JOSÉ NIETO MONTERO

AUTORES

Amelia González Méndez

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Santiago de Compostela

João Nogueira de Almeida

Professor Auxiliar de Direito Económico. Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

José Casalta Nabais

Professor Associado com Agregação. Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

José Manuel Almudí Cid

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid

José Manuel Iglesias Casais

Profesor Acreditado a Contratado Doctor
Universidad de Santiago de Compostela

Juan José Nieto Montero

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Santiago de Compostela

Maria Odete Batista de Oliveira

Professora Auxiliar da Faculdade de Economia
Universidade do Porto

Miguel Ángel Martínez Lago

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid

Suzana Tavares da Silva

Professora Auxiliar de Direito Público. Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

(Página deixada propositadamente em branco)

NOTA PRÉVIA

Controlo da Estabilidade Orçamental e Limites Territoriais ao Poder Tributário segundo a Jurisprudência da UE é o resultado de uma colaboração entre o Grupo de Investigação “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e os investigadores dos Departamentos de *Derecho Financiero y Tributario* das Universidades de Santiago de Compostela e Complutense de Madrid, no âmbito dos Projectos I+D “Constitucionalización de la estabilidad presupuestaria y sus implicaciones en los procesos de presupuestación, ejecución y control del gasto público en una Hacienda múltiple” (DER2012-37921-C02-01); “Instrumentos para la financiación sostenible de la Hacienda Pública. En especial, la contribución del sistema fiscal” (DER2012-37921-C02-02) e “La vigencia del principio de territorialidad fiscal en el Mercado Interior como mecanismo corrector de las libertades comunitarias a los sistemas fiscales nacionales” (DER2011-27644).

No essencial, o presente livro recolhe as comunicações apresentadas no Seminário Internacional Luso-Espanhol, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no dia 4 de Maio de 2015.

Os trabalhos desenvolvidos no âmbito desta parceria de investigação buscam respostas e apresentam reflexões sobre os ajustamentos necessários no contexto da adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais ao denominado Tratado Orçamental (Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária), bem como à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria fiscal.

A obra divide-se em duas partes. A primeira cuida do tema do “controlo da estabilidade orçamental promovido pela União Europeia e a função do

sistema tributário na sua prossecução” e nela se incluem seis textos. A reflexão começa com um estudo dedicado ao problema do controlo de constitucionalidade da estabilidade orçamental em Espanha, seguem-se dois textos sobre as modificações recentes dos sistemas fiscais dos dois países sob o mote da estabilidade financeira, posteriormente encontramos dois trabalhos sobre o controlo de regras fiscais, financeiras e orçamentais por organismos independentes (as conhecidas *Independent Fiscal Institutions – IF’s*) e a sua implementação em Portugal e em Espanha e, por último, esta primeira parte finaliza com uma reflexão sobre a necessidade de um orçamento europeu.

A segunda parte, dedicada ao tema dos “limites territoriais do poder tributário derivado do direito e da jurisprudência da União Europeia”, é integrada por três textos. Os dois primeiros sobre o problema da denominada ‘tributação à saída’ (os “*exit taxes*”), fruto da construção jurisprudencial do TJUE, que teve implicações significativas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, e um terceiro que analisa os limites decorrentes da repartição de poderes entre o Estado e as entidades regionais e locais por decorrência, também, da jurisprudência do TJUE.

Estamos assim perante um conjunto de estudos de direito constitucional tributário e de direito europeu financeiro e fiscal, dedicados aos principais problemas resultantes da imposição de regras jurídicas imperativas em matéria de estabilidade orçamental e da interferência da jurisprudência do TJUE com as opções fiscais nacionais, capaz de proporcionar ao leitor, não só a informação actualizada necessária à compreensão dos problemas, como ainda uma visão panorâmica, comparada e crítica sobre estas matérias.

Coimbra, Outubro de 2015.

José Casalta Nabais

Suzana Tavares da Silva

I

O CONTROLO DA ESTABILIDADE ORÇAMENTAL
PROMOVIDO PELA UNIÃO EUROPEIA
E A FUNÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO
NA SUA PROSECUÇÃO

(Página deixada propositadamente em branco)

I

O CONTROLO DA ESTABILIDADE ORÇAMENTAL PROMOVIDO PELA UNIÃO EUROPEIA E A FUNÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NA SUA PROSSECUÇÃO

(Página deixada propositadamente em branco)

1.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN ESPAÑA

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid*

Sumario: *I. Introducción. II. La doble constitucionalización, europea e interna de la estabilidad presupuestaria. III. El control de constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria.*

I. INTRODUCCIÓN

La razón de la elección de este tema venía dada por una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 215/2014, de 18 de diciembre), que había tenido que estudiar junto al profesor de Derecho Constitucional y buen amigo, Javier García Roca, en un comentario que recientemente ha publicado la *Revista Española de Derecho Europeo*. La sentencia ha validado íntegramente, tras la impugnación que había recibido por parte del Gobierno de Canarias, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; ley que procede al desarrollo del artículo 135 de la Constitución, reformado en septiembre de 2011.

El control de constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria requiere, para su cabal comprensión, aludir previamente al significado del principio de estabilidad presupuestaria y a los motivos que llevaron a su constitucionalización. El recorrido ha de ser forzosamente breve, para observar después las dificultades de someter ese principio a un control de constitucionalidad.

II. LA DOBLE CONSTITUCIONALIZACIÓN, EUROPEA E INTERNA DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

La estabilidad presupuestaria –y sus derivaciones, en cuanto al freno al déficit y al endeudamiento excesivos– es la consecuencia de una doble constitucionalización, europea e interna. La primera aconteció en 2007, con la Reforma de los Tratados realizada en Lisboa, aunque el principio ya había aparecido en las primeras formulaciones de la unión económica y monetaria. La segunda se realizó de forma apresurada –por las imposiciones de los “mercados”– en 2011, con la Reforma del artículo 135 CE, y continuó después con la aprobación de la Ley Orgánica de desarrollo.

Por ese doble origen, la estabilidad presupuestaria constituye un extraordinario *banco de pruebas* sobre la progresiva constitucionalización de la economía en el Derecho europeo, el carácter derivado de las normas constitucionales y sus limitaciones, los numerosos obstáculos para establecer controles políticos en Estados compuestos y las indudables dificultades para ordenar los mercados y las finanzas con meras reglas jurídicas.

La *visión unidimensionada* del principio ha consagrado el rigor de las finanzas públicas, descuidando la necesaria protección de los derechos económicos y sociales de buena parte de la población. Pero pertenecer a la *Academia* proporciona ventajas frente al *discurso oficial*. Así está que podemos abrigar dudas sobre la bondad de las políticas impuestas, dado el *deber republicano de pensar* que tenemos los iuspublicistas.

Últimamente, ha predominado entre los economistas la idea de que el endeudamiento público es malo. Y ello ha calado también en la conciencia de buena parte de los juristas europeos. La *contrarrevolución* en la teoría monetaria ha alimentado la progresiva constitucionalización de mandatos de equilibrio presupuestario y prohibición del endeudamiento.

Pero hubo un tiempo en que no se pensaba así y los hacendistas admitían el recurso excepcional a la deuda, confiando un significativo rol a desempeñar por el sector público en economías mixtas como las de nuestros países. Keynes lo teorizó bien, a la par que advertía que “*uno podría leer las entrañas de las ovejas, como hacían los romanos, con tanta seguridad como se hacen las predicciones de mercado*”.

La *Gran Recesión* que arrancó en julio de 2007 ha retorcido el orden de las cosas importantes. Acuciados por la gravedad de la crisis financiera, parece que no quepa alternativa a la *congelación presupuestaria*. Sin embargo, cuando se piensa en reducir el déficit, lo esencial es saber qué fue lo que lo provocó y no caer en lo que Stiglitz ha llamado “*el fetichismo del déficit*”.

Krugman también ha expuesto que “*en tiempos normales está bien preocuparse por el déficit presupuestario, y la responsabilidad fiscal es una virtud que tendremos que volver a aprender tan pronto como la crisis quede atrás. Sin embargo, cuando prevalece la economía de la depresión, esta virtud se convierte en un vicio*”.

Algo va mal, como teorizaba bien Tony Judt, o nos iría muy mal si, después de la crisis, no volviéramos a aprender a plantear las preguntas decisivas. Y entre éstas sobresale cuestionarnos por la *legitimidad* y *corrección* de las decisiones legislativas y de los pronunciamientos judiciales.

Una de las consecuencias más palpables de la tremenda crisis económica ha sido la acentuación del proceso de *constitucionalización de la economía* en el Derecho de la Unión Europea. Es en dicho ordenamiento donde se recogen las decisiones políticas básicas, materialmente constitucionales, por encima de las formales Constituciones domésticas. Y fue allí donde comenzó la consagración del principio de estabilidad presupuestaria, como una consecuencia de la *unión económica y monetaria* que se proyectaba, mientras que al otro lado del Atlántico el énfasis de la disciplina presupuestaria venía impulsado por el *consenso de Washington*.

En sus desarrollos más recientes, la estabilidad presupuestaria se ha revelado como un instrumento de *coordinación de las políticas económicas* de los Estados miembros y no sólo de sus Presupuestos. Baste observar cómo el *consenso de Berlín* ha dado a luz un Tratado intergubernamental, el *Fiscal Compact*, que refuerza los poderes de las instituciones comunitarias para dirigir las políticas presupuestarias de los Estados miembros, y *centraliza* la arquitectura económica europea con un sistema menos respetuoso de la soberanía de los países miembros que el federal de los Estados Unidos.

Con la *Reforma de los Tratados*, llevada a cabo en Lisboa, a finales de 2007, el principio de estabilidad presupuestaria dejó de ser un *objetivo de política económica* para convertirse en una *obligación constitucional*. Cuatro años después de la aprobación del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, se aprobó, por impulso bipartidista, la *Reforma del artículo 135 de la Constitución* española. En ninguno de ambos escenarios –europeo y nacional– se vivió en España un *momento constitucional*, si por tal entendemos discusión, publicidad y participación de las minorías.

Tampoco lo hubo después, con la aprobación del *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria* de 2012. El papel de las Cortes Generales fue muy pequeño y el de la opinión pública casi inexistente. Un *déficit democrático* evidente frente a la silente mutación previa de la Constitución escrita. Una preocupante *huida del Derecho constitucional* que poco

tiene que ver con el respeto a la Ley Fundamental, al principio del Estado de Derecho y a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal en Alemania. No es ocioso recordar, por ejemplo, que el *Bundestag* conoció y debatió el *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera*, sin que las Cortes Generales españolas hayan podido decir nada al respecto.

La Reforma Constitucional de 2011 parece tener la naturaleza de un *cambio derivado y sobrevenido* con cierto automatismo. El compromiso y la obligación jurídica estaban ya presentes en el Derecho de la Unión Europea y su incorporación a nuestra Constitución interna es indicio de la vinculación a ese compromiso. Además coincidió en el tiempo con todas esas medidas que desde la Unión se adoptaron para atajar la crisis financiera. Entre otros:

— El *Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera*, contenido en el Reglamento UE 407/2010, del Consejo, de 11 de mayo de 2010.

— El *Semestre Europeo de coordinación presupuestaria*, creado por acuerdo del Consejo Europeo de 7 de septiembre de 2010.

— El denominado “*Six Pack*”, vigente desde diciembre de 2011 y que reformó, endureciéndolo, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, creó un nuevo mecanismo de vigilancia de los desequilibrios macroeconómicos excesivos y fijó obligaciones de planificación presupuestaria de los Estados miembros.

— Los dos Reglamentos del Parlamento y del Consejo, de mayo de 2013, que conforman el “*Two Pack*”.

Y, aparte de los anteriores actos comunitarios, cabría citar otros de Derecho internacional encaminados también a reforzar la supervisión presupuestaria y proveer instrumentos de rescate. A este último ámbito pertenecen:

— La *Facilidad Europea de Estabilidad Financiera*, aprobada por veintiocho Estados el 9 de mayo de 2010.

— El *Pacto por el Euro Plus*, sustentado en un acuerdo intergubernamental de veintitrés Estados y que fue firmado durante el Consejo celebrado los días 24 y 25 de marzo de 2011.

— El *Mecanismo Europeo de Estabilidad*, regulado en el Tratado hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012.

— Y el ya citado “*Fiscal Compact*”, vigente desde el 1 de enero de 2013 y que es otro acuerdo intergubernamental de veinticinco Estados, que no forma parte del Derecho de la Unión y “no afectará a las competencias de la Unión para actuar en el ámbito de la unión económica” (art. 2.2 TECG), sin perjuicio de que pretenda incorporarse a dicho marco jurídico en un plazo máximo de cinco años (art. 16 TECG).

Todas estas nuevas disposiciones han entrado a formar parte de nuestros ordenamientos con claro menoscabo de las competencias parlamentarias.

Hoy asistimos a una clara *abdicación parlamentaria* frente a las cifras determinadas por los contables y acogidas por los Ejecutivos con el respaldo comunitario. *Si viene de Europa, pues habrá que aprobarlo...*, parece ser el parámetro que resta a la tradicional función presupuestaria. Y el marco jurídico europeo ha favorecido una *fuga informal de los asuntos presupuestarios* de los Estados miembros en una corriente arriba (“*upstream*”) hacia las instituciones de la Unión.

¿Dónde queda la democracia representativa en este escenario? Como si viniera a responder a esta pregunta, un Informe de la *Cámara de los Comunes* del Parlamento británico, de 27 de marzo de 2012, realizaba una seria crítica de las incoherencias a que llevan las sucesivas modificaciones del Derecho de la Unión, sea a través de procedimientos comunitarios o mediante acuerdos intergubernamentales, pero sin presencia de la democracia representativa. La conclusión que cerraba el Informe justificaba el rechazo del Reino Unido hacia el *Pacto Fiscal* por la tendencia creciente de la Unión de proponer virtudes del Estado de Derecho que no se aplican en la práctica y ofrecen la cada vez más inquietante evidencia de una Unión que ignora peligrosamente sus propios preceptos por fines políticos.

Deberíamos aprender la lección y estar en el futuro mucho más atentos al *Derecho Constitucional Europeo*, para que no se nos cuele otras normas materialmente constitucionales sin tener realmente la oportunidad de discutirlos y participar de manera efectiva en su elaboración.

El *nuevo artículo 135 CE* es una disposición constitucional de *estructura compleja* e integrada por varios tipos de normas:

- La vinculación a un principio constitucional, de estabilidad presupuestaria.
- Dos prohibiciones y límites de déficit y deuda: son dos caras de la misma moneda, estando el primero al servicio del segundo.
- Un doble reenvío para su fijación a la Unión Europea y a una Ley Orgánica.
- La autorización por ley para emitir deuda pública y para contraer crédito.
- La prioridad absoluta del pago de la deuda pública.
- Unas excepciones a la regla en varias situaciones: catástrofes naturales, recesión económica y situaciones de emergencia extraor-

- dinaria que escapen al control del Estado.
- Una reserva constitucional y habilitación a la ley orgánica.
 - Y un mandato a las Comunidades Autónomas de adoptar disposiciones para hacer efectivo el principio.

El principio de estabilidad presupuestaria es el único principio jurídico que recoge el artículo 135 CE. Todas las demás normas están al servicio del mismo. Supone una garantía a la que deben adecuarse todas las Administraciones públicas: una perspectiva que deben tener en cuenta para que oriente e inspire la conformación de sus actuaciones. Y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera –norma de desarrollo del precepto constitucional– entiende la estabilidad como “*sostenibilidad financiera*”. Una expresión con la que se pretende reforzar la estabilidad, al comprenderla no sólo como un principio coyuntural sino como un “*conducta financiera permanente*”. Quiere significarse una situación de equilibrio o de superávit estructural (art. 3.2 LOEPSF) y debe entenderse como la capacidad de financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de la deuda comercial de las Administraciones (art. 4.2 LOEPSF).

Los destinatarios del freno constitucional son todos los entes territoriales y órganos del Estado con competencia para emprender acciones que puedan causar la superación de los topes de déficit y endeudamiento. La consecución de la estabilidad presupuestaria –como la solidaridad– puede demandar comportamientos favorables al conjunto del *Estado ordenamiento*. Esta situación podría llevar a desempolvar el principio constitucional de *solidaridad interterritorial*, hasta ahora infrautilizado, y que permite establecer límites a las competencias propias, así como exigir comportamientos favorables al todo.

Valorando la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, el profesor y presidente emérito del Tribunal Constitucional, Álvaro Rodríguez Bereijo, ha señalado la cesión de soberanía en materia financiera y presupuestaria a la Unión Europea que entraña. Cesión que altera el equilibrio de la división de poderes entre el Parlamento y el Gobierno en materia presupuestaria y limita, en favor de las autoridades europeas, su libertad de configuración en el ejercicio de sus competencias constitucionales dentro de todas las fases del ciclo presupuestario. Hay una preocupante *pérdida de centralidad presupuestaria del Parlamento* y afecta, desde luego, también a las relaciones financieras del Estado con las Administraciones territoriales, limitando su autonomía política y financiera reconocida constitucionalmente.

La Reforma de la Constitución optó por reenviar a la Ley Orgánica de desarrollo los procedimientos de coordinación o la distribución de los límites de déficit y de deuda pública, lo cual nos parece correcto al perseguir una adecuada flexibilidad. Sin embargo, no puede valorarse igualmente la *omisión constitucional de la responsabilidad por incumplimiento y las sanciones*, pues creemos que constituye una materia constitucional de la que debió ocuparse la Reforma. Entre otras razones, y por un justo paralelismo con las disposiciones constitucionales en materia de controles (arts. 153 y 155 CE) y por respeto a la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Yendo ya al control de constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria, podemos traer las palabras de Valerio Onida, antiguo presidente de la *Corte Costituzionale* italiana, quien ha ironizado sobre las funciones de la misma en el control del equilibrio presupuestario, pues piensa que: “*es difícil asignar a un juez la verificación de la exactitud de un documento económico y financiero*”.

También el presidente emérito del Tribunal Constitucional español, el profesor Rodríguez Bereijo, ha expuesto las dificultades para controlar aspectos como el déficit estructural, por tratarse de una variable económica que ha de ser *estimada* y los métodos para ello pueden arrojar resultados diferentes. A la difícil justiciabilidad de este *concepto jurídico-constitucional indeterminado* se unen otras ambigüedades que podrían vulnerar el principio de taxatividad de las prohibiciones de déficit y endeudamiento.

Por otro lado, el control de constitucionalidad confiado al Tribunal Constitucional se mueve en este campo, más que en ningún otro, en una permanente tensión entre dos extremos: la autolimitación o *self-restraint* que, en ocasiones, deriva en la simple abdicación de su función de control sobre la ley; y la aplicación activista de los preceptos constitucionales que integran la Constitución económica, con el riesgo de sustituir las decisiones del legislador democrático en su legítima libertad de opción política.

Habrà que ponderar ambos platos de la balanza. Y para que la estabilidad-sostenibilidad sea realmente eficaz, el Tribunal no debería detenerse en un *control formal*, meramente externo, de las normas o disposiciones generales sometidas a su enjuiciamiento, sino que debería hacer también un *control material*, contrastando la ley con su aplicación práctica y la coherencia del legislador con las consecuencias de sus propias opciones legislativas.

Sin embargo, habría que realizar serios *cambios de procedimiento* de la jurisdicción constitucional para que un control de este tipo, *más incisivo*, pudiera realizarse sin caer en *dilaciones estructurales indebidas* del Tribunal Constitucional, que le ubican frecuentemente en una nube fuera de la división de poderes.

Un claro ejemplo de lo expuesto fueron las sentencias del Tribunal sobre las primigenias leyes de estabilidad presupuestaria que se habían aprobado en 2001 y que se producirían al tiempo de la Reforma Constitucional de 2011. Teniendo en cuenta la entidad de las impugnaciones y los órganos que las promovieron en su momento, la tardanza despoja de su función garantista a la justicia constitucional, haciendo irrelevantes sus pronunciamientos y menospreciados por los sujetos políticos del circuito democrático representativo.

Pese a ello, *una vez descorchada la botella, puede derramarse su contenido...* Y, en efecto, tras la primera sentencia constitucional sobre el principio de estabilidad presupuestaria (STC 134/2011, 20 de julio), vinieron doce más antes de que finalizase 2011, todas sobre la legislación aprobada diez años antes. En la STC 134/2011, de 20 de julio y en otras dos (SSTC 197/2011 y 198/2011, de 13 de diciembre) se resolvieron las impugnaciones contra las originarias leyes de estabilidad presupuestaria aprobadas en 2001. Otras cinco sentencias abordaron los recursos contra la Ley 18/2001 (SSTC 157/2011, de 18 de octubre; 195/2011, 196/2011, 199/2011, de 13 de diciembre y 203/2011, de 14 de diciembre) y cinco más resolvieron los que se presentaron contra la Ley Orgánica 5/2001 (SSTC 185/2011, 186/2011, 187/2011, 188/2011 y 189/2011, todas de 23 de noviembre). En apretada síntesis, en esa jurisprudencia se reconoció:

- La competencia del Estado (ex art. 149.1 CE, reglas 13.^a y 14.^a) para frenar el gasto público, imponer topes máximos a su crecimiento, y acomodar la actividad financiera autonómica a las medidas que vaya adoptando el Estado para alcanzar la estabilidad económica.
- También se refrendó la necesaria autorización estatal de las operaciones de crédito de las Haciendas inferiores y la obligación que estas tienen de elaborar planes económico-financieros para corregir los desequilibrios, tanto por parte de las Comunidades Autónomas, como de las Entidades Locales.
- Se posibilitó también que el Ministerio de Hacienda recabe y obtenga información concreta de su actividad financiera.

- Y, asimismo, se entendió que el nuevo artículo 135 CE representaba ya el canon de constitucionalidad, que vincula a todos los poderes públicos y legitima el establecimiento de límites en materias concretas de los Presupuestos de las Comunidades Autónomas, por exigencias de coordinación y gradual recuperación del equilibrio presupuestario.

La misma crítica que se ha hecho, por su tardanza en aparecer, merece la STC 44/2015, de 5 de marzo. En ella se declara inconstitucional una modificación normativa realizada en diciembre de 2004 –a través de la Ley de Presupuestos para 2005–, que afectó al *procedimiento parlamentario de convalidación* de los objetivos de déficit y de deuda pública que se estuvo aplicando hasta la Reforma Constitucional de 2011. En el FJ 3.º d) de la STC 44/2015, de 5 de marzo, se sostiene que la disposición controvertida no presentaba conexión económica o presupuestaria con la Ley de Presupuestos –lo cual nos parece contradictorio con la finalidad reconocida por el Tribunal al trámite parlamentario para “determinar el objetivo de estabilidad presupuestaria a cuyo cumplimiento se deben dirigir los presupuestos”– y se incurre en el error de entendimiento sobre el *procedimiento para fijar el objetivo de estabilidad presupuestaria* –que era lo que se modificaba en la Ley de Presupuestos–, confundiendo con el “procedimiento parlamentario de aprobación de los presupuestos generales”, deduciendo que “esa ordenación procedimental afecta a la autonomía reglamentaria de la Cámara (...) y, por tanto, queda al margen del limitado contenido material que el art. 134.2 CE reserva a la ley de presupuestos”. No nos podemos entretener en este clamoroso *falla* del Tribunal, cuya eficacia práctica es ninguna.

Entre medias de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de desarrollo del artículo 135 CE y esta última sentencia, el Tribunal ha pronunciado otras seis sentencias más, caracterizadas por incurrir en el mismo *retraso* del enjuiciamiento de las normas impugnadas y por la reafirmación de las competencias del Estado.

Al primer grupo corresponden, por ejemplo, la STC 120/2012, de 4 de junio, que desestima el recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, reiterando la competencia del Estado en el establecimiento de límites al posible endeudamiento de las Entidades Locales para el cumplimiento de los objetivos de estabilidad y de deuda pública. También, la STC 36/2013, de 14 de febrero, que desestima el recurso del Gobierno de Castilla-La Mancha contra otra ley de acompañamiento, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, declarando la competencia estatal para repercutir en el orden interno la responsabilidad

por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Igualmente, la STC 143/2013, de 11 de julio, que desestima otro recurso del Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la modificación que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, había introducido en la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, al establecer el cumplimiento del objetivo de estabilidad entre los criterios de gestión económico-financiera local.

Y esa reafirmación de competencias estatales se observa, aparte de en los fallos que se acaban de citar, en la STC 56/2014, de 10 de abril, que estima la cuestión planteada por el TSJ de Cantabria contra la Ley de Presupuestos de dicha Comunidad para 2011, declarando la inconstitucionalidad del precepto impugnado porque “*el régimen de prohibición de pago aplazado es indiscutiblemente básico, tanto por regular un aspecto nuclear de la contratación administrativa como por su conexión con el principio de estabilidad presupuestaria...*” (FJ 4.º). También la STC 152/2014, de 25 de septiembre, que, entre otros aspectos, desestima los argumentos de un recurso del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011, en lo que afectaba a los límites del endeudamiento de las Entidades Locales. Asimismo, la STC 171/2014, de 18 de diciembre, que declara la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley foral 12/2010, de 11 de junio, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que había sido impugnado por el Presidente del Gobierno, afectando también a la competencia del Estado sobre el establecimiento de límites al endeudamiento local.

Y, contrastando con tantas dilaciones indebidas, el Tribunal nos ha sorprendido con la *repentina* consideración de la *constitucionalidad de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria*, en su STC 215/2014, de 18 de diciembre, donde rechaza cuantos argumentos se esgrimieron en la impugnación que hizo el Gobierno de Canarias. Pero lo hace de una manera no siempre convincente, como revela que nada menos que cinco Magistrados discrepantes consideren en su *Voto Particular* que varios de los artículos recurridos¹ son contrarios a la Constitución.

La sentencia ha validado la traslación a nuestro ordenamiento del *esquema de prevención* y sanción de los déficits excesivos existente en la Unión Europea. Pero éste es un trasplante difícil de realizar a las relaciones entre el Estado y

¹ El recurso del Gobierno de Canarias se dirigió contra los artículos 10.3, 11.6, 12.3, 16, 19, 20.3, 24, 25.2 y 26, además de las disposiciones adicionales segunda y tercera de la LOEPSF. En el *Voto Particular* se entiende que los artículos 11.6, 16, 25.2 y 26.1, además de las disposiciones adicionales segunda y tercera.2 de la LOEPSF, eran contrarios a la Constitución.

las Comunidades Autónomas, cuya distribución de competencias se hace por la Constitución y no por el Derecho de la Unión. Nos limitaremos a sintetizar –y mucho– la larga y confusa sentencia del Tribunal Constitucional:

- en ella se reitera que la competencia del Estado en materia de estabilidad presupuestaria proviene del artículo 149.1 CE (reglas 11.^a, 13.^a, 14.^a y 18.^a) y no directamente del artículo 135 CE. El planteamiento no es nuevo. Sin embargo, nada se dice acerca de si el tipo de ley que habilita el artículo 135 CE cumple o no una específica función constitucional.
- Pese a la deficiente técnica legislativa de la LOEPSF, se declara constitucional la participación de los entes territoriales a través de los órganos multilaterales de coordinación: el Consejo de Política Fiscal y Financiera y la Comisión Nacional de Administración local.
- Se estima asimismo constitucional la doble remisión de la Ley a la metodología utilizada por la Comisión Europea para el cálculo del déficit estructural y la tasa de crecimiento del PIB. Con ello se asegura el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. Pero el asunto debió analizarse no desde la perspectiva de las fuentes del Derecho interno sino desde las relaciones entre dos ordenamientos igualmente válidos, ponderando que la competencia accesoria –el método de cálculo– debe seguir a la competencia principal ya transferida –los umbrales de déficit y deuda– a la Unión. La sentencia de la mayoría acierta, pero concurriendo en el fallo discrepamos del razonamiento empleado.
- Se considera que el procedimiento legal para fijar los objetivos individuales de déficit y deuda de las Comunidades Autónomas no deslegaliza la materia ni viola la reserva constitucional, tanto en lo que atañe a su participación como a los criterios para la fijación de esos objetivos. El Voto Particular advierte, sin embargo, que nada se prevé respecto de dichos criterios o principios y que estamos ante un reenvío en blanco al Gobierno de la Nación. Nos parece que deben compartirse las razones de la minoría.
- Se declara asimismo constitucional la regulación de los informes favorables del Ministerio de Hacienda con carácter previo a la concesión de subvenciones o suscripción de convenios en los casos de incumplimiento de los objetivos, porque la Ley Orgánica establece una previsión in abstracto que ha rellenado la colaboración

de las leyes ordinarias, en especial, de tres leyes de Presupuestos. La Sentencia parece no ponderar la relevancia de que una Ley Orgánica posterior ha modificado la LOEPSF en 2013, precisamente, para reconducir a la Ley de Presupuestos los criterios para la regulación de esos informes. La modificación legislativa evidencia –al modo de una confesión del legislador– que diversas leyes de Presupuestos se adentraron indebidamente en la materia reservada a la LOEPSF, sin que una de sus disposiciones finales identificara esa materia como conexas y excluida de la reserva. De manera que podría haber existido una inconstitucionalidad en el período intermedio. Por otra parte, es difícil sostener que toda esta confusión legislativa no afecte a la seguridad jurídica y a otros principios que informan la situación de las Comunidades Autónomas.

- Los hipotéticos vicios en el ejercicio por el Estado de la advertencia de riesgo de incumplimiento, o en los informes previos, deberán ser revisados por la jurisdicción contencioso-administrativa. La impugnación fue prematura en este punto, como si fuese un recurso preventivo. Compartimos con la Sentencia que se trata de una presunta irregularidad constitutiva de un vicio de legalidad que debe ubicarse extramuros de la jurisdicción constitucional. ¿Pero, lo que no ha resuelto el Tribunal Constitucional, lo podrán resolver los Tribunales de lo Contencioso?
- La LOEPSF declara que las medidas propuestas por la comisión de expertos que nombre el Gobierno, para revisar los incumplimientos detectados, serán de obligado cumplimiento. La Sentencia estima constitucional la previsión, pues dice que es una consecuencia previsible del incumplimiento de los objetivos de estabilidad amparada por las competencias estatales. En cambio, los Magistrados discrepantes advierten que esta declaración legal de obligatoriedad se anticipa a haber conseguido la necesaria autorización del Senado, dispuesta en el artículo 135 CE, y sustituye a los legítimos órganos autonómicos en el ejercicio de sus competencias por esa indefinida comisión de expertos. Creemos que los magistrados discrepantes atinan frente la sentencia de la mayoría. Como ya señalamos en una monografía previa y hemos advertimos más atrás, la reforma constitucional del artículo 135 CE se olvidó de lo más importante: regular un sistema de controles. Y, al no hacerlo, el Gobierno debe seguir religiosamente lo dispuesto bien en el artículo 153 CE o en el artículo 155 CE. La LOEPSF no puede anticipar las «medidas

necesarias» –que la Constitución establece en este último precepto– sin esperar a conseguir la autorización del Senado. La obligatoriedad de las medidas de la comisión de expertos y la sustitución de los órganos autonómicos es prematura.

- El establecimiento de medidas de cumplimiento forzoso para las Administraciones que incumplan los objetivos de déficit y deuda también se considera constitucional. Pero el Voto disidente cree que la previsión legal limita la discrecionalidad que el artículo 155 CE concede al Gobierno y está reformulando su prerrogativa constitucional. A nuestro parecer, la minoría no yerra en su crítica. La Ley hace una exégesis general del artículo 135 CE que debió venirle vedada, con más razón mientras no se declare que cumple una función constitucional. Y el automatismo en los controles limita la discrecionalidad gubernamental donde la Constitución no lo hace. La LOEPSF parece situarse aquí en el lugar del poder de reforma constitucional.
- La Sentencia estima constitucional la compensación o retención de fondos a las CCAA en casos de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones derivadas del Derecho de la Unión que la Ley introduce con carácter general. Pero la minoría disidente señala que esta materia no es una de las previstas en la reserva del artículo 135 CE que atañe únicamente a déficit y deuda. Entendemos que el Voto particular vuelve a acertar y que esta cuestión debió calificarse en la LOEPSF como una materia conexas, ubicada fuera de la reserva.
- La Ley determina que una vez suspendida automáticamente –ex art. 161.2 CE– una Ley de Presupuestos autonómica, tras su impugnación ante el Tribunal Constitucional, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos anteriores. La Sentencia afirma que es una medida constitucionalmente posible y que se acantona dentro de las competencias del Estado sobre coordinación de la actividad económica. El Voto Particular estima que el Estado reemplaza una decisión autonómica. Según nuestro criterio, la Ley desapodera de sus facultades constitucionales y estatutarias a los órganos de las Comunidades Autónomas a la hora de declarar la prórroga presupuestaria. La LOEPSF razona como si fuera una legislación de emergencia que permita derogar todas las competencias exclusivas de las Comunidades, dando por supuesto o presumiendo –con un paternalismo o autoritarismo innecesarios– que las instituciones autonómicas no van a hacer responsablemente esa declaración.

Finalmente, estimamos que la LOEPSF y la STC 215/2014 parecen olvidar las competencias constitucionales del *Tribunal de Cuentas* para realizar un control económico y presupuestario. La regulación legal aminora sensiblemente esas competencias sin que se hayan aportado mayores razones para no intentar una regulación procesal que establezca una nueva tramitación urgente y específica de esas irregularidades.

Seguimos pensando que este tipo de vicio –la desviación presupuestaria de los objetivos de déficit y deuda– se presta muy mal a ser verificada y reparada mediante instrumentos tan radicales como los propios de un control sobre los órganos de las Comunidades Autónomas. Resultarían probablemente más adecuados otros controles –del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Constitucional, o mediante la colaboración de ambos en un nuevo proceso– y, sobre todo, *mecanismos extrajudiciales* basados en la colaboración y coordinación entre entes.

Se ha perdido una ocasión con la creación de una *Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal*, encuadrada en la línea de mando del Ministerio de Hacienda. Mejor podría haberse pensado en establecer un *Consejo de Estabilidad*, asegurando sus cometidos en la propia Constitución.

Pero, para el caso de que nuestra recomendación prosperara, ahí va otra: *corriendo mucho no siempre se llega más temprano, ni en mejor estado a la meta*. Y, además, para que ese empeño fuese consciente, habría que leer. Algo que me recuerda lo que decía el Maestro Saramago: “*Todo el mundo me dice que tengo que hacer ejercicio. Que es bueno para mi salud. Pero nunca he escuchado a nadie que le diga a un deportista; tienes que leer*”. Parece que nuestros políticos padecen ese mismo déficit de lectura.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

A la Reforma de la Constitución Española de 2011 y su desarrollo efectuado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, nos hemos referido con detalle en J. GARCÍA ROCA y M.A. MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013; habiendo continuado nuestras reflexiones en: “El impacto de la crisis en nuestras dos constituciones”, en *Documentación Administrativa*, n.º 1, 2014, pp. 1-15; y en: “La repentina constitucionalidad de la Ley de estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre”, en *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 54, 2015, pp. 89-122. Previamente, y en solitario, me he ocupado también del tema en: “Crisis fiscal, estabilidad presupuestaria y reforma de la Constitución”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 24, 2011, pp. 10-21, y en: “La reforma del régimen jurídico de la estabilidad presupuestaria y el Tratado de Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 330, 2012, pp. 105-120. En el comentario que precede aparecen algunas citas que se corresponden con los trabajos de Tony JUDT, *Algo va mal*, 4.ª ed., Taurus, Madrid, 2011; Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, “La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado”, en *Crónica Presupuestaria*, n.º 1, 2013; y Joseph A. STIGLITZ, *El precio de la desigualdad*, Taurus, Madrid, 2012.

2.

MODIFICAÇÕES RECENTES DO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA

JOSÉ CASALTA NABAIS
Professor Associado com Agregação
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

Sumário: *I. A estabilidade financeira. 1.1. A sustentabilidade nos séculos XX e XXI. 1.2. O Programa de Assistência Económica e Financeira. 1.3. A estabilidade financeira do Tratado Orçamental. 1.3.1. Da necessidade do Tratado e seu procedimento. 1.3.2. O conteúdo e o significado do Tratado. II. As modificações recentes do sistema fiscal português e a estabilidade financeira. 2.1. O brutal aumento de impostos para as famílias. 2.2. A tributação das empresas. 2.2.1. O desagravamento do IRC e a criação de um “IRC paralelo”. 2.2.2. Uma tributação das empresas mais amiga do investimento?. 2.2.2.1. A “participation exemption”. 2.2.2.2. A “patent box”. 2.2.2.3. Maior neutralidade no tratamento dos gastos com o financiamento. 2.2.2.4. Os incentivos fiscais do CFI. 2.2.3. A tributação das PME. 2.2.4. A tributação das empresas multinacionais.*

Antes de mais, as minhas felicitações pela organização deste seminário internacional que veio permitir a reflexão e a discussão por grupos de investigação de Espanha e de Portugal sobre temas em que se cruzam o direito constitucional, o direito financeiro e o direito tributário, enquadrados pelo direito da União Europeia totalmente dominado pela criação e funcionamento do mercado interno. Temas da maior importância, teórica e prática, e de enorme actualidade para os tempos que correm.

E, quanto a esta minha intervenção, ao contrário da ordem que consta do título, vamos começar por falar da estabilidade financeira para, depois, aludirmos às modificações mais recentes do sistema fiscal português que possam, de algum modo, constituir expressão dessa preocupação de estabilidade.

I. A ESTABILIDADE FINANCEIRA

Pois bem, a estabilidade financeira a longo prazo, que presentemente, depois da crise das dívidas, em que as dívidas soberanas se tornaram indiscutíveis protagonistas¹, é reclamada um pouco por toda a parte e é imposta aos Estados membros da União Europeia pelo direito supranacional europeu, não constituindo mais do que a exigência da sustentabilidade financeira do Estado². Exigência que, independentemente dos específicos contornos jurídicos que venha a assumir, que obviamente não têm de ser os constantes do direito supranacional constituído pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento ou, na versão mais recente e, a seu modo, mais exigente, pelo Tratado Orçamental, não pode deixar de ser respeitada pelo Estado a longo prazo, sob pena, desde logo, de não conseguir angariar meios de financiamento junto dos mercados que lhe permitam financiar-se normalmente. Neste sentido, podemos dizer que se trata, em rigor, de uma regra de bom senso que não pode deixar de ser respeitada. Coisa bem diversa é saber se e em que medida a estabilidade financeira necessária para a sustentabilidade financeira dos Estados passa pela adopção de regras nos moldes e com o conteúdo das constantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento e do Tratado Orçamental.

Antes, porém, de qualquer outra consideração, impõe-se ter em devida conta o diverso suporte e sentido da ideia de sustentabilidade que serviu

¹ Dívidas soberanas, uma expressão que não deixa de ser, em larga medida, uma contradição nos próprios termos, porquanto as dívidas públicas, quando atingem elevadas rácios face ao correspondente PIB, que foi o que aconteceu quando tais dívidas viraram vedeta pelos piores motivos, constituem certamente uma das mais visíveis manifestações materiais de degradação da soberania dos Estados.

² Falamos apenas da sustentabilidade financeira porque é desta que se trata no presente Seminário, sendo de esclarecer que estamos certo de que a sustentabilidade financeira mais não é senão uma das componentes da sustentabilidade económico-financeira, e que esta é uma das sustentabilidades que integram a bem conhecida tetralogia das sustentabilidades, em que temos também a sustentabilidade ambiental e energética, a sustentabilidade social e a sustentabilidade política. Tetralogia que está, de resto, na base das áreas de investigação do Grupo 6 «Crise, Sustentabilidade e Cidadania» do actual projecto de investigação do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade des Coimbra.

de suporte às comunidades nacionais no século XX e aqueles com que teremos de aprender a conviver no século XXI.

1.1. *A sustentabilidade nos séculos XX e XXI.* Constituindo a sustentabilidade um requisito indispensável para a salvaguarda do Estado de direito democrático e social, essa instituição que tanto sucesso teve na segunda metade do século XX, tendo sido erigida em verdadeira aquisição civilizacional, em volta da qual há que erguer uma barreira intransponível que impeça a sua destruição, torna-se necessário algumas considerações que nos forneçam pistas para a compreensão que a sustentabilidade presentemente deve ter, a qual, ultimamente e sobretudo na Europa do Sul, vem sendo associada à ideia de austeridade. Com um tal propósito, é imperioso destacar a diferença de sentido entre a sustentabilidade do século XX e a sustentabilidade do século XXI, pois daí derivam consequências em sede das reformas que se impõem, começando pela necessidade de repensar a sociedade antes de proceder à reforma do Estado relativamente ao qual faz sentido falar de limites ao endividamento público e ajustamento das políticas públicas³.

Assim e antes de mais, é de esclarecer porque é que, em sede política e jurídica, de uma concepção própria do século XX, em que o dinheiro não era (visto como) verdadeiro problema, se passou para uma outra, a do século XXI, em que o dinheiro corre o risco de ser (visto como) o único problema. Uma pergunta cuja resposta implica aludir aos alicerces que suportaram a construção política e jurídica do Estado social do segundo pós-guerra, que não são os que suportam o actual Estado. Com efeito, o Estado de direito democrático e social, paulatina e progressivamente construído sobretudo na segunda metade do século passado, teve por inequívoco suporte económico o crescimento contínuo que se verificou nas economias ocidentais, permitindo a construção, em termos políticos e jurídicos, de um Estado orientado para o reconhecimento crescente de direitos, liberdades e garantias aos indivíduos, ou melhor, às pessoas.

O que tem diversas manifestações jurídicas⁴, entre as quais a limitada revogabilidade ou anulação administrativa dos actos constitutivos de

³ V. sobre este aspecto o nosso texto «Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado?», em João Carlos LOUREIRO e Suzana TAVARES DA SILVA (Coord.), *A Economia Social e Civil*, Estudos, Projecto SPES, IJ/FDUC, 2015, p.113 e ss. V. também o nosso estudo «A crise do Estado fiscal», em Suzana TAVARES DA SILVA e Maria de Fátima RIBEIRO, *Trajectórias de Sustentabilidade. Tributação e Investimento*, Instituto Jurídico – UC, 2013, p. 19 e ss.

⁴ Concretizadas em institutos que visam limitar a actuação das entidades públicas no futuro, as quais são visíveis sobretudo em sede do direito administrativo e do direito constitucional.

direitos, a intangibilidade não só para o passado mas também para o futuro dos direitos adquiridos, o discurso quantitativo dos direitos e liberdades fundamentais que se vão depositando por camadas e a protecção do futuro com base na confiança criada pelo Estado no passado, constituem exemplos mais marcantes. Institutos que, à luz da configuração do Estado da época, faziam todo o sentido, porquanto no futuro, desde que se mantivesse o crescimento ao ritmo que se verificava, haveria sempre dinheiro para satisfazer esses direitos e liberdades ou para honrar a confiança depositada na actuação estadual. Uma ideia que, mesmo em épocas de estagnação ou de recessão económica, por serem interregnos de não crescimento ou de decrescimento dentro do ciclo longo de crescimento, não era posta em causa, porquanto, ao menos formalmente, não faltava dinheiro para assegurar o funcionamento de tais institutos, ainda que através de dinheiro desvalorizado pela inflação necessariamente decorrente da necessidade de emissão monetária. Enfim, porque no futuro sempre haveria dinheiro para satisfazer o «adquirido social» que o Estado social implicava, a compreensão política e jurídica do Estado não podia ser senão a que conhecemos.

Porém, todo esse quadro desapareceu com a entrada do século XXI. Pois, embora aquela linha de desenvolvimento houvesse naturalmente de confrontar-se um dia com um qualquer limite, o certo é que não se vislumbrava que o referido quadro soçobrasse a curto prazo e nos termos em que veio a acontecer. Com efeito, como já dissemos, não é mais credível que nas economias desenvolvidas do Ocidente se venham a verificar níveis de crescimento económico como os ocorridos no passado. Ora, num tal quadro, compreende-se facilmente que o dinheiro tenha passado a ser um problema. Mais, em países com um já longo histórico de défices orçamentais e consequentes dívidas públicas excessivas, como acontece nos países do Sul da Europa, o dinheiro, ou melhor a falta dele, passou a ser o problema.

É que, face a um crescimento económico muito fraco, nulo ou mesmo negativo, não se pode esperar que no futuro haja dinheiro para satisfazer a crescente constituição e aquisição de direitos ou a progressiva protecção da confiança ancorada na actuação do Estado em época de prosperidade⁵. Por isso mesmo, num tal quadro de desenvolvimento económico, as perspectivas para o futuro não podem deixar de ser no sentido de uma certa desconsideração dos direitos constituídos ou adquiridos, de um lado,

⁵ Isto ainda que não se partilhe da ideia do “decrecimento sustentável” que, remontando, em rigor, à obra de Nicholas GEORGESCU-ROEGEN, *The Entropy Law and the Economic Process*, 1971, tem actualmente em Serge Latouche um dos seus mais destacados representantes.

e de diminuição das expectativas quanto à protecção da confiança digna de protecção, de outro. Por outras palavras, uma certa austeridade, a qual, não sendo, obviamente, uma austeridade pela austeridade⁶, pode vir a revelar-se adequada ao reajustamento da sociedade e do Estado que vai implicado na actual sustentabilidade. O que, em sede dos direitos e liberdades fundamentais, passará por assegurar menos *direitos para todos*, em vez de consagrar muitos *direitos só para alguns*.

Assim, reconstruir o Estado de direito democrático e social neste quadro de sustentabilidade, caso não imponha a austeridade, exige certamente sobriedade, implica reformar a sociedade antes de reformar o Estado e abrir este aos limites do endividamento público e ao ajustamento das políticas públicas. Daí que a sustentabilidade do Estado actual não disponha de outra alternativa efectiva a não ser a da redução significativa das despesas públicas de modo a restabelecer um equilíbrio adequado às forças da correspondente economia de mercado para gerar resultados tributáveis, e à da capacidade contributiva dos contribuintes no quadro de um Estado que possa ainda ser tido como um Estado social.

1.2. *O Programa de Assistência Económica e Financeira*. Todo um quadro que, entre nós, está longe de ter sido tomado em consideração, não obstante os compromissos assumidos no Programa de Assistência Económica e Financeira, concretizado no Memorando de Entendimento sobre as Condições da Política Económica assinado com a Troika (CE, BCE e FMI), em 17 de Maio de 2011, na sequência do resgate solicitado por Portugal em 6 de Abril, depois de os mercados terem fechado as portas ao financiamento do Estado português. É que o ajustamento aí previsto fez-se muito mais pelo lado das receitas, com um aumento brutal da carga e do esforço fiscais, do que pelo lado das despesas, como constava dos compromissos decorrentes do Memorando. De facto, a diminuição das despesas públicas, além de não ter sido muito significativa⁷, apresenta uma feição sobretudo conjuntural, já que a diminuição estrutural implicava levar a cabo as célebres “reformas estruturais” de que muito se falou, mas que não avançaram e que, depois da dita saída da Troika em 2014, acabaram por ser abandonadas. Por conseguinte, estamos

⁶ Para cujos malefícios chamam a atenção obras tão célebres como as de Mark BLYTH, *Austeridade. A História de uma Ideia Perigosa*, Quetzal, 2013; Joseph E. STIGLITZ, *O Preço da Desigualdade*, Quetzal, 2013; e Thomas PIKETTY, *A Economia das Desigualdades*, Almedina, Coimbra, 2014.

⁷ Muito longe mesmo da ideia que decorria do memorando no sentido de o ajustamento se fazer em 2/3 pelo lado das despesas e em 1/3 pelo lado das receitas.

perante um ajustamento financeiro cuja solidez é mais do que problemática, correndo, assim, o risco de não ser minimamente perene, ou seja, estável.

Como manifestação específica da ausência das referidas reformas estruturais, que constituiriam suporte da redução sustentada das despesas públicas, podemos apontar, a título ilustrativo, a falta de uma redução expressiva do que vimos designando por “conselho de administração”, o conjunto dos órgãos e instituições que, desempenhando as diversas funções do Estado, formam, no seu conjunto, a máquina estadual que tem a seu cargo a gestão pública em sentido amplo do país. A esse respeito, impunha-se, como escrevemos noutra lugar, ter presente que um dos magnos problemas do nosso país é, em larga medida, o dos custos avassaladores dessa máquina estadual, constituída pelos órgãos de soberania, das regiões autónomas e das autarquias locais, bem como pelos institutos e entidades com variadas designações e diversa natureza em que esses órgãos se têm desdobrado e multiplicado.

Daí que seja de nos interrogarmos sobre a efectiva necessidade da dimensão da máquina que suporta a Presidência da República, do número de deputados da Assembleia da República e das assembleias regionais, do número dos membros do Governo da República e dos governos regionais, do número de tribunais, dos níveis e do número das autarquias locais (municípios e freguesias), etc. Pelo que se impõe um mínimo de coerência entre a dimensão do País e a sua máquina política e administrativa⁸. Pois, não nos podemos esquecer que somos um país com pouco mais de 10 milhões de habitantes, e não com mais de 80 milhões como a Alemanha, ou com mais de 60 milhões como a França, e que o nosso PIB anda à volta de 4/5 do da média dos 28 Estados membros da União Europeia. E se é certo que as soluções a encontrar não podem ter por base apenas o número de habitantes e o montante do PIB, sendo mesmo de rejeitar um certo discurso que, nos tempos mais recentes, tem, de algum modo, endeusado este indicador, não é menos certo que a sustentabilidade económico-financeira não pode partir de dados diferentes dos fornecidos por estes indicadores.

Nesse quadro não foi levada por diante, designadamente, a reforma constante do Memorando relativa à diminuição do número de municípios, que são presentemente 308, tendo sido apenas reduzido o número de freguesias através da sua agregação, passando estas de 4.260 para 3.092⁹. Uma reforma que vimos defendendo há muito tempo, muito antes portanto de

⁸ V. o nosso livro: *A autonomia financeira das autarquias locais*, Almedina Coimbra, 2007, p. 23.

⁹ V. a Lei n.º 22/2012, de 30 de Maio, e a Lei n.º 11-A/2013, de 28 de Janeiro.

ser previsível qualquer crise do tipo daquela que nos conduziu ao resgate internacional¹⁰, mas que, não tendo sido realizada enquanto estivemos sob a apertada vigilância da Troika, não vemos como possa ter lugar num sistema democrático cujo ADN é constituído pela manutenção e até reforço das estruturas político-burocráticas que suportam e dão sentido aos aparelhos cada vez mais clientelares dos partidos políticos.

De resto, a extrema dificuldade em realizar reformas que suportem um efectivo emagrecimento dos aparelhos organizacionais, entre os quais se destacam os estaduais, encontra-se teorizada, desde há muito tempo, tanto no que concerne ao seu vector de estruturas burocráticas pela lei de Ceril Northcote Parkinson, como no seu vector financeiro pela lei de Adolf Wagner. Pois segundo Parkinson, as estruturas burocráticas albergam funcionários que se multiplicam como subordinados e não como rivais, em que uns criam trabalho para os outros independentemente das efectivas necessidades, segundo um modelo em que a oferta cria a correspondente procura. O que dá para compreender a lei Wagner do crescimento contínuo das despesas públicas formulada no século XIX e empiricamente comprovada no século XX, uma vez que esta lei mais não é do que a face financeira da lei de Parkinson, apesar de esta apenas ter sido enunciada nos anos cinquenta do século passado.

Não admira, assim, que as mencionadas reformas estruturais, entre as quais se conta a da diminuição do número de municípios, que não foram levadas a cabo sob a pressão da presença da Troika, não se apresentem viáveis pelo menos nos tempos mais próximos. O que não surpreende, pois as reformas estruturais com significativa redução da máquina burocrática e da consequente despesa pública estrutural foram nos séculos XIX e XX levadas a cabo sobretudo em ambientes revolucionários ou no quadro de regimes sem ou de discutível legitimidade democrática.

Mas, voltando à redução pouco significativa e sobretudo conjuntural das despesas, verificamos que esta se traduziu sobretudo em cortes das remunerações¹¹ pensões dos funcionários públicos e na racionalização

¹⁰ Cf. o nosso livro: *A autonomia financeira das autarquias locais*, cit., p. 22 e s., em que, já em 2007, defendíamos a extinção das freguesias urbanas situadas nas sedes dos municípios, bem como a redução do número de municípios.

¹¹ Assim as remunerações dos trabalhadores públicos superiores a € 1.500 foram objecto de cortes progressivos de 3,5% a 10%. Cortes que, em 2014, foram alargados e aumentados, pois passaram a ser aplicáveis às remunerações superiores a € 675 cortes progressivos de 2,5% a 12,5%. Todavia, como estes últimos cortes foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional em Maio de 2014, foram repostos os cortes que haviam vigorado de 2011 a 2013. Por seu lado, quanto às pensões, estas

e reorganização de alguns serviços mediante sobretudo a sua fusão ou agregação, sendo visível, porém, que o seu resultado ficou muito aquém do que seria de esperar, tendo em conta o texto subscrito do Memorando. De resto, em sede da racionalização e reorganização dos serviços, ao mesmo tempo que se mantiveram serviços cuja necessidade é discutível, pois a sua função é de natureza sobretudo burocrática, desmantelaram-se serviços ou a cúpula de serviços cujo funcionamento se revela imprescindível ao desempenho das funções estaduais, o que tem conduzido ao crescente recurso ao *outsourcing* frequentemente desadequado para a realização do interesse público.

Maior êxito teve a redução da chamada *despesa fiscal*, em que se combina a redução da despesa que o Estado faz não cobrando receitas fiscais que, em princípio, devia arrecadar com a ampliação da incidência dos impostos, através da eliminação ou redução dos múltiplos e diversificados benefícios fiscais, que continuam a enxamear o nosso sistema fiscal, pois que, entre 2011 e 2014 essa despesa foi reduzida em 35%, tendo passado de € 13.750,5 milhões para € 8.941,0 e de 8% para 5,4% do PIB¹². Sendo que por impostos a maior redução da despesa fiscal se verificou no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), que sofreu uma redução de 70%, tendo passado de € 2.405,0 milhões para € 662,0 milhões.

1.3. *A estabilidade financeira do Tratado Orçamental*. Como é sabido, a estabilidade financeira é agora imposta pelo Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na UEM, subscrito por 25 dos 27 Estados membros da UE, o qual veio impor uma profunda reforma em sede dos ordenamentos jurídico-financeiros estaduais ao mais alto nível, europeizando as constituições financeiras dos Estados. Trata-se, porém, de um tratado que levanta diversas críticas, seja quanto à sua necessidade e ao procedimento e forma como foi adoptado entre nós, seja no concernente ao seu próprio conteúdo e à adequação das soluções que estabelece.

1.3.1. *Da necessidade do Tratado e seu procedimento*. Assim e quanto ao primeiro aspecto, é de referir que estamos perante um tratado em larga medida desnecessário porquanto o objectivo que com ele se pretende atingir podia ser obtido, em termos mais flexíveis e, por conseguinte, mais praticáveis, através da aplicação efectiva e consequente do PEC, uma vez que o fracasso da sua aplicação se ficou a dever ao facto de o mesmo não ter sido aplicado,

foram objecto da contribuição extraordinária de solidariedade.

¹² Cf. Governo de Portugal – Ministério das Finanças, *Relatório da Despesa Fiscal 2014*.

e aplicado com igual rigor ou com igual maleabilidade, a todos os Estados membros. Aliás, não deixa de ser estranho que se queira impor a nível superior, elevando ao nível de tratado, e em termos bem mais exigentes do que os do PEC, objectivos em sede do equilíbrio orçamental e da dívida pública mais que discutíveis do ponto de vista dos caminhos que a construção e integração europeias devem trilhar para ser uma verdadeira comunidade de direito assente na efectiva solidariedade entre os seus membros.

Pois limitar a solução dos problemas da União Europeia e, em especial dos Estados membros integrantes da Zona Euro, às questões relativas às finanças públicas, mantendo intocadas as questões fundamentais, não vai no sentido do desejável maior federalismo, como por vezes se vê afirmado. Com efeito, a verdadeira obsessão pelas finanças públicas, esquecendo os problemas do crescimento económico e da competitividade da economia europeia e desprezando, por conseguinte, a necessidade de proporcionar elevados níveis de emprego, aliada à efectiva ausência de mecanismos de solidariedade que não deixem os Estados membros em dificuldades financeiras entregues à sua sorte, sujeitos a programas de austeridade desumanos ou permanentemente expostos a sanções por desrespeito do Tratado¹³, tem levado à gradual e acelerada desintegração europeia através do crescente afastamento e marginalização dos Estados assolados por específicas dificuldades financeiras.

Por seu turno, também no que concerne ao procedimento seguido na adopção deste Tratado, o mecanismo de cooperação reforçada, devemos assinalar que o mesmo não vai no sentido da verdadeira construção europeia. Pois, pese embora o significado positivo em geral atribuído a esse mecanismo que, desde há algum tempo¹⁴, vem permitindo, com base no art. 20.º do Tratado da União Europeia e nos arts. 326.º a 334.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, avançar na integração europeia por parte dos Estados que se encontrem melhor preparados¹⁵,

¹³ Sanções previstas para todos os Estados membros, mas efectivamente aplicadas apenas a alguns. De facto, um processo por défices excessivos foi levantado a Portugal no domínio do Pacto de Estabilidade e Crescimento, mas quando a violação deste teve por protagonistas a Alemanha e a França, o Pacto foi alterado. E o mesmo parece verificar-se no domínio do Tratado Orçamental, uma vez que a França já foi autorizada a ter um défice orçamental superior ao que devia ter. Cf. o nosso estudo «Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144, 2014/15, p. 103 e ss.

¹⁴ Mais exactamente desde o Tratado de Amesterdão, de 1999.

¹⁵ Muito embora, tendo em conta a prática de um tal procedimento, que tem permitido e incentivado uma integração europeia a diversas velocidades, nos interroguemos sobre se um tal mecanismo não constitui à partida um instrumento mais de

no caso em apreço, não pode ser considerado muito positivo. Isto se e na medida em que esse procedimento de cooperação não seja, em si mesmo, de considerar, por via de regra, como uma via que não vai genuinamente no sentido da efectiva integração europeia, pois, ao permitir a consagração de uma integração europeia diversificada, concretizando uma Europa a várias velocidades, acaba constituindo mais um instrumento de desintegração do que da construção que esteve na mente dos *founding fathers* e foi sendo concretizada nos tratados na segunda metade do século XX. É certo que a ideia subjacente a esse mecanismo em si mesma não é negativa, como de algum modo o demonstra o Tratado de Schengen, mas a sua aplicação num domínio como o visado pelo Tratado de Orçamental acaba por adicionar mais geometria variável à já existente traduzida, por exemplo, na separação cada vez mais profunda entre os Estados membros que integram a Zona Euro e os que se mantêm fora dela.

Um juízo que não melhora se do nível da União, isto é, do Tratado, passarmos para o nível nacional, isto é, para o nível do seu cumprimento, uma vez que a forma como lhe foi dado cumprimento na ordem jurídica nacional suscita reservas. A sua efectivação, através da alteração à Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (LEOE), levada a cabo pela Lei n.º 37/2013, de 14 de Junho¹⁶, permite questionarmo-nos se essa forma de dar cumprimento ao Tratado respeita integralmente as exigências deste quanto à sua aplicação pelos Estados membros. Pois, embora a LEOE seja, nos termos do n.º 3 do art. 112.º da Constituição, uma lei de valor reforçado, a sua aprovação não exige qualquer maioria específica da Assembleia da República, seja a maioria qualificada de 2/3 como a exigida para as alterações à Constituição (n.º 1 do art. 286.º) e para as leis que versem as matérias constantes do n.º 6 do art. 168.º da Constituição, seja a maioria dos deputados em efectividade de funções exigida para as leis orgânicas (n.º 2 do art. 166.º e n.º 5 do art. 168.º).

Uma solução que nos parece não quadrar com o que é exigido pelo n.º 2 do art. 3.º do Tratado, em que se dispõe que as Partes Contratantes devem, o mais tardar um ano após a entrada em vigor do Tratado, aplicar

“desintegração” do que de integração europeia.

¹⁶ Em que foi aditado, nomeadamente, o seguinte: «Artigo 10-D (princípio da sustentabilidade): 1. Os subsectores que constituem as administrações públicas, bem como os organismos e entidades que os integram, estão sujeitos ao princípio da sustentabilidade; 2. Entende-se por sustentabilidade a capacidade de financiar todos os compromissos, assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do saldo orçamental estrutural e pelo limite da dívida pública, conforme previsto na presente lei e na legislação europeia».

a exigência do equilíbrio orçamental, “através de disposições vinculativas e de carácter permanente, de preferência a nível constitucional, ou cujos respeito e cumprimento possam ser de outro modo plenamente assegurados ao longo dos processos orçamentais nacionais”. É que a LEOE não só não integra o nível constitucional, como as suas disposições estão longe de poderem ter-se por equivalentes a disposições constitucionais.

1.3.2. *O conteúdo e o significado do Tratado Orçamental.* Mas as objecções mais fortes ao Tratado são, porém, as que respeitam ao seu conteúdo o qual está longe de ir no sentido da construção de uma verdadeira União Europeia. Ou seja, as que concernem às disposições mais importantes do Tratado, que são as que exigem orçamentos equilibrados ou cujo défice estrutural não ultrapasse os 0,5% do PIB e determinam que a dívida pública não exceda os 60% do PIB. Exigências que são mais do que discutíveis, atentos os pressupostos que as suportam. Pois os Estados membros da União Económica e Monetária, depois de terem perdido a soberania no respeitante aos instrumentos da política económica e monetária, vêem-se agora confrontados com o efectivo confisco da política orçamental, o que levará, por certo, a uma constante limitação ou mesmo redução das despesas públicas e a uma política fiscal sem margem de manobra.

Situação que se agrava, e muito, no caso de se verificar a ultrapassagem daqueles limites do défice orçamental e da dívida pública. Com efeito, os arts. 3.º e 5.º do Tratado Orçamental impõem a instituição, a nível nacional, de mecanismos de correcção automática dos desequilíbrios orçamentais com base em princípios comuns a propor pela Comissão Europeia, o que tem como consequência, desde logo, a limitação do papel e independência das instituições nacionais responsáveis pelo controlo do cumprimento das regras orçamentais. Depois estabelece a obrigação de redução da dívida pública à razão de 5% ao ano (1/20) sempre que esta exceda 60% do PIB. De outro lado, segundo o disposto nos arts. 5.º e 6.º, o Tratado Orçamental impõe aos Estados membros a obrigação de implementar um programa de reformas estruturais, económicas e orçamentais, que é vinculativo em caso de se ter verificado défice excessivo, bem como a apresentação antecipada ao Conselho e à Comissão dos planos de emissão de dívida pública.

Uma perda de soberania financeira dos Estados membros que sai altamente reforçada, nos termos dos arts. 7.º e 8.º do referido Tratado, em que se estabelece uma maioria qualificada para que uma proposta ou recomendação apresentada pela Comissão Europeia, quando esta considere que um Estado membro viola o critério do défice no quadro de um procedimen-

to relativo a um défice excessivo, não prossiga, ou se atribui ao Tribunal de Justiça da União Europeia a aplicação de sanções aos Estados membros que não cumpram as disposições do Tratado, bem como poderes de controlo quanto à consagração, a nível constitucional ou equivalente, do princípio do equilíbrio ou excedente orçamental estrutural e respectivos mecanismos de correcção automática, incluindo a sua vertente institucional.

Enfim, igualmente no respeitante às soluções que estabelece, o Tratado Orçamental não desperta elogios. Na verdade, trata-se de um conjunto de soluções em que a austeridade parece dispor de claro protagonismo nada consentâneo com uma União Europeia que se queira uma verdadeira comunidade de direito. Desde logo, a austeridade não pode ser perspectivada como um fim ou um objectivo que suporte uma sociedade e um Estado realinhados para baixos níveis de desenvolvimento e bem-estar social. Antes há-de ser vista como um instrumento da sustentabilidade da sociedade e do Estado nestes tempos do século XXI, em que os níveis de crescimento económico que conhecemos na segunda metade do século XX não são mais realistas. Por isso, a manutenção e sustentação do Estado social, nos termos em que foi construído e consolidado no século passado, não é actualmente viável, impondo um outro referente que não o do crescimento contínuo e significativo.

Do mesmo jeito, a austeridade não pode ser a única receita e uma receita igual para todos os países como se apresenta no Tratado, devendo antes ser adoptada e doseada em função da real situação económica e social de cada país. Nomeadamente não faz sentido que a austeridade seja a receita tanto para os países com dificuldades económicas traduzidas em desequilíbrios externos e orçamentais, caso dos da periferia sul da Europa, como para os países em que tais desequilíbrios se não verificam, caso da Alemanha, que devem optar por políticas orçamentais expansionistas indispensáveis para a manutenção da zona euro e seu crescimento económico. Depois, a dose de austeridade a aplicar tem que ser diferenciada em função da concreta situação económica de cada país, nomeadamente de molde a proporcionar os resultados que se pretende alcançar de uma maneira suportável para os cidadãos, o que implica que, de um lado, não se vote ao esquecimento a solidariedade comunitária que é a argamassa que liga os membros da União Europeia e, de outro lado, não se dispense uma adequada compatibilização da austeridade com o crescimento económico e a competitividade da economia em causa. Preocupações que, infelizmente, parecem estar ostensivamente ausentes do Tratado.

Enfim, a maneira como o Tratado foi preparado e aprovado não se compagina inteiramente com a defesa dos valores da democracia e do Esta-

do de direito, bases proclamadas como fundacionais da União Europeia. De facto, o processo que conduziu à sua adopção, que marginaliza esses valores fundacionais, é mais uma das manifestações que acentua o visível divórcio entre os cidadãos e as instituições europeias. A que acresce a circunstância de as soluções consagradas nele darem suporte à ideia de que a integração económica, como vimos largamente funcionalizada às finanças equilibradas, é uma questão fundamentalmente técnica sem verdadeira dimensão política e social. Por isso, o Tratado constitui a mais recente e superlativa manifestação do que vem sendo designado por “federalismo técnico-burocrático” base de uma “construção europeia” inteiramente à margem dos cidadãos, dos povos e dos Estados da Europa que, evidentemente, não augura nada de bom¹⁷.

II. AS MODIFICAÇÕES RECENTES DO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA

No respeitante às modificações recentes do sistema fiscal português, devemos começar por dizer que a ideia mais visível que das mesmas resulta é a que se traduziu num brutal aumento de impostos para as famílias nos últimos anos e um alívio fiscal no respeitante às empresas. Embora o actual sistema de tributação do rendimento das empresas se apresente algo contraditório, já que ao mesmo tempo que se procedeu a uma acentuada diminuição da taxa institucional do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), foram criadas diversas tributações avulsas sobre as empresas.

2.1. *O brutal aumento de impostos para as famílias.* De facto, dado o fraco contributo para o ajustamento conseguido através da diminuição das despesas públicas, o cumprimento do Memorando virou-se para as receitas públicas, para os impostos, o que veio a traduzir-se no referido aumento brutal de impostos, o qual atingiu de maneira quase dramática as famílias, uma vez que se concretizou sobretudo num enorme aumento do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e no aumento do Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI). O que se verificou, relativamente ao IRS, através do aumento da sua taxa marginal máxima, que foi elevada para 48% aplicável aos rendimentos superiores a € 80.000, da redução drástica das deduções de despesas pessoais à colecta, como as despesas com a saúde,

¹⁷ V. o nosso estudo «Estabilidade financeira e o Tratado Orçamental», *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 655 e ss.

a educação e a habitação¹⁸, e pelas taxas adicionais ou sobretaxas que acrescem àquela taxa, sendo deste tipo actualmente a *sobretaxa extraordinária* incidente à taxa de 3,5% sobre os rendimentos que excedam o valor anual da retribuição mínima garantida em vigor¹⁹ e a chamada *taxa adicional de solidariedade* que incide sobre os rendimentos superiores a € 80.000 com as taxas de 2,5% para os rendimentos de mais de € 80.000 até € 250.000 e de 5% para os rendimentos de mais de € 250.000²⁰. A que acresce, relativamente às pensões, a *contribuição extraordinária de solidariedade* que incide sobre as pensões, subvenções e outras prestações pecuniárias de idêntica natureza, pagas a um único titular, nos seguintes termos: a) 15 % sobre o montante que exceda 11 vezes o valor do indexante dos apoios sociais (IAS)²¹, mas que não ultrapasse 17 vezes aquele valor; b) 40 % sobre o montante que ultrapasse 17 vezes o valor do IAS²².

Por seu lado, quanto ao IMI, o seu aumento verificou-se fundamentalmente em resultado da reavaliação de todos os prédios urbanos que ainda não haviam sido reavaliados à luz do valor patrimonial tributário apurado em conformidade com a fórmula constante do Código do IMI. Reavaliação que, nos termos do Código do IMI, seria progressivamente levada a cabo aquando da primeira transmissão verificada após a reforma da tributação do património ocorrida em 2003, mas que, em decorrência dos compromissos assumidos no Memorando, veio a ser realizada em 2012 e 2013 relativamente a todos os prédios, o que, tendo-se traduzido num significativo aumento do valor patrimonial tributário, conduziu a um expressivo agravamento desse imposto sobre o património imobiliário urbano.

¹⁸ Que chegaram mesmo a ser eliminadas para os titulares de rendimentos superiores a € 80.000 na LOE/2013, as quais, embora repostas na reforma do IRS a partir de 2015, se limitam a € 1.000 para os titulares de rendimentos superiores a € 80.000.

¹⁹ Que é de igual a € 7.070 (505 x 14). Refira-se que essa sobretaxa em IRS, que foi criada pela Lei n.º 49/2011, de 7 de Setembro, com o aditamento do art. 72.º-A ao Código do IRS, para vigorar apenas em 2011, se manteve com base nesse artigo para os anos de 2012 e de 2013 e com base nas LOE para 2014 e 2015, constituindo a sua base presentemente o art. 191.º da LOE/2015. A sua transferência do Código do IRS para a LOE teve por intuito vincar o seu carácter extraordinário, estando, de resto, prevista a sua eliminação gradual a partir de 2016.

²⁰ Criada pela LOE/2012 com o aditamento do art. 68.º-A ao Código do IRS.

²¹ Que é igual a € 5.869,08 (419,22 x 14).

²² Criada pela LOE/2011, foi posteriormente alterada no sentido do alargamento da sua incidência, mantendo-se presentemente em vigor com base no art. 79.º da LOE/2015, depois de o Tribunal Constitucional, no seu acórdão 575/2014, se ter pronunciado pela inconstitucionalidade da *contribuição de sustentabilidade* que substituiria, em 2015, a *contribuição extraordinária de solidariedade*.

Agravamento que se ficou a dever sobretudo à circunstância de o valor patrimonial tributário, introduzido na referida reforma da tributação do património, assentar numa fórmula em que relevam factores de natureza objectiva²³, entre os quais se destaca o “valor base dos prédios edificados” que corresponde ao custo médio de construção por metro quadrado adicionado do valor do metro quadrado do terreno de implantação fixado em 25% daquele custo. É que o valor base dos prédios edificados, quando foi instituída aquela fórmula, em virtude de se viver um longo período de excessiva valorização do imobiliário que conduziu mesmo à conhecida bolha do imobiliário urbano, acabou por ser fixado em montantes elevados, os quais, todavia, não foram devidamente corrigidos posteriormente.

Mas o agravamento da tributação das famílias deu-se ainda por outras duas vias que, embora já viessem a ser trilhadas há algum tempo, foram objecto de aceleração no quadro do ajustamento imposto pelo Memorando. Trata-se, de um lado, da redução ou eliminação mesmo das deduções de natureza pessoal respeitantes a despesas com a realização dos direitos sociais como a saúde, a educação, a habitação e a segurança social que se concretizam em deduções à colecta do IRS, as quais, se bem que repostas em parte no ano 2015 no quadro da recente reforma do IRS, continuam a ser muito limitadas, o que tem como consequência a desfiguração desse imposto enquanto imposto pessoal, pois não tem em devida conta que este é um imposto sobre o rendimento disponível²⁴.

De outro lado temos a crescente criação de outros tributos para além dos impostos, os quais se apresentam com os diversos nomes, como taxas e contribuições, num quadro que nós vimos designando por “duplicação do Estado fiscal”. De facto, como já escrevemos, tendo em conta a proliferação de tributos, sobretudo na modalidade de taxas e de outros tributos comutativos em que se inserem, é de nos interrogarmos sobre se não se está a engendrar uma “duplicação do Estado fiscal”, em que embora como cidadãos ou residentes²⁵ apenas beneficiemos de um Estado, financeiramente acabemos suportan-

²³ Fórmula que é: $V_t = V_c \times A \times C_a \times C_l \times C_q \times C_v$, em que: V_t – valor patrimonial tributário; V_c – valor base dos prédios edificados; A – área bruta de construção mais a área excedente à área de implantação; C_a – coeficiente de afectação; C_l – coeficiente de localização; C_q – coeficiente de qualidade e conforto; C_v – coeficiente de vetustez.

²⁴ V. a Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro, que aprovou a nova versão do Código do IRS. Quanto às alterações e o seu sentido, v. Comissão para a Reforma do IRS, *Anteprojecto da Reforma do IRS. Uma Reforma do IRS orientada para a Simplificação, a Família e a Mobilidade social*, Julho de 2014.

²⁵ Uma vez que o decisivo, em sede da ligação dos contribuintes ao seu país, é mais o vínculo de cariz económico traduzido na residência do que o vínculo político expresso na cidadania ou nacionalidade ou, por outras palavras, é mais uma cidadania de natureza económica do que uma cidadania política.

do dois: um, o Estado fiscal propriamente dito, expressão do contrato social suporte do Estado comunidade, que é financiado pela figura dos impostos e se encontra sujeito ao escrutínio democrático consubstanciado no funcionamento dos clássicos princípios da «constituição fiscal», especialmente do princípio da legalidade fiscal; outro, um Estado fiscal paralelo, mascarado de não fiscal que é financiado basicamente por impostos especiais, mormente sobre consumos específicos, em geral com receitas consignadas, muito embora designados por taxas ou contribuições, os quais não só escapam assim à constituição financeira e fiscal, como, do mesmo jeito, se furtam ao escrutínio materializado na comparabilidade internacional da efectiva carga e esforço fiscais que suportamos, uma vez que para essa comparabilidade contam apenas os impostos e as contribuições para a segurança social.

Uma realidade que tem expressão acentuada tanto em alguns importantes sectores da actuação estadual como sobretudo em relação aos municípios em que o recurso a novos tributos quase sempre designados por taxas, muitos deles de difícil qualificação, constituindo não raro verdadeiros impostos disfarçados, ou o crescente aumento das taxas já existentes, tem sido particularmente visível. Assim e no referente à proliferação de taxas e outros tributos normalmente referenciados como contribuições ou tributos parafiscais²⁶ respeitante à actuação da administração estadual, podemos apontar, a mero título de exemplo, o sector dos transportes bem como o sector da actividade seguradora.

No domínio dos transportes, são de referir as taxas nos transportes terrestres (rodoviários e ferroviários), as taxas nos transportes marítimos, as taxas nos transportes aéreos, as taxas de acesso à actividade de transporte ferroviário e de utilização da infra-estrutura, a taxa de regulação das infra-estruturas rodoviárias, a contribuição de serviço rodoviário, etc.²⁷

Por seu lado, no concernente ao sector dos seguros, podemos mencionar diversos tributos parafiscais que incidem sobre as próprias seguradoras ou sobre estas e sobre os segurados ou apenas sobre os segurados embora sempre cobradas por aquelas como as “taxas” para o Instituto de Seguros de Portugal, para o Instituto Nacional de Emergência Médica, para

²⁶ Uma designação que, é de sublinhar, tem apenas a ver com a *titularidade activa* da relação tributária, e não com a *estrutura* dessa relação que decorre, naturalmente, da configuração do correspondente facto gerador do tributo. Daí a nossa preferência pela designação de receitas parafiscais em vez de tributos parafiscais.

²⁷ Sobre as taxas relativas aos portos, v. Suzana TAVARES DA SILVA. «Tarifas portuárias: uma visão do contexto actual do sistema tributário e regulador português», em *Os Novos Desafios da Política Portuária*, Instituto Jurídico – FDUC, 2015, p. 163 e ss.

o Fundo de Garantia Automóvel, para o Fundo de Acidentes de Trabalho, para a Autoridade Nacional de Protecção Civil e a taxa a favor do IFADAP²⁸ destinada ao Sistema Integrado contra as Aleatoriedades Climáticas.

Em sede mais estrita da figura das taxas podemos dizer que se deve sobretudo aos municípios a crescente multiplicação e aumento desses tributos bilaterais. Uma situação que, ao contrário do que era de supor, não foi travada pela adopção do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais²⁹, cujo objectivo foi justamente o de obstar ao arbítrio na criação das taxas e na fixação do seu montante, designadamente através da exigência do respeito pelo princípio da equivalência jurídica e da imposição da fundamentação económico-financeira do seu valor. Efectivamente, aproveitando o cumprimento da obrigação de adaptação dos regulamentos das taxas imposta pelo art. 17.º do referido Regime, a quase totalidade dos municípios acabou por proceder ao aumento generalizado das taxas municipais.

Por isso, para uma adequada análise da comunidade estadual a que pertencemos, no quadro do correspondente contrato social base do Estado de direito democrático, avaliando e ponderando as correspondentes prestações recíprocas, ou seja, de um lado, o que pagamos ao Estado e, de outro lado, o que recebemos dele, não podemos deixar de contabilizar, com base numa verdadeira “conta corrente”, tudo o que pagamos, tanto em sede de fiscalidade como das múltiplas parafiscalidades que vão germinando um pouco por todo o lado. Pois não podemos estar dispostos a ser cidadãos face ao Estado e súbditos dos múltiplos senhores que os desdobramentos verticais (a montante e a jusante) e sobretudo horizontais desse mesmo Estado vêm engendrando, cujos poderes e gastos não votamos e cuja necessidade da correspondente actividade não se percebe.

Efectivamente compreende-se e aceita-se que, atendendo à reforma do financiamento das despesas incorridas com as novas realidades, se possa assistir a uma certa deslocação do Estado fiscal para o “Estado taxador”. Uma situação que até pode fazer sentido. O que, porém, já não se afigura aceitável é que, fingindo essa deslocação, se esteja praticando uma verdadeira e inadmissível acumulação do Estado fiscal com um “Estado taxador”, duplicando o Estado fiscal. Em suma, condição para que seja admissível uma modificação nesse sentido, uma modificação no sentido de deslocar parte da carga do Estado fiscal para o “Estado taxador”, é que o correspondente resultado final seja tendencialmente de soma zero³⁰.

²⁸ Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas.

²⁹ Aprovado pela Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Fevereiro.

³⁰ V. o nosso estudo «Da sustentabilidade do estado fiscal», em José CASALTA

2.2. *A tributação das empresas.* Mas também em relação às empresas societárias verificamos, a seu modo, um certo agravamento de impostos. Não que esta ocorra pela via do imposto que tributa o rendimento dessas empresas, isto é, através do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), pois este tem vindo a ser objecto de acentuado desagrvamento, mas através de outra via concretizada em diversas tributações avulsas que se têm multiplicado nos últimos anos. O que nos revela, de um lado, uma contradição entre o desagrvamento do IRC e a criação de uma espécie de “IRC paralelo” e de diversas medidas no sentido de uma tributação das empresas mais simples e amiga do investimento empresarial.

2.2.1. *O desagrvamento do IRC e a criação de um “IRC paralelo”.* Pois bem, de um lado, temos o IRC que tem vindo a ser objecto de acentuado desagrvamento patente no facto de a sua taxa institucional ter descido muito significativamente, pois de 36% em 1989 caiu para 21% em 2015³¹. Uma situação que, como é sabido, é consequência do ambiente de concorrência fiscal que se instalou entre os Estados para atrair investimento. Desagrvamento que se concretizou em outras medidas adoptadas pela reforma do IRC de 2014, como são a reintrodução e ampliação do regime simplificado de determinação da matéria colectável em IRC³², que, tendo vigorado entre 2000 e 2010, havia sido revogado a partir de 2011, bem como o alargamento do reporte para diante de prejuízos que passaram a poder ser reportados nos doze períodos tributários seguintes àquele em que se verificaram, quando antes eram reportáveis apenas nos cinco períodos seguintes³³.

Mas, ao lado deste indiscutível e assinalável desagrvamento fiscal da tributação do lucro das empresas, vimos assistindo à crescente criação de diversas tributações avulsas incidentes sobre as empresas. A respeito dessas tributações, que têm vindo a ser crescentemente criadas e que afectam as empresas, podemos referir, de um lado, as previstas no Código do IRC³⁴, como

NABAIS / Suzana TAVARES DA SILVA, Coord., *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 40 e ss.

³¹ Recorde-se que a taxa de IRC foi sucessivamente: 36% (1989), 34% (1998), 32% (2000), 30% (2002), 25% (2004) e 23% (2014).

³² Um regime optativo para as micro, pequenas e médias empresas que, em vez de serem tributadas pelo lucro apurado com base na contabilidade organizada, são tributadas com base em coeficientes reportados ao seu volume de vendas ou rendimentos brutos.

³³ Para mais desenvolvimentos, v. a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 142 e ss.

³⁴ Previstas também, embora em menor medida, no IRS. A que acrescem as já

são as tributações autónomas, em crescente ampliação nos últimos anos e as derramas, municipal e estadual, que se reportam ao rendimento empresarial, e, de outro lado, as que constam de legislação avulsa, como a contribuição sobre o sector bancário, a contribuição extraordinária sobre o sector energético, a taxa de segurança alimentar e a contribuição sobre a indústria farmacêutica. Em direitas contas, podemos dizer que as tributações avulsas se distribuem por três círculos concêntricos: o mais pequeno que integra as assim designadas “taxas de tributação autónomas”, que mais não são do que tributações autónomas sobre certas despesas; o círculo intermédio que é composto pelas sobretaxas de IRC, como são a derrama municipal e a derrama estadual; e o círculo maior que é constituído pelas tributações de natureza sectorial designadas por contribuições e taxas como são a contribuição sobre o sector bancário, a contribuição extraordinária sobre o sector energético, a taxa de segurança alimentar e a contribuição sobre a indústria farmacêutica. Uma palavra sobre cada uma destas tributações avulsas.

Assim e no concernente às tributações autónomas, ditas “taxas de tributação autónoma”, que se encontram previstas no art. 88.º do Código do IRC (bem como, para as empresas singulares, no art. 73.º do Código do IRS), devemos dizer que as mesmas começaram por se reportar a situações susceptíveis de elevado risco de evasão fiscal, como as relativas à tributação das despesas confidenciais e não documentadas, configurando as normas que as previam não verdadeiras normas de tributação, mas antes normas que, directamente, tinham por função o acompanhamento, vigilância e fiscalização da actuação fiscal dos contribuintes e, por conseguinte, de luta contra o crescente fenómeno de evasão fiscal.

Todavia, com o andar do tempo, a função dessas tributações autónomas, que, entretanto, se diversificaram extraordinariamente e aumentaram de valor, alterou-se profundamente passando a ser progressivamente a de obter receitas fiscais, assumindo-se, assim, como efectivos impostos sobre a despesa, se bem que enxertados, em termos totalmente anómalos, na tributação do rendimento.

Pois essas tributações incidem agora não só sobre as despesas confidenciais e não documentadas, como foi no início, ou sobre as despesas não documentadas, despesas com viaturas ligeiras de passageiros ou mistas e despesas de representação, como foi depois, mas também sobre as despesas com importâncias pagas a pessoas singulares ou colectivas residentes em países com regime fiscal claramente mais favorável (os designados paraísos

referidas sobretaxa extraordinária e taxa adicional de solidariedade em IRS.

fiscais), sobre as despesas com encargos relativos a certas ajudas de custo, sobre os lucros distribuídos por entidades isentas de IRC, sobre certas indemnizações, compensações, bónus e outras remunerações pagas aos gestores, administradores ou gerentes, etc. Sendo certo que algumas dessas tributações se encontram sujeitas a taxas relativamente elevadas, como é o caso das incidentes sobre as indemnizações, compensações, bónus e outras remunerações dos gestores, administradores ou gerentes, sujeitas a uma taxa de 35%, nos termos do art. 88.º, n.º 13, do Código do IRC³⁵.

Por seu lado, quanto à assim chamada derrama estadual, devemos dizer que a mesma não passa de uma sobretaxa sobre o IRC, que foi criada pela Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, que aditou o art. 87.º-A ao Código do IRC. Uma sobretaxa que, na versão actual se apresenta como uma sobretaxa progressiva por escalões incidente sobre o lucro tributável superior a € 1.500.000, com taxas de 3% (de mais de € 1.500.000 até € 7.500.000), 5% (de mais de € 7.500.000 até € 35.000.000) e 7% (mais de € 35.000.000).

A respeito das tributações avulsas das empresas, é de fazer alusão a tributos que, designados geralmente por contribuições ou por taxas, incidem especificamente sobre as empresas de determinados sectores de actividade, como a contribuição sobre o sector bancário, a contribuição extraordinária sobre o sector energético, a taxa de segurança alimentar e a contribuição sobre a indústria farmacêutica.

Relativamente às tributações avulsas é de nos interrogarmos sobre se as mesmas não fazem parte da estratégia fiscal que suporta a já referida “duplicação do Estado fiscal”, um fenómeno que, respeitando tendencialmente ao sistema fiscal no seu todo, revela uma particular incidência no domínio da tributação das empresas. Embora nos devamos interrogar sobre se essa duplicação do Estado fiscal não é, de algum modo, exigida pela crescente rarefacção das bases tributárias que tradicionalmente suportavam as manifestações da capacidade contributiva, constituídas, como é sabido, pelo rendimento, pelo património e pelo rendimento e património utilizado na aquisição de bens e serviços de consumo. O que tem levado alguma doutrina mais recente a propor uma tributação, tanto a nível estadual como até a nível da União Europeia, que não se reporte apenas às referidas tradicionais manifestações da capacidade contributiva, antes tenha em conta novas capacidades ou capacitações³⁶ consubstanciadas em qualificadas situações

³⁵ A qual ainda é elevada para 45% para as empresas que apresentem prejuízos.

³⁶ À maneira de Amartya SEN, *A Ideia de Justiça*, Almedina, Coimbra, 2012, sobretudo p. 345 e ss.

de vantagem economicamente avaliáveis³⁷. Mas a ser esse o caminho que se pretende seguir, então impõe-se que se trilhe com transparência e sem subterfúgios, criando impostos especiais com essa fisionomia e não impostos sob a capa de taxas ou de outras contribuições financeiras³⁸.

2.2.2. *Uma tributação das empresas mais amiga do investimento?* Relativamente às medidas decorrentes da recente reforma da tributação das empresas podemos apontar as seguintes medidas: a *participation exemption*, a *patent box*, uma maior neutralidade no tratamento fiscal do financiamento com recurso a capitais alheios ou capitais próprios e os incentivos ou estímulos fiscais constantes do Código Fiscal do Investimento (CFI). Uma palavra muito rápida sobre essas medidas.

2.2.2.1. *A “participation exemption”*. No referente à primeira das medidas, é de assinalar que com a Reforma do IRC de 2014 passou a vigorar entre nós, relativamente à eliminação da dupla tributação económica, da dupla tributação jurídica internacional e da dupla tributação económica internacional, uma solução diferente da anterior, que assentava no método da imputação ordinária ou do crédito de imposto ordinário, uma vez que se optou pelo método da isenção dos dividendos (lucros e reservas distribuídos) e mais-valias relativos a participações qualificadas (*participation exemption*). Segundo este método, constante dos arts. 51.º e seguintes do Código do IRC, não concorrem para a determinação do lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC com sede ou direcção efectiva em território português: 1) os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC com sede ou direcção efectiva em território português, desde que preenchidos certos requisitos, como o de o sujeito passivo deter directa ou indirectamente uma participação não inferior a 5% do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas, e o de essa participação ter sido detida, de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à distribuição; 2) as mais-valias e menos-valias realizadas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere e independentemente da percentagem da participação transmitida, de partes sociais detidas ininterruptamente por um período não inferior a 24 meses, desde que, na data da respectiva transmissão, se mostrem cumpridos determinados requisitos.

³⁷ V. sobre essa temática e por todos, Franco GALLO, *L’Uguaglianza Tributaria*, Editoriale Scientifica, 2012, esp. p. 7 e ss.

³⁸ Embora seja de acrescentar que o referido caminho não deixa de estar presente no que deve ser, a nosso ver, a via da actual tributação das empresas transnacionais – v. *infra*, ponto II.2.3.

Uma solução que é de saudar, pois, como sublinhou a Comissão da Reforma do IRC, sendo Portugal uma pequena economia muito aberta ao exterior, faz todo o sentido o aprofundamento da aplicação do princípio da territorialidade de que o método da isenção constitui expressão por excelência, surpreendendo que se não tenha optado por ela antes³⁹. Pois trata-se de uma solução que, pelo nível de eficiência que comporta, em virtude da redução dos custos de contexto, dos custos de transacção e dos comportamentos de substituição que suporta, se revela uma verdadeira opção estratégica com aptidão para ser motor de atracção de investimento e de localização em território nacional da sede de empresas e grupos multinacionais⁴⁰. Solução que, como interna que é, apenas se aplica se e na medida em que não haja convenção de dupla tributação, pois existindo, prevalece a convenção sobre a solução do direito interno⁴¹.

2.2.2.2. A “*patent box*”. No que respeita a este importante incentivo fiscal, regulado no art. 50.º-A do Código do IR, aditado pela reforma do IRC de 2014, podemos dizer que se traduz na consideração por metade dos rendimentos de patentes e outros direitos de propriedade intelectual. Um benefício fiscal ao investimento produtivo que foi adoptado no Reino Unido em 2013, o qual tem por destinatários as sociedades exploradoras de patentes ou outros direitos de propriedade intelectual, como sejam modelos ou projectos industriais protegidos por direitos de propriedade intelectual. Com efeito, segundo o disposto naquele artigo, concorrem para a determinação do lucro tributável em apenas metade do seu valor os rendimentos provenientes de contratos que tenham por objecto a cessão ou a utilização temporária dos seguintes direitos de propriedade industrial sujeitos a registo: a) patentes, b) desenhos ou modelos industriais.

³⁹ Certamente porque, embora sendo um país relativamente pequeno, fraco e pobre, como membros que somos da OCDE, finjamos ser o contrário, ou seja, ser um país grande, forte e rico. De resto, a tributação do rendimento com base na residência ou sede das empresas, segundo o princípio do rendimento mundial, que naturalmente aproveita aos grandes países ricos, que assim tributam os lucros das suas empresas independentemente do lugar onde sejam obtidos, revela-se inoperacional face às grandes empresas transnacionais globais, que, para efeitos da tributação dos seus lucros, acabam por não ter a residência ou a sede em qualquer dos países em que possam ser efectivamente tributadas.

⁴⁰ V. COMISSÃO PARA A REFORMA DO IRC, *Uma Reforma do IRC orientada para a competitividade, o crescimento e o emprego*, 30 de Junho de 2013, esp. p. 122 e ss.

⁴¹ Sendo que Portugal tem actualmente mais de sete dezenas de convenções para evitar a dupla tributação internacional.

Para poder usufruir desse benefício, têm que se verificar as seguintes condições: a) os direitos de propriedade industrial tenham resultado de actividades de investigação e desenvolvimento realizadas ou contratadas pelo sujeito passivo; b) o cessionário utilize os direitos de propriedade industrial na prossecução de uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola; c) os resultados da utilização dos direitos de propriedade industrial pelo cessionário não se materializem na entrega de bens ou prestações de serviços que originem gastos fiscalmente dedutíveis na entidade cedente, ou em sociedade que com esta esteja integrada num grupo de sociedades ao qual se aplique o regime especial de tributação dos grupos de sociedades; d) o cessionário não seja uma entidade residente em país, território ou região onde se encontre sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável⁴².

2.2.2.3. *Maior neutralidade no tratamento dos gastos com o financiamento.* Quanto à maior neutralidade no tratamento fiscal do financiamento com recurso a capitais alheios e a capitais próprios, traduz-se a mesma, de um lado, na limitação à dedutibilidade de gastos com o financiamento constante do art. 76.º do Código do IRC. Um preceito em que antes se estabelecia uma limitação à consideração como gastos fiscais do pagamento de juros em caso de subcapitalização e agora prescreve que os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites: a) € 1.000.000; ou b) 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.

De outro lado, passou a ser considerado em termos fiscais o financiamento empresarial com o recurso a capitais próprios, o que é levado a cabo através de duas vias: a remuneração convencional do capital e a dedução dos lucros retidos e reinvestidos.

A chamada remuneração convencional do capital social⁴³, constante do art. 41.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais⁴⁴, traduz-se no facto de na determinação do lucro tributável das sociedades com sede ou direcção efectiva em território português, poder ser deduzida uma importância cor-

⁴² V. a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, cit., p. 166 e s.

⁴³ Que corresponde à *allowance for corporate equity*, medida que vem sendo proposta no actual quadro de uma tributação mais sensível à capitalização das empresas, ou seja, de uma tributação que não favoreça, como aconteceu no passado, o seu endividamento excessivo. Uma solução que não é, todavia, a proposta no já referido Plano BEPS da OCDE.

⁴⁴ Pois antes fora adoptada como medida transitória em sede ainda da Contribuição Industrial na década de oitenta do século passado e, já depois, em sede do IRC.

respondente à remuneração convencional do capital social, calculada mediante a aplicação da taxa de 5 % ao montante das entradas realizadas, por entregas em dinheiro, pelos sócios, no âmbito da constituição de sociedade ou do aumento do capital social, desde que a sociedade beneficiária seja qualificada como micro, pequena ou média empresa e os sócios que participem na constituição da sociedade ou no aumento do capital social sejam exclusivamente pessoas singulares, sociedades de capital de risco ou investidores de capital de risco.

Por seu lado, a dedução dos lucros retidos e reinvestidos, prevista nos arts. 27.º e seguintes do Código Fiscal do Investimento (CFI), constitui um regime de incentivos fiscais ao investimento em favor de micro, pequenas e médias empresas, podendo estas deduzir à colecta do IRC até 10 % dos lucros retidos que sejam reinvestidos em aplicações relevantes, no prazo de dois anos contado a partir do final do período de tributação a que correspondam os lucros retidos.

2.2.2.4. *Os incentivos fiscais do CFI.* Finalmente, no respeitante aos incentivos fiscais constantes do Código Fiscal do Investimento, dado já termos falado da dedução de lucros retidos e reinvestidos, que é também um incentivo ao investimento que consta deste código, são de referir os benefícios fiscais contratuais, o Regime Fiscal de Apoio ao Investimento (RFAI) e o Sistema de Incentivos Fiscais à Investigação e Desenvolvimento (SIFIDE). Uma palavra sobre cada um destes instrumentos de incentivo ao investimento.

Quanto aos benefícios fiscais contratuais, regulados nos arts. 15.º a 21.º do CFI, devemos dizer que respeitam a grandes investimentos realizados em Portugal. Do ponto de vista material, trata-se de benefícios de natureza excepcional, com carácter temporário, concedidos em regime contratual e limitados em função do investimento realizado, estabelecendo-se uma intensidade mais elevada para os projectos de especial interesse para o país. Assim e de um lado, podem ser concedidos benefícios fiscais, em regime contratual, com um período de vigência até 10 anos a contar da conclusão do projecto, aos projectos de investimento, cujas aplicações relevantes sejam de montante igual ou superior a € 3.000.000.

Aos projectos de investimento relevantes podem ser concedidos, cumulativamente, os seguintes incentivos fiscais: a) crédito de imposto, determinado com base na aplicação de uma percentagem entre 10% e 25% das aplicações relevantes do projecto de investimento, a deduzir ao montante da colecta do IRC; b) isenção ou redução de IMI, durante a vigência do contrato, relativamente aos prédios utilizados pelo promotor no âmbito

do projecto de investimento; c) isenção ou redução de IMT, relativamente às aquisições de prédios incluídas no plano de investimento e realizadas durante o período de investimento; d) isenção de Imposto do Selo, relativamente a todos os actos ou contratos necessários à realização do projecto.

Relativamente ao RFAI, que consta agora dos arts. 22.º a 26.º do CFI, reporta-se aos sujeitos passivos de IRC que exerçam uma actividade nos sectores que vimos relevarem para os benefícios fiscais contratuais. Consideram-se aplicações relevantes os investimentos em diversos activos, desde que afectos à exploração da empresa, constituindo os incentivos fiscais a conceder: 1) deduções a colecta do IRC de uma percentagem de 25% ou 10% das aplicações relevantes, 2) isenção ou redução de IMI, por um período até 10 anos, 3) isenção ou redução de IMT relativamente às aquisições de prédios que constituam aplicações relevantes, 4) isenção de Imposto do Selo relativamente às aquisições de prédios que constituam aplicações relevantes.

Finalmente, no respeitante ao SIFIDE, ou melhor ao SIFIDE II⁴⁵, a sua disciplina jurídica consta dos arts. 35.º a 42.º do CFI, em que, depois de definir as despesas de investigação e as despesas de desenvolvimento, estabelece as aplicações relevantes e os benefícios fiscais a atribuir, os quais se traduzem na dedução ao montante apurado do IRC de certas despesas.

2.2.3. A tributação das PME. Quanto à tributação das PME, podemos dizer que estas têm sido objecto de um IRC mais baixo. O que resulta, por um lado, de a taxa ser de 17% para os primeiros € 15.000 do seu lucro tributável e de 21% para o excedente.

De outro lado, temos o regime simplificado pelo qual podem optar, desde que preencham os seguintes requisitos: a) no período de tributação imediatamente anterior, tenham tido um montante anual líquido de rendimentos não superior a € 200.000; b) o total do seu balanço relativo ao período de tributação imediatamente anterior não exceda € 500.000; c) não estejam legalmente obrigados à revisão legal das contas; d) o respectivo capital social não seja detido em mais de 20%, directa ou indirectamente, por entidades que não preencham alguma das condições previstas nas alíneas anteriores, excepto quando sejam sociedades de capital de risco ou investidores de capital de risco; e) adoptem o regime de normalização contabilística para micro-entidades aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de Março; f) não tenham renunciado à aplicação do regime nos três anos anteriores.

⁴⁵ Aprovado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, pois o SIFIDE I foi o sistema que esteve em vigor de 2006 a 2010.

Quanto ao apuramento da matéria colectável, nos termos do art. 86.º-B do Código do IRC, temos os seguintes requisitos: a) 0,04 das vendas de mercadorias e produtos, bem como das prestações de serviços efectuadas no âmbito de actividades hoteleiras e similares, restauração e bebidas; b) 0,75 dos rendimentos das actividades profissionais; c) 0,10 dos restantes rendimentos de prestações de serviços e subsídios destinados à exploração; d) 0,30 dos subsídios não destinados à exploração; e) 0,95 dos rendimentos provenientes de contratos que tenham por objecto a cessão ou utilização temporária da propriedade intelectual ou industrial ou a prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico; f) 1,00 do valor de aquisição dos incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito.

Embora para as PME venha sendo defendida pela doutrina uma tributação mais atenuada, com base em diversos argumentos⁴⁶, o certo é que há quem, como os que subscrevem o Relatório de James Mirrlees⁴⁷, defendem que não haja lugar a qualquer regime preferencial para as PME, argumentando que a tributação dos rendimentos procedentes do trabalho, seja este trabalho assalariado, trabalho autónomo ou trabalho desenvolvido mediante a constituição de uma pequena sociedade, porque provenientes de fontes de rendimento substancialmente similares, devem ser objecto de tratamento similar.

Uma argumentação que, a nosso ver, faz sentido relativamente aos rendimentos que sejam rendimentos do trabalho, isto é, rendimentos da actividade dos trabalhadores autónomos ou profissionais independentes, os quais entre nós são objecto do regime de transparência fiscal a fim de serem objecto de tributação junto dos sócios em IRS em vez de o serem em sede da sociedade em IRC e, depois, junto dos sócios em IRS, se bem que junto destes beneficiem de um mecanismo para atenuar a dupla tributação económica. Um regime que, em rigor, não funciona e que, justamente por isso, devia ser eliminado.

Mas essa argumentação já não faz sentido relativamente à generalidade das PME. Para estas impõe-se, a nosso ver, um tratamento preferencial, uma vez que devemos olhar para as PME com maior abrangência, tendo presente não apenas os impostos sobre o rendimento, o IRS ou o IRC, bem como as cada vez mais onerosas tributações avulsas que referimos, mas

⁴⁶ V. a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, cit., p. 189 e ss.

⁴⁷ V. James MIRRLEES, *Diseño de un sistema tributário óptimo. Informe Mirrlees*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, p. 493 e ss. Obra esta que é a tradução do relatório *Tax by Design*, Oxford University Press, 2011.

também a totalidade das contribuições que efectivamente realizam a favor da comunidade, em que temos, ainda em sede fiscal, o amplo e complexo universo de obrigações tributárias acessórias que têm de cumprir enquanto sustentáculo do que vimos designando por “administração ou gestão privada dos impostos”, próprios ou alheios⁴⁸, e, em sede económica, os reais contributos que prestam enquanto suportes da economia de mercado pressuposto da própria existência e funcionamento do Estado fiscal.

Por outras palavras, a tributação das empresas, justamente porque visa atingir rendimentos intermédios obtidos por organizações que, para além do mais, constituem o suporte insubstituível do funcionamento do sistema de liquidação e cobrança da generalidade dos impostos e da existência e funcionamento da própria economia de mercado, e não rendimentos finais como são os rendimentos gerados na esfera pessoal das pessoas físicas, deve assentar na *consideração unitária do fenómeno financeiro* das empresas, ponderando todos os reais contributos que estas prestam tanto à fazenda pública como à economia nacional. Considerando, portanto, não apenas as contribuições fiscais, isto é, os diversos impostos que suportam e pagam como contribuintes, mas também as demais obrigações tributárias e financeiras e, bem assim, as contribuições que, enquanto agentes suportes da existência e funcionamento da economia de mercado, prestam à comunidade nacional⁴⁹.

Uma ideia que leva a que o tratamento das empresas não seja em absoluto estabelecido sem um mínimo de consideração de diversificadas contribuições que prestam à comunidade nacional, em que temos: 1) os impostos que pagam como contribuintes; 2) as múltiplas e complexas obrigações acessórias que têm de cumprir enquanto suportes da gestão privada da generalidade dos impostos do sistema fiscal; 3) as despesas que realizam com a prossecução de tarefas comunitárias em complemento ou substituição pura e simples do Estado e de outras entidades públicas, em que sobressaem as entidades que levam a cabo tarefas de utilidade pública ou, numa

⁴⁸ V. o nosso *Direito Fiscal*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 326 e ss.

⁴⁹ O que, a seu modo, não deixa de ser uma expressão qualificada de uma realidade mais ampla, já que se reporta a todos os sujeitos tributários passivos, sejam estes ou não empresas, traduzida na consideração de uma efectiva «conta corrente» que, em qualquer Estado de Direito, mas com particular importância e visibilidade no Estado de Direito Social, necessariamente se estabelece entre este e cada um dos contribuintes concretizada na consideração unitária de tudo quanto cada um presta à comunidade e de tudo quanto, em contrapartida, recebe dessa mesma comunidade. O que implica, designadamente, uma visão tão ampla quanto possível do princípio da igualdade perante os encargos públicos, sendo de considerar nestes encargos não apenas os custos financeiros da comunidade estadual a que pertencemos, mas todos os custos que a existência e o funcionamento da mesma necessariamente implicam.

outra versão, as entidades que integram o chamado sector não lucrativo ou terceiro sector da economia; 4) os demais contributos específicos ou diferenciados que efectivamente prestam ao funcionamento da economia nacional.

Ora, num tal quadro de consideração global do que as PME prestam à comunidade nacional, o que vem sendo considerado como um tratamento preferencial das PME face às grandes empresas, mais não é, ao cabo e ao resto, do que a maneira de não discriminar negativamente essas empresas.

2.2.4. *A tributação das empresas multinacionais.* Mas do referido confronto no sentido do tratamento preferencial das PME face às grandes empresas, impõe-se excluir as empresas multinacionais cuja tributação deve ser totalmente repensada, pois, em relação a estas, não se deve mais procurar tributá-las com base no rendimento ou lucro complexa e sofisticadamente distribuído, em termos de verdadeiro labirinto, pela rede dos múltiplos paraísos fiscais, de modo a não pagarem nada ou quase nada.

Bem pelo contrário, a tributação de tais empresas deve ser perspectivada unicamente a partir de cada um dos países em que actuam, assentando numa ideia de territorialidade e tendo por base elementos de natureza estritamente objectiva, segundo uma fórmula em que contasse o volume de vendas realizadas, o capital afecto à produção, o montante de salários pagos e, dentro deste, atribuindo um peso específico às remunerações dos membros dos corpos sociais, uma vez que estas se apresentam como realidades insusceptíveis de ser hospedadas nos exíguos territórios de que dispõe a generalidade dos paraísos fiscais.⁵⁰

Daí que as medidas propostas pela OCDE e programadas através da calendarização estrita constante do conhecido Plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) e que entre nós já se encontram em larga medida implementadas aquelas dessas medidas que cabem à actuação dos Estados⁵¹, constituam verdadeiros remendos em tecido velho, pois não apresentam qualquer inovação relevante no sentido da solução dos problemas. O que não admira, porquan-

⁵⁰ V., neste sentido, Gabriel ZUCMAN, *A Riqueza Oculta das Nações*, Círculo de Leitores, 2013, esp. p. 134 e ss.; e a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, cit., p. 22 e ss. V. também *Recommendations for Reform*, Independent Commission for Reform of International Corporate Taxation, 3/2015.

⁵¹ Assim Gustavo LOPES COURINHA, «BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão», *Cadernos de Justiça Tributária*, 4, Abril – Junho, 2014, p. 3 e ss. V. também Maria Odete OLIVEIRA, «Algumas reflexões sobre as questões de fiscalidade conexas com a erosão das bases tributáveis e transferência de lucros», *Para Jorge Leite - Escritos Jurídicos*, Vol. II, Coimbra Editora, 2015, p. 583 e ss.

to, tendo todo o sistema da OCDE sido pensado e desenvolvido no sentido da luta contra a dupla ou múltipla tributação internacional, se revele inoperacional para resolver o problema oposto da dupla ou múltipla não tributação.

Daí que se perspetive a impraticabilidade do Plano BEPS, já que, como alguém disse, estamos face a um plano que se analisa em quinze acções que se apresentam como: 1) uma massa complexa, obscura, confusa, arbitrária e ilógica de regras; 2) que vai levar a mais concorrência fiscal pela via do abaixamento das taxas e do incremento de incentivos fiscais; 3) que provocará ainda maiores distorções na localização das actividades económicas reais; e 4) vai favorecer a manutenção ou estimular mesmo as oportunidades de arbitragem fiscal transnacional⁵².

De resto, constituindo as empresas multinacionais contribuintes nómadas, expressão que mais não é do que outra forma para dizer fugitivos fiscais⁵³, ancoram-se na liberdade fiscal, que foi pensada para os verdadeiros contribuintes⁵⁴, para escravizar estes obrigando-os a arcar com os impostos a que fogem com total êxito, ajudados, aliás, pelos que é suposto combatê-los. Na verdade, o que mais nos impressiona, num tal quadro, é que a intelectualidade jurídica, ao que supomos ingenuamente, venha dando e pretenda continuar a dar suporte jurídico à actuação económica de verdadeiros foras de lei, criando, a pretexto da necessidade de especificidades decorrentes da complexidade e sofisticação de pretensas escolhas económicas racionais que os moveriam, um sistema próprio que mais não é do que um estatuto de privilégio para a nova nobreza, não de sangue, mas do dinheiro, que as multinacionais hoje efectivamente são.

O que tem levado a que um pequeno número de nómadas fiscais, se venha erigindo numa nova oligarquia e capture os governos justamente no domínio em que se encontram as fundações da própria democracia, ancora-

⁵² Michael DEVEREUX *apud* Adolfo MARTÍN JIMÉNEZ e José Manuel CALDERÓN CARRIERO, «El Plan de Acción para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): el final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal Aranzadi*, 1-2, enero 2014, p. 115, nota 13.

⁵³ Já que contribuintes nómadas não passa de uma expressão desprovida de sentido, pois os nómadas não são efectivamente contribuintes. Sobre a dicotomia fugitivos fiscais / cativos fiscais, que materializam um crescente *apartheid* fiscal, v. o nosso estudo «Da sustentabilidade do estado fiscal», em José Casalta Nabais / Suzana Tavares da Silva, (Coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, cit., p. 36 e ss.

⁵⁴ V. sobre a liberdade fiscal e o efectivo abuso que dela é feito pela oligarquia que as multinacionais constituem, Jean-Claude MARTINEZ / Norma C. CABELLERO GUZMAN, «La liberté en droit fiscal», em Estevão HORVAT e outros, Org., *Direito Financeiro, Económico e Tributário – Homenagem a Régis Fernandes de Oliveira*, Quartier Latin, São Paulo, 2014, 357 e ss.

da como está no consentimento dos impostos. Ou, vistas as coisas pelo lado dos contribuintes, se venha conseguindo um estatuto de verdadeira servidão ou vassalagem para os sedentários fiscais, os verdadeiros contribuintes, o qual era suposto ter sido definitivamente erradicado com as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX⁵⁵.

Por isso mesmo, o decisivo na solução não pode deixar estar do lado do estabelecimento de uma efectiva tributação das empresas multinacionais, e não tanto do lado de um certo equilíbrio entre a soberania dos paraísos fiscais, concretizada em sistemas fiscais internacionalmente atractivos, e a soberania dos países cujas bases de tributação são objecto de erosão por força da concorrência fiscal movida por aqueles. Embora também o referido equilíbrio deva estar presente, impondo-se aos paraísos fiscais, que normalmente constituem verdadeiros «Estados exíguos» desprovidos de uma base económica mínima que lhes assegure a correspondente viabilidade, pois se, por um lado, não podem ser impedidos de dispor de sistemas fiscais atractivos enquanto instrumento importante para a sua sustentabilidade económica, por outro lado, também não podem ir ao ponto de ancorar essa sustentabilidade na total ausência de um efectivo sistema fiscal. Assim como os países objecto da erosão das bases tributáveis hão-de, em contrapartida, poder adoptar medidas que limitem eficazmente a concorrência fiscal protagonizada pelos primeiros, pois, se a soberania se materializa no controlo do Estado sobre os correspondentes território e povo, parece legítimo considerar as práticas dos paraísos fiscais, que promovam ou facilitem a evasão aos impostos dos outros países, como um ataque ao núcleo da soberania destes. Um ataque que, em termos práticos, não é muito diferente do desencadeado por uma invasão territorial, em relação à qual a reacção defensiva do país invadido se aceitaria facilmente, não levantando, por conseguinte, problemas de maior⁵⁶.

⁵⁵ Cf. Jean-Claude MARTINEZ / Norma C. CABALLERO GUZMAN, «La liberté en droit fiscal», *ob. cit.*, p. 380 e ss.

⁵⁶ Cf. Diane RING, «Democracy, sovereignty and tax competition: the role of tax sovereignty in shaping tax cooperation», http://works.bepress.com/diane_ring/1, e a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, cit., p. 119 e s.

3.

LA EVALUACIÓN DE LAS REGLAS FISCALES POR ORGANISMOS INDEPENDIENTES EN LA UNIÓN EUROPEA

AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ
*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Santiago de Compostela*

Sumario: *I. Las “Independent Fiscal Institutions” (IFIs): antecedentes legislativos en la Unión Europea y fundamentos para su desarrollo. II. Definición y características de las IFIs. III. Tipología. IV. Las IFIs en la Unión Europea: análisis comparativo de los órganos de Portugal, España, Francia y Reino Unido. V. Reflexiones finales.*

I. LAS “INDEPENDENT FISCAL INSTITUTIONS” (IFIS): ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN LA UNIÓN EUROPEA Y FUNDAMENTOS PARA SU DESARROLLO

Cuando a partir del año 2011 se fue introduciendo en el marco legislativo de la Unión Europea, fundamentalmente como consecuencia de la crisis económica de 2007-2008, la exigencia de contar en los Estados miembros con organismos independientes encargados de realizar el seguimiento del cumplimiento de las reglas presupuestarias definidoras de la disciplina presupuestaria, ya existían experiencias precedentes de instituciones semejantes, así como un desarrollo teórico proporcionado por toda una comunidad epistémica, que promocionaba su existencia.

Entre los años 1940 y 2000 se crearon en algunos países europeos (Holanda, Dinamarca, Alemania o Bélgica) instituciones con competencia

en análisis de las finanzas públicas por expertos independientes, aunque, a diferencia de las actuales IFIs, sus funciones eran más amplias y tenían capacidad decisoria, con una fórmula similar a la de los Bancos centrales.

Aproximadamente a partir del año 2005 aparecen los nuevos “Fiscal Councils” con una estricta función de *official fiscal watchdog*, que, en general, tienen más bien competencias consultivas y de asesoramiento, aunque en algunos casos puedan realizar recomendaciones¹. Estos órganos, fundamentalmente como consecuencia del nuevo marco presupuestario comunitario, se han multiplicado en los últimos años, de manera que si en 2006 existían 27 en Europa, en el año 2013 ya desarrollaban su labor 43, si bien, como veremos, con una configuración muy dispar.

Como se ha mencionado, la reconversión y proliferación de estas instituciones fue propiciada por una literatura científica que se inició en la década de los noventa, y que partiendo del paradigma económico neoclásico, sumó aportaciones de la escuela de la *public choice* e importó asimismo teorías aplicadas hasta entonces al ámbito de la política monetaria, con el fin de construir el marco teórico que legitimara la aparición de las mismas.

En realidad, los primeros trabajos surgieron como consecuencia del intento de sugerir soluciones para la sostenibilidad de las finanzas públicas en el concreto entorno de la crisis económica latinoamericana de los noventa².

A partir de estas aportaciones, a las que se sumaron otros autores, como Wyplosz, Calmfors, Debrun o Wren-Lewis, así como de algunas tesis de economía política desarrolladas por académicos procedentes del Departamento de Economía de la Università Commerciale Luigi Bocconi de Milán (Alesina, A. Perotti y Tabellini), se conformó un cuerpo doctrinal que se utilizó por los responsables políticos y financieros europeos para fundamentar decisiones y elaborar políticas en el marco de la subsiguiente crisis económica y, particularmente, para definir las contrapartidas del rescate financiero de Irlanda y Portugal.

¹ De hecho se suele hacer una distinción entre las llamadas instituciones “veteranas” y las de “nueva generación” (X. DEBRUN, T. KINDA, T. CURRISTINE, L. EYRAUD, J. HARRIS, J. SEIWALD (2013), “The functions and impact of Fiscal Councils”, *International Monetary Fund Policy Paper*, p. 13).

Ha analizado también estas diferencias G. KOPITS (2011), “Independent Fiscal Institutions: developing good practices”, *OECD Journal on Budgeting*, 2011/3, pp. 2-5.

² Una de las primeras contribuciones en este marco fue la de J. VON HAGEN y I. HARDEN (1994), “National Budget Processes and Fiscal Performance”, *European Economy*, 3, pp. 311-418.

Esta teoría parte de la idea de que existe una tendencia hacia el déficit (*deficit bias*) y el endeudamiento en épocas de expansión, debido al incremento del gasto público, que, según esta línea de pensamiento, conllevaría problemas económicos severos en el medio-largo plazo³. Esto tendría varias causas. Por una parte, se debería al optimismo de los ciudadanos sobre el crecimiento, fenómeno denominado por Puviani como “ilusión fiscal”, cuyo origen estaría, en la moderna construcción de la Escuela de Chicago, en una falta de información sobre el coste de las políticas públicas y el hecho de sobreestimar el beneficio de la expansión del gasto⁴.

El problema de la *time inconsistency* (incongruencia entre las políticas económicas anunciadas y las adoptadas efectivamente, fenómeno que, además, conduciría a una falta de credibilidad), la teoría de la *common pool* (políticas públicas que benefician a grupos de interés pero que son financiadas por todos los ciudadanos), o del ciclo económico politizado (adopción de decisiones políticas en función de criterios puramente electorales de corte oportunista o partidista), serían, según este círculo académico, los elementos que contribuirían a la creación de déficits presupuestarios⁵.

Este escenario es el que justificaría la delegación de las decisiones económicas en organismos independientes, que no serían susceptibles de padecer los problemas descritos⁶. Esta literatura científica hace mucho énfasis en la necesidad de “limitar las influencias políticas” o “despolitizar” el diseño de la política fiscal, en un intento de mejorar la calidad de las decisiones, transfiriendo éstas desde los representantes políticos a funcionarios

³ Por todos, A. ALESINA y G. TABELLINI (1990), “A Positive Theory of Fiscal Deficits and Government Debt”, *Review of Economic Studies*, 57 (3), pp. 403-414.

⁴ Sobre la doctrina de la “ilusión fiscal”, pueden verse, entre otros, J. BUCHANAN (1967), “Public Finance in Democratic Process: Fiscal Institutions and Individual Choice”, University of North Carolina Press; o IDEM y R.E. WAGNER (1977), “Democracy in deficit : the political legacy of Lord Keynes”, New York, Academic Press.

⁵ Una síntesis de estos argumentos se puede encontrar en L. CALMFORS y S. WREN-LEWIS (2011), “What should fiscal councils do?”, *Discussion paper series*, n.º 537, University of Oxford, pp. 7-15. Para un desarrollo más amplio, en la lista bibliográfica de esta contribución están citadas muchas de las aportaciones de los defensores de estas tesis.

⁶ El núcleo de la tesis de la delegación se encuentra en los trabajos de A. ALESINA y R. PEROTTI (1996), “Fiscal Discipline and the Budget Process”, *American Economic Review*, n.º 86, pp. 401-407; y IDEM y TABELLINI, G., (2004), “Bureaucrats or politicians?”, *Working paper* n.º 10241, National Bureau of Economic Research.

Este último trabajo concluye que determinados ámbitos de la política fiscal pueden ser delegados, desde el punto de vista de la eficiencia, en tecnócratas, como determinadas previsiones sobre política tributaria o la elección de políticas fiscales puntuales, “where time inconsistency or political myopia is an obvious issue”, aunque no las decisiones con implicaciones redistributivas (p. 64).

especializados no elegidos democráticamente, de modo que se evitaría el riesgo de decisiones ineficaces y electoralistas.

Las agencias integradas por tecnócratas aportarían la transparencia, la credibilidad y la independencia necesaria para conseguir los objetivos de la disciplina fiscal, ya que, siguiendo los postulados del liberalismo clásico, esta corriente doctrinal entiende que una reducción del gasto público tiene un efecto positivo sobre el crecimiento económico. Además, a partir de todo ello se promovería una cultura de estabilidad presupuestaria.

Pues bien, aunque contestadas desde diversos sectores, estas tesis fueron asumidas por los responsables europeos, que ya habían incorporado el dogma de la disciplina fiscal a los arts. 126 y 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como se procedió a reforzar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento a través de la adopción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria suscrito el 2 de marzo de 2012⁷.

En el marco de la gobernanza económica se inscribe el objetivo de prevenir, identificar y corregir el exceso del déficit público o de la deuda pública en los Estados miembros. Para ello, entre los años 2011 y 2013, se adoptaron sendos paquetes de medidas legislativas, los llamados “*Six Pack*” y “*Two Pack*”, con el objeto de coordinar las políticas económicas de los mismos, de reforzar la supervisión presupuestaria y de vigilar a los Estados miembros de la zona euro con déficits excesivos. La insistencia en los componentes preventivo y corrector de estos Reglamentos comunitarios llevó a concebir procedimientos adicionales de vigilancia y control, como el análisis por la Comisión de los proyectos de los planes presupuestarios de los Estados miembros o la obligación de los incursos en un procedimiento de déficit excesivo de plantear reformas presupuestarias estructurales.

Como una exigencia lógica derivada de estas disposiciones surge la necesidad de crear órganos independientes que asuman las funciones que requiere la amplia y estricta supervisión presupuestaria hasta aquí descrita. De modo que la Directiva 2011/85/UE y el Reglamento (UE) n.º 473/2013, éste con mayor detalle, recogen la obligación de los Estados miembros de dotarse de organismos independientes encargados del seguimiento y la

⁷ Señala su art. 1 que las partes acuerdan “reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social”.

evaluación del cumplimiento de las reglas presupuestarias numéricas. Esto es, de las reglas que demandan el respeto de los valores de referencia relativos al déficit y la deuda fijados por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, así como la adopción de un horizonte plurianual de planificación presupuestaria con observancia del objetivo presupuestario a medio plazo del Estado miembro⁸.

Las reglas fiscales vienen conformadas por el equilibrio presupuestario, la sostenibilidad financiera y la regla del gasto. El equilibrio presupuestario se define por el art. 3 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza como el déficit estructural inferior al 0,5% del PIB nacional; la sostenibilidad financiera implica que la deuda pública no puede ser superior al 60% del PIB nacional; así como la regla del gasto exige que la tasa del crecimiento del gasto público no puede superar la tasa de crecimiento potencial del PIB nacional a medio plazo⁹.

Según un informe elaborado por la Comisión sobre la aplicación de los Reglamentos comunitarios del *Six Pack* y del *Two Pack*¹⁰, se ha avanzado en el saneamiento presupuestario, ya que en el año 2011 el promedio del déficit presupuestario era del 4,5% del PIB, mientras en el 2014 fue de

⁸ Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros (DOUE L 306, de 23 de noviembre de 2011); y Reglamento (UE) n.º 473/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro (DOUE L 140, de 27 de mayo de 2013).

El art. 2.1 a) del Reglamento comunitario define a estos organismos independientes como los “estructuralmente” independientes o dotados de autonomía funcional “con respecto a las autoridades presupuestarias del Estado miembro, basados en disposiciones normativas nacionales que garanticen un nivel elevado de autonomía funcional y responsabilidad”. Ya en su Preámbulo señala que estos órganos pueden proporcionar “unas previsiones macroeconómicas no sesgadas y realistas”.

⁹ Advierten las instituciones comunitarias que aunque el objetivo principal de las reglas fiscales es conseguir la disciplina fiscal, pueden ser útiles también para contribuir a la reducción de la incertidumbre sobre el desarrollo de las políticas fiscales futuras y pueden fomentar una política de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno. Ahora bien, como decíamos más arriba, “fiscal rules can only yield these benefits if appropriate institutions for monitoring and enforcement mechanisms are in place, or if they are supported by strong political commitment” (http://ec.europa.eu/economy_finance/db_indicators/fiscal_governance/fiscal_rules/index_en.htm).

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la revisión de la Gobernanza económica. Informe sobre la aplicación de los Reglamentos (UE) n.º 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011, 472/2013, y 473/2013 (COM (2014) 905 final, de 28 de noviembre de 2014).

aproximadamente del 3%. Además, en esos años se redujo el número de los Estados miembros objeto de un procedimiento de déficit excesivo (de 23 a 11)¹¹. El informe concluyó que, a pesar de todo, “el crecimiento económico sigue siendo frágil y los retos, considerables”.

Pues bien, en el contexto hasta aquí descrito, los Estados miembros que no disponían de una agencia de características similares a las definidas por las disposiciones comunitarias, procedieron a su creación.

Recientemente, los Presidentes de varias instituciones comunitarias han propuesto en un informe reciente, y con el fin de reforzar la gobernanza económica y la supervisión presupuestaria, la creación de un Consejo Fiscal Europeo consultivo, que permitiría coordinar y complementar los Consejos fiscales nacionales. Este órgano proporcionaría una evaluación pública e independiente, a escala europea, de la manera en que los presupuestos, y su ejecución, se atienen a las recomendaciones y los objetivos económicos establecidos en el marco de gobernanza presupuestaria de la UE. La composición del Consejo debería ser pluralista y reunir a una amplia gama de asesores. Además, el mandato de este nuevo organismo europeo debería basarse en una serie de principios rectores: se le encomendaría formarse un juicio económico –más que jurídico– sobre la orientación presupuestaria apropiada, tanto al nivel nacional como de la zona del euro, debiendo ajustarse a las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento; emitiría dictámenes cuando lo estimara necesario (especialmente en relación con la evaluación de los Programas de Estabilidad, la presentación de los proyectos de planes presupuestarios anuales y la ejecución de los presupuestos nacionales); y asimismo presentaría una evaluación *ex post* de la aplicación del marco de gobernanza¹².

II. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS IFIS

La mayor dificultad para perfilar los contornos de estas instituciones estriba en la gran diversidad de su configuración, lo que se puede atribuir a dos causas. Por una parte, su diseño está firmemente asociado al entorno

¹¹ En el momento en que se escriben estas líneas son nueve los Estados miembros todavía incurso en un procedimiento de déficit excesivo: Croacia, Chipre, Portugal, Eslovenia, Francia, Irlanda, Grecia, España y Reino Unido. En la UE/28, sólo dos Estados miembros no han estado nunca sometidos a este procedimiento (Estonia y Suecia).

¹² J.-C. JUNCKER, D. TUSK, J. DIJSSELBLOEM, M. DRAGHI, M. SCHULZ, “Completing Europe’s Economic and Monetary Union” (“informe de los cinco Presidentes”, de 22 de junio de 2015, accesible en http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf).

legal, político e institucional de cada país, así como al momento de su aparición. De modo que existen diferencias importantes en lo que respecta a su inserción en el marco institucional, su composición, sus funciones y su régimen financiero.

Por otro lado, el legislador comunitario ha dejado un amplio margen de actuación a los Estados miembros para definir estos órganos, precisándose incluso que éstos deberían tener en cuenta tanto su propia estructura administrativa como su diseño institucional, “dada la diversidad de sistemas posibles y existentes”. Solamente se hace una incidencia especial en la necesidad de que se fundamenten en disposiciones normativas nacionales que garanticen un nivel elevado de autonomía funcional y de responsabilidad. Y todavía llega a sugerirse que se dote de estas competencias a una institución existente de estas características y que ya realizara funciones específicas de seguimiento del cumplimiento de las reglas fiscales, o se admite que cada Estado miembro pueda disponer de más de un organismo con esta función, siempre que haya una clara delimitación de responsabilidades y no se solapen las competencias¹³.

Todo ello implica que cualquier definición que pretenda realizarse se fundamenta en los rasgos comunes que comparten la mayoría de las IFIs existentes. En esta línea, la Comisión las concibe como las “instituciones públicas no partidistas que preparan previsiones macroeconómicas para el presupuesto, realizan el seguimiento del cumplimiento fiscal y/o proporcionan asesoramiento al Gobierno sobre asuntos de política fiscal. Son financiadas con fondos públicos y funcionalmente independientes de las autoridades fiscales”¹⁴.

En suma, su característica esencial es la independencia, en el sentido de que debe tratarse de órganos *non partisan*, y de que deben tener autonomía funcional, orgánica y operativa. Esta independencia quedaría garantizada si la IFI está integrada por técnicos y expertos, con un régimen

¹³ Considerando (17) del Preámbulo del Reglamento (UE) n.º 473/2013.

¹⁴ (http://ec.europa.eu/economy_finance/db_indicators/fiscal_governance/independent_institutions/index_en.htm#definition).

Habitualmente se definen las IFIs por medio de las funciones que pueden desarrollar: “A fiscal council is a permanent agency with a statutory or executive mandate to assess publicly and independently from partisan influence government’s fiscal policies, plans and performance against macroeconomic objectives related to the long-term sustainability of public finances, short-medium-term macroeconomic stability, and other official objectives” (X. DEBRUN, T. KINDA, T. CURRISTINE, L. EYRAUD, J. HARRIS, J. SEIWALD, (2013), “The functions and impact of Fiscal Councils”, International Monetary Fund Policy Paper, p. 8).

de incompatibilidades y mandatos largos. Además, no deberían recibir instrucciones ni interferencias de los poderes públicos, y tendrían que disponer de recursos presupuestarios suficientes.

La literatura que apoya su creación considera, en general, que el punto de vista que pueden aportar los miembros de estos órganos es técnico, objetivo, profesional y neutral.

Para lograr sus objetivos de transparencia, se postula igualmente como indispensable un acceso amplio a la información que precisan, así como a los medios de comunicación. En este sentido, deben hacer rendición de cuentas (*accountability*), bien ante el Poder Legislativo o a través de otras fórmulas.

La OCDE elaboró en 2013 un documento con la enumeración de 23 principios que deberían guiar la configuración de las IFIs, y que son el resultado de la adopción de los valores de la independencia, no partidismo, transparencia y rendición de cuentas. Estos principios se aglutinan en nueve características que podemos sintetizar así:

- adaptación a las necesidades y entorno institucional nacional;
- independencia y ausencia de influencia política (lo que implica, entre otras cosas, una selección de sus miembros en concurso público y basada en competencias técnicas y la designación de un responsable que no incurra en conflictos de interés y cuyo mandato sea independiente del ciclo electoral);
- el mandato y las funciones deben estar claramente definidos en normas de alto rango;
- la financiación debe ser la necesaria para su buen funcionamiento y ser pública;
- clarificación de su relación con el Poder legislativo;
- acceso a la información amplio y adecuado a sus funciones;
- sus informes y análisis han de publicarse y su actuación ser transparente;
- canales de comunicación con los media, la sociedad civil y otros interlocutores; y, por último,
- mecanismo para la evaluación externa de su trabajo¹⁵.

¹⁵ “OECD Principles for Independent Fiscal Institutions”, *Public Governance Committee*, 12 de febrero de 2013. Estos principios fueron adoptados por una Recomendación del Consejo de 13 de febrero de 2014 (accesible en <http://www.oecd.org/gov/budgeting/OECD-Recommendation-on-Principles-for-Independent-Fiscal-Institutions.pdf>).

Las IFIs actuales reúnen la mayor parte de estos rasgos, si bien varía el grado de su asunción, tanto desde el punto de vista legal como de su actuación práctica.

III. TIPOLOGÍA

Precisamente debido a la variedad de modelos implementados, conviene realizar una clasificación de los órganos diseñados por los Estados miembros. Y a este propósito puede ser ilustrativo distinguirlos en base a tres criterios: a) en función de su inserción institucional; b) en función de su tamaño y composición; y c) en función de sus competencias.

En lo que respecta a su inserción institucional, se pueden encontrar IFIs ligadas al Parlamento nacional (a su Oficina o Comisión Presupuestaria), otras vinculadas de alguna manera al Ejecutivo, alguna sujeta a una institución pública de auditoría, así como otras son completamente independientes del sistema institucional¹⁶.

Hay que tener presente que en este último caso, sin embargo, suelen existir relaciones con el Ejecutivo, e incluso en algunos casos, como, entre otros, los de Portugal, España y el Reino Unido, es el Consejo de Ministros o un Departamento ministerial en particular quien decide el nombramiento de sus miembros o de su Presidente. En el caso de España, existe incluso una adscripción a efectos organizativos y presupuestarios al Ministerio de Hacienda.

En cuanto a su tamaño y composición, las diferencias entre las IFIs son abrumadoras. En lo que se refiere a su composición, los órganos más recientes están integrados por entre, por ejemplo, los tres miembros del “Consejo de Responsabilidad Presupuestaria” eslovaco o el *Ufficio Parlamentare di Bilancio* italiano, a los diecisiete del actual “Austrian Fiscal Advisory Council”, aunque la mayor parte de las actuales IFIs suele tener entre tres y seis miembros¹⁷.

¹⁶ Se encuentran ligadas al Parlamento Nacional, por ejemplo, las IFIs de Finlandia, Italia, Austria o Luxemburgo; están encuadradas en el Ejecutivo las de Bélgica, Alemania, Reino Unido o Suecia; está vinculada a una Oficina de auditoría, la de Francia; y son –al menos, formalmente– independientes las de Estonia, Irlanda, Portugal o España.

¹⁷ El órgano austríaco fue creado en el año 2013 sobre el preexistente “Government Debt Committee” del año 1970. El Consejo eslovaco entró en funcionamiento en el año 2012. El actual “Advisory Board to the Stability Council” (*Stabilitätsrat Unabhängiger Beirat*) de Alemania, creado en el año 2013 sobre la base del ya existente “German Council of Economic Experts” de 1963, reúne nueve miembros. El Consejo de Política Fiscal de Suecia de 2007 (*Finanspolitiska Radet*), está compuesto por seis miembros, así

La procedencia y el mandato de los miembros son también aspectos con diversidad de soluciones. La duración de los mandatos (aunque puede variar el del Presidente del órgano respecto del resto de los componentes) oscila por término medio entre tres y siete años, aunque con algunas excepciones¹⁸. Por otra parte, en algunos casos la designación de los miembros de las IFIs es paritaria y procede de diversas instituciones nacionales y en otros es decisión directa del Ejecutivo o del Parlamento.

En cuanto a su perfil profesional, suele ser habitual que los órganos estén integrados por funcionarios o académicos expertos en áreas económicas o/y presupuestarias, aunque es bastante común también que formen parte de los mismos personas procedentes de los Bancos centrales nacionales, de grupos bancarios o del Fondo Monetario Internacional¹⁹.

También es muy variable el tamaño del *staff*. Algunas IFIs disponen de un reducido personal, como los órganos sueco, irlandés o británico, que cuentan con cinco personas de apoyo. En general, los Consejos más recientes suelen tener menor tamaño que sus predecesores, contratando a un número de trabajadores que suele oscilar entre diez y veinte personas, si bien, por ejemplo, el órgano español reúne a 35 y su Presidente ha solicitado casi duplicar esa cifra para atender eficazmente a sus misiones, o la *National Audit Office* de Finlandia tiene a su disposición un *staff* de 140 personas.

Aunque en algunos documentos se ha querido establecer una relación directa entre la amplitud de las funciones asumidas y el tamaño de la institución, la casuística dice que no necesariamente se cumple, ya que, como se puede comprobar, órganos con las mismas competencias tienen una desigual dimensión²⁰.

como las IFIs de Irlanda, Portugal, Rumanía, Reino Unido o Montenegro, por cinco.

¹⁸ Por ejemplo, el mandato de los cinco miembros del *România Consiliul Fiscal* tiene una duración de nueve años.

¹⁹ Así, el Presidente de la *Office for Budget Responsibility* del Reino Unido, R. Chote, fue consejero del FMI y otros de sus miembros proceden del Banco de Inglaterra o incluso alguno trabajó en el Banco de Santander. El caso del *Irish Fiscal Advisory Council*, es curioso. De sus seis miembros, uno desarrolló previamente su trabajo en el Banco Central de Irlanda, otro en el Banco de Inglaterra, otro en el Banco Central de Holanda y otros dos fueron consejeros, respectivamente, del FMI y del Banco Mundial. Un ejemplo más que se puede citar es el del *Haut Conseil des Finances Publiques* francés, que tiene varios miembros con experiencia en grupos bancarios como el HSBC.

²⁰ X. DEBRUN, T. KINDA, T. CURRISTINE, L. EYRAUD, J. HARRIS, J. SEIWALD (2013), "The functions and impact of Fiscal Councils", *International Monetary Fund Policy Paper*, pp. 35-36.

El último de los criterios de clasificación de los *Fiscal Councils* que se mencionó precedentemente los distingue en función de sus competencias. Las funciones que suelen atribuirse a estos órganos son las siguientes:

- seguimiento y asesoramiento de las reglas fiscales y de la política fiscal;
- determinación del coste de las políticas públicas;
- asesoramiento sobre previsiones macroeconómicas;
- análisis sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas;
- recomendaciones normativas sobre política fiscal;
- impulso de la transparencia presupuestaria.

Casi todas las IFIs europeas han asumido la función de seguimiento y evaluación del cumplimiento de las reglas fiscales, así como una gran parte supervisan también la política fiscal nacional y realizan análisis sobre la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas. Menos común es la aprobación de previsiones macroeconómicas, así como son muy escasas las instituciones que tienen competencias para cifrar el coste de las políticas públicas o que elaboran por sí mismas previsiones macroeconómicas o presupuestarias.

Un informe de la Comisión europea distingue entre las IFIs más centradas en una función de asesoramiento macroeconómico y presupuestario, de aquellas otras que nacieron recientemente como resultado de las demandas del Derecho comunitario, asumiendo como tarea exclusiva o fundamental el control sobre el cumplimiento de las reglas fiscales. A su vez, dentro de éstos últimos, ha de hacerse notar la existencia de algunos Consejos que han sumado a esta competencia algunas otras relacionadas con la evaluación en materia de política fiscal²¹.

Calmfors y Wren-Lewis, después de un profuso estudio acerca de la diversidad de funciones atribuidas a estas instituciones en un contexto internacional, observan que el único rasgo común al respecto, que suscita además el consenso en la comunidad académica, es que sólo pueden jugar un papel asesor y en ningún caso tener funciones decisorias sobre el marco macroeconómico o presupuestario. Estos autores realizan una comparación entre las tareas atribuidas al “Swedish Fiscal Policy Council” y las desarrolladas por la “Office for Budget Responsibility” británica, concluyendo que su diferente dimensión se deriva tanto de las diversas estructuras políticas nacionales, como del momento de su implementación (el precedente del

²¹ EUROPEAN COMMISSION (2014), “Report on Public Finances in EMU 2014”, *European Economy*, 9/2014, pp. 57-66 y especialmente *Table II.5.13* de la p. 65.

actual órgano sueco empezó a desarrollar su actividad en 1937), como de sus encontradas vías de influencia política, que en el caso de la institución sueca, y a diferencia de la mayor parte de los órganos europeos recientes, se basa en una cultura establecida de debate público y en que tiene atribuidas competencias para realizar recomendaciones de carácter normativo²².

IV. LAS IFIS EN LA UNIÓN EUROPEA: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS ÓRGANOS DE PORTUGAL, ESPAÑA, FRANCIA Y REINO UNIDO

Precisamente la diversidad que caracteriza la constitución de las IFIs (así como el hecho de que en algunos casos su establecimiento es muy reciente), dificulta la realización de juicios sobre su labor, así como la medición del impacto de sus actuaciones y su posible eficacia.

Con el fin de llegar a alguna conclusión, desde el mundo académico se ha procedido a realizar algunos estudios y análisis comparativos, necesariamente incompletos y con resultados que no se pueden aplicar a todo el universo de órganos existentes²³.

En este contexto, puede ser de alguna utilidad comparar las características de las IFIs de nuestro entorno que han tenido una reciente aparición y que surgen como respuesta a la política comunitaria sobre la crisis económica (por tanto, de las llamadas de “nueva generación”): Portugal, España, Francia y Reino Unido. Todas ellas han iniciado sus actividades entre los años 2011 y 2014²⁴. Particularmente ilustrativo puede ser, por tanto, ana-

²² “What should fiscal councils do?”, (2011), *Discussion paper series*, n.º 537, University of Oxford. Sobre las funciones asignadas a una muestra de IFIs, ver las pp. 24-25.

²³ T. CURRISTINE, J. HARRIS, J. SEIWALD (2013), en “Case studies of Fiscal Councils-functions and impact”, *International, Monetary Fund Policy Paper*, comparan, entre otras, las instituciones de Bélgica (“High Council of Finance”, creado en 1989 y reformado en el 2013), Holanda (“Bureau for Economic Policy Analysis” de 1945), Hungría (“Fiscal Council” de 2008), y Suecia (“Fiscal Policy Council” de 2007).

Igualmente a título de ejemplo, KOPITS (2011) ha realizado la comparación entre las instituciones húngara y británica (“Independent Fiscal Institutions: developing good practices”, *OECD Journal on Budgeting*, 2011/3, pp. 5 y ss.); L. VON TRAPP (2011), en “The role of Independent Fiscal Institutions”, *OECD Journal on Budgeting*, ha comparado las características de los órganos británico y sueco; o B. KOVÁCS, G. CSUKA (2012), los de Alemania y Polonia (“The role of independent fiscal institutions in managing the European sovereign debt crisis: The case of the United Kingdom, Germany and Poland”, *Crisis Aftermath: Economic changes in the EU and its Member States, Conference Proceedings Policy*, University of Szeged, pp. 242-256).

²⁴ El “Conselho das Finanças Públicas” de Portugal fue creado por el art. 3.º de

lizar lo que concierne a su respectivo marco institucional, su estructura y mandato, régimen financiero y funciones.

Los miembros del *Conselho das Finanças Públicas* (CFP), al igual que los de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), y como los de la *Office for Budget Responsibility* (OBR) son nombrados por el Ejecutivo nacional.

El órgano portugués se estructura en un Consejo Superior, una Comisión Ejecutiva y el Fiscal único, que es el responsable del control financiero, patrimonial y de legalidad del Consejo. Pues bien, los miembros del *Conselho Superior* son nombrados por el Consejo de Ministros a partir de una propuesta conjunta del Tribunal de Cuentas y del Gobernador del Banco de Portugal, de entre personalidades de reconocido prestigio y con experiencia en las áreas económica y de las finanzas públicas. El mandato de sus tres miembros ejecutivos es de siete años no renovable²⁵.

La AIReF está dirigida por un Presidente, designado de entre personas de reconocido prestigio y con una experiencia mínima de diez años en análisis presupuestario, económico y financiero del sector público. Su nombramiento está atribuido al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y previa comparecencia ante una Comisión parlamentaria. Tiene un mandato de seis años no renovable²⁶.

la Lei 22/2011, de 20 de Maio, y sus Estatutos fueron aprobados por la Lei n.º 54/2011, de 19 de Outubro. Entró en funcionamiento en el año 2012. La "Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal" de España fue creada por la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, y su Estatuto Orgánico fue aprobado por el Real Decreto 215/2014 de 28 de marzo. Ha comenzado a desempeñar sus funciones en 2014. El "Haut Conseil des Finances Publiques" francés fue creado por el art. 11 de la *Loi organique* n.º 2012-1403, de 17 de diciembre de 2012, relativa a la programación y el gobierno de las finanzas públicas, y entró en funcionamiento en el año 2013. Finalmente, la "Office for Budget Responsibility" fue creada por la *Budget Responsibility and National Audit Act 2011*, de 22 de marzo, y fue la primera de las mencionadas en ser implementada, ya que comenzó su actividad en el mismo año 2011.

²⁵ Su actual Presidenta, Maria Teodora Osório, es una profesional ligada durante la mayor parte de su carrera al Banco de Portugal. La peculiaridad de este órgano es que pueden formar parte de él dos miembros no nacionales, que en este momento son J. Von Hagen y G. Kopits, dos de los más reconocidos defensores de la existencia de los *Fiscal Councils*, habiendo sido el segundo de ellos el primer Presidente de la IFI húngara.

²⁶ El Presidente está asistido por un Comité Directivo integrado por los Directores de las tres Divisiones de la AIReF (División de Análisis Presupuestario, División de Análisis Económico y División Jurídico Institucional). El actual Presidente es José Luis Escrivá. La mayor parte de su trayectoria profesional se ha desarrollado en el sector bancario (Banco de España, Banco Central Europeo, Banco Internacional de Pagos de Basilea y BBVA).

En cuanto a la OBR, está integrada por cinco miembros nombrados por el Ministro de Hacienda (*Chancellor of the Exchequer*), si bien en el caso de su Presidente debe existir una aceptación del Comité del Tesoro de la Cámara de los Comunes, y en el de otros dos, al menos debe hacerse una consulta al mismo. La duración prevista del mandato es de cinco años²⁷.

A diferencia de los anteriores, *Le Haut Conseil des Finances Publiques* (HCFP), está encuadrado en el Tribunal de Cuentas (*Cour des Comptes*) y está compuesto por diez miembros, además de su Presidente (que será siempre el Presidente primero del Tribunal). Cuatro de ellos son magistrados del Tribunal de Cuentas en activo y son designados por su Presidente primero. Otros cinco, que deben acreditar conocimientos en el área de las previsiones macroeconómicas y de las finanzas públicas, son nombrados, respectivamente, por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, los Presidentes de las Comisiones de Finanzas de la Asamblea Nacional y del Senado, y otro por el Presidente del Consejo económico, social y medioambiental. Por último, también forma parte del HCFP el Director general del Instituto Nacional de Estadística y estudios económicos. El mandato en todos los casos es de cinco años, pero sólo renovable para los magistrados del Tribunal de Cuentas²⁸.

Teniendo en cuenta que, como veremos, sus funciones no difieren mucho, el tamaño del CFP, del HCFP y de la OBR es similar, pero, a diferencia de ellos, el órgano español dispone de una dotación de alrededor de dos veces los recursos humanos de los anteriores²⁹.

En lo que atañe precisamente a sus funciones, todos tienen competencias en materia de previsiones macroeconómicas, pero si bien el CFP, la AIREF y el HCFP realizan una evaluación o un análisis de las proyecciones presentadas por los Ejecutivos con los presupuestos anuales, la OBR procede a su elaboración, y se acompañan al presupuesto del Ministerio de Hacienda, incorporando además el impacto de las medidas tributarias y de gasto decididas anualmente por este Departamento ministerial.

²⁷ Acerca de los miembros actuales del OBR, ver *supra* nota 19.

²⁸ El perfil profesional del Presidente actual de este órgano, D. Migaud, es peculiar, ya que ha tenido responsabilidades en el entorno de los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

²⁹ El *staff* del CFP está integrado por dieciséis personas; el del HCFP, por once; y el de la OBR, por diecinueve. La AIREF tiene una plantilla de 35 personas y dispone, además, de un Consejo Asesor compuesto por nueve miembros, que son designados por el Presidente, pero en su "Memoria de actividades anual 2014" se señala que se ha realizado un estudio sobre las necesidades de personal, y que el órgano debería estar dotado de 65 puestos de trabajo.

Asimismo, las cuatro IFIs tienen competencia para el análisis de la sostenibilidad de las finanzas públicas y la verificación del cumplimiento de las reglas fiscales. Ello implica que puedan evaluar los proyectos presupuestarios y/o acompañar la ejecución presupuestaria.

Además de las funciones propias de los órganos nacidos como consecuencia de las exigencias comunitarias relacionadas con la disciplina presupuestaria, el CFP y la OBR tienen competencias para el examen de los gastos relacionados con el Estado del Bienestar. En particular, la institución británica analiza las tendencias del gasto público respecto de cada elemento de protección social con el fin de medir el impacto del Estado del bienestar en las variables que definen la sostenibilidad de las finanzas públicas³⁰.

Por otra parte, en el volumen de las competencias atribuidas a la AIREF influye en gran medida el modelo territorial de Estado, que obliga a realizar un seguimiento de las obligaciones contraídas por cada uno de los entes territoriales en relación a la estabilidad presupuestaria³¹.

También es peculiar el régimen financiero de la institución española, ya que en los otros tres casos, su financiación corre a cargo de los presupuestos nacionales, mientras que la Ley reguladora de la AIREF creó una figura tributaria, la “tasa de supervisión, análisis, asesoramiento y seguimiento de la política fiscal”, que se exige a las Administraciones públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales) por la emisión de los informes y opiniones que evacúa este ente en el ejercicio de su función de garantizar el cumplimiento por parte de ellas del principio de estabilidad. Este tributo es la principal fuente de obtención recursos económicos para subvenir a sus gastos³².

³⁰ En junio de este año se ha publicado el segundo *Welfare Trends Report (WTR)*. Accesible en <http://cdn.budgetresponsibility.independent.gov.uk/49754-OBR-Welfare-Accessible-v0.2.pdf>.

El art. 6 de la Lei n.º 54/2011, atribuye al Conselho das Finanças Públicas competencias para “d) Analizar la dinámica de la evolución de los compromisos existentes, con particular incidencia en los sistemas de pensiones y salud... incluyendo la evaluación de sus implicaciones en la sostenibilidad de las finanzas públicas” y para “g) analizar el gasto fiscal”.

³¹ Ver arts. 14 a 22 de la Ley Orgánica 6/2013.

Para una información exhaustiva sobre la regulación de la institución española y sus antecedentes, puede verse M. A. MARTÍNEZ LAGO (2014), “Reglas fiscales y Organismos independientes de supervisión: la Autoridad de Responsabilidad Fiscal española”, en *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*, (Coordinadores) F. ADAME y J. RAMOS PRIETO, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 3.057 y ss..

³² Ver el art. 43.5 del Real Decreto 215/2014, que aprobó su Estatuto Orgánico y la Disposición Adicional segunda de la L.O. 6/2013. La base imponible de este

De entre las instituciones que se financian a través de los presupuestos estatales, cabe mencionar la peculiaridad del HCFP, al que se atribuye una parte del presupuesto asignado al Tribunal de Cuentas, de modo que no existe una partida aprobada y destinada específicamente para su funcionamiento en los presupuestos generales. Además, sus miembros no reciben remuneración por las funciones que ejercen en este órgano³³.

Además de las diferencias que se han venido observando, también el rango de la información sobre la actividad del propio órgano a la que se da publicidad en aras a la política de transparencia, tan primordial en la dinámica de las IFIs, es muy dispar. Naturalmente, todas dan a conocer los documentos elaborados en el desarrollo de sus competencias, ya se trate de informes, opiniones, análisis o evaluaciones.

Pero en lo que concierne a su funcionamiento interno, la institución portuguesa, por ejemplo, sólo da publicidad a los *curricula vitae* de los miembros del Conselho Superior y a las actas de sus reuniones. Si bien en sus Memorias anuales de actividades se recoge alguna breve referencia a sus recursos humanos y presupuestarios, así como el informe del Fiscal Único sobre la rendición de cuentas del órgano³⁴.

En el otro extremo se encuentra la OBR que, además de la información antedicha, incluye en su *web* sus respuestas a las preguntas de los parlamentarios, materiales con explicaciones prolijas sobre la forma de realizar sus informes, la correspondencia –tanto las cartas escritas por el Presidente como las dirigidas a él–, los gastos superiores a 500 libras, y hasta la hospitalidad recibida por cada uno de sus miembros en las invitaciones que se les cursan³⁵.

tributo es el importe de los créditos iniciales para operaciones no financieras de la Administración contribuyente y el tipo de gravamen vigente una alícuota proporcional del 0,00085%, si bien quedan exentas las Entidades locales con una base imponible inferior a 200.000.000 de euros.

Desde el comienzo de sus funciones hasta agosto de 2015, la AIREF recaudó por este concepto un total de 3.801.780 euros.

³³ El presupuesto acordado con la *Cour des Comptes* en los últimos ejercicios es de 780.000 euros, que es con diferencia el más bajo de los cuatro estudiados. El crédito presupuestario destinado al CFP en el año 2014 fue de 2.526.022 euros. En beneficio de la transparencia se ha acordado para la OBR un presupuesto plurianual que cubre los ejercicios desde 2014-2015 hasta 2017-2018, con una asignación de alrededor de dos millones de libras por ejercicio (“Office for Budget Responsibility and HM Treasury: Framework Document”, mayo 2014, accesible en http://budgetresponsibility.org.uk/wordpress/docs/2014_Framework_document.pdf).

³⁴ Se puede ver al respecto su web oficial (<http://www.cfp.pt/>).

³⁵ En este último capítulo se da a conocer con todos los detalles incluso si han sido invitados a recepciones, comidas, cenas, y en qué concepto; la remuneración por

Por último, entre las iniciativas adoptadas por las IFIs examinadas para reforzar su independencia y una gestión transparente, es destacable que el CFP se ha dotado de un Código de Conducta y de un Plan de gestión de riesgos de corrupción e infracciones conexas³⁶.

En suma, como se ha podido observar, incluso entre órganos nacidos recientemente, en el mismo entorno territorial, el mismo contexto económico y con el mismo propósito, existen diferencias importantes en cuanto su estructura, composición, tamaño, régimen de financiación y política de transparencia y rendición de cuentas. Tampoco es desdeñable el hecho de su diferente grado o capacidad de influencia y su diversa relación con los Ejecutivos nacionales.

V. REFLEXIONES FINALES

Una de las consecuencias de la crisis económica actual ha sido la creación de IFIs, que en el marco de una política comunitaria de austeridad que sitúa la disciplina presupuestaria en el centro de las soluciones, se vislumbran como los órganos técnicos, independientes y dotados de la credibilidad necesaria para asegurar el cumplimiento de las reglas fiscales y promover la cultura de la estabilidad. Es la propia complejidad y dimensión de las tareas exigidas en este ámbito a los Estados miembros la que demanda la existencia de este tipo de instituciones.

Se conciben y diseñan, por tanto, como mecanismos de supervisión, seguimiento, vigilancia y control de todas las decisiones del Ejecutivo sobre política presupuestaria, y, en algunos casos, también sobre política tributaria.

Pero la propia variedad de fórmulas desarrolladas, que se ha podido contrastar con el pequeño análisis comparativo realizado, informa sobre la

conferencias y los gastos de desplazamiento y alojamiento que se les ha sufragado en cada caso... Son interesantes los documentos explicativos de su *modus operandi* en la elaboración de los informes: *briefing papers* y *discussion papers* (<http://budgetresponsibility.org.uk/category/publications/briefing-papers/> o <http://budgetresponsibility.org.uk/category/publications/discussion-papers/>).

La de la institución española es otra de las *web* más completas, ya que da cabida a sus documentos presupuestarios (que incluyen la liquidación de sus gastos de cada ejercicio), los contratos que suscribe, los gastos superiores a 1.000 euros, y las retribuciones de sus miembros (<http://www.airef.es/>). En cambio, la información aportada por el HCFP es bastante parca, ya que sólo da publicidad a los *curricula vitae* de sus miembros y a sus respectivas declaraciones de intereses (<http://www.hcfp.fr/>).

³⁶ “Código de Conduta”, aprobado el 9 de agosto de 2013; y “Plano de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas”, de 16 de junio de 2014.

desorientación y la falta de claridad acerca de la mejor opción para asegurar el cumplimiento de sus funciones, o sobre la ausencia de voluntad política en proceder a su implementación³⁷.

Se ha visto anteriormente que existe desde los años noventa una comunidad epistémica que legitima la delegación de la política fiscal en órganos integrados por tecnócratas en base a la necesidad de mejorar la calidad de las decisiones en este ámbito y de lograr políticas eficientes, dados los problemas que, desde su punto de vista, caracterizan la actuación de los Gobiernos representativos de la soberanía popular³⁸. Esto es, se trataría de “despolitizar aspectos de la política fiscal”, o, al menos, de limitar las influencias políticas respecto de las decisiones fiscales. En última instancia, este traslado de competencias tendería a dotar de credibilidad a todo el proceso presupuestario, con consecuencias económicas favorables para enfrentarse a la crisis económica a través de una política de restricción del gasto.

Sin embargo, también se ha puesto de manifiesto que hay una considerable incertidumbre sobre el nivel óptimo de déficit y deuda, y por tanto existen dificultades para lograr un consenso social sobre los objetivos adecuados. Además, la política fiscal tiene consecuencias redistributivas desde todos los puntos de vista, de modo que no se podría cercenar el derecho de los ciudadanos a tener influencia en la elección de este tipo de políticas públicas³⁹.

Pero, por otra parte, separar las funciones de estabilización y redistribución, puede conllevar también problemas de coordinación entre el organismo fiscal y el Ejecutivo, e incluso dificultar el logro de una independencia real de aquél respecto de éste.

³⁷ Fue el caso, por ejemplo, del “Hungary’s Fiscal Council”, que empezó su actividad a finales del año 2009 con altas garantías de independencia frente a los poderes ejecutivo y legislativo, pero el Gobierno salido de las elecciones de mayo de 2010, después de que el Consejo hiciera un informe muy crítico del proyecto presupuestario para el 2011, solicitó al Parlamento un recorte importante de su financiación y posteriormente una reforma, que cercenó su independencia (entre otras cosas, el Presidente del órgano es nombrado por el Presidente de la República) y redujo de forma sustancial sus funciones. Sobre la intrahistoria de este episodio puede verse G. KOPITS (2011), “Independent Fiscal Institutions: developing good practices”, *OECD Journal on Budgeting*, 2011/3, pp. 5 a 13.

³⁸ *Supra* apartado I.

³⁹ Ver, por todos, R.P. HAGEMANN (2010), “Improving Fiscal Performance Through Fiscal Councils”, *OECD Economics Department Working Papers*, n.º 829, p. 24 y D. SAINT-MARTIN (2013), “La concentration du pouvoir dans les agences centrales de budgets: un pilier central de l’architecture néolibéral”, en el curso *Administrations et politiques comparées*, Département de Science politique, Université de Montréal.

Suele asimismo atribuirse falta de realismo a estos postulados, en la medida en que parece sobreestimarse la capacidad de estos órganos para desarrollar una acción objetiva, ideológicamente neutra, independiente y transparente⁴⁰.

Los propios defensores de estas instituciones reconocen que su efectividad no está acreditada, y que, además, depende de sus posibilidades para desarrollar una buena estrategia de comunicación a través de los *media*, y para conseguir influencia social y capacidad de presión sobre el Gobierno. En esta línea se asume que su mera existencia no es suficiente para garantizar mejores resultados fiscales, sino que su actuación debe estar acompañada por buenas prácticas y un apoyo sustancial desde el poder político y la sociedad civil⁴¹. Lógicamente desde esta perspectiva debería existir asimismo una correlación entre la dimensión de sus funciones y su capacidad de influencia, y ha podido comprobarse como en la mayor parte de los casos éstas se limitan al seguimiento del cumplimiento de las reglas fiscales.

Por otra parte, muchos de estos organismos han padecido dificultades de funcionamiento derivadas de la falta de acceso a la información que precisan para desarrollar sus funciones o de falta de diálogo con los agentes políticos, económicos y sociales involucrados, lo que ha entorpecido, aplazado o limitado el logro de sus objetivos⁴².

En suma, es reseñable la falta de un consenso académico sobre dos aspectos esenciales. En primer lugar, sobre el postulado de partida del que deriva su existencia, a saber, sobre la necesidad de enfrentarse a la crisis económica con la aplicación de políticas conservadoras basadas en la disciplina presupuestaria, y no de políticas keynesianas. En segundo término, aún en un escenario de establecimiento del principio de estabilidad, se discute que en vía de principio sea apropiada y consistente con las garantías democráticas la delegación de funciones fiscales en este tipo de instituciones, e

⁴⁰ Una síntesis sobre las críticas realizadas respecto a la actuación de las IFIs puede verse en J. ZSCHIESCHE SÁNCHEZ (2010), “Keynes, los déficits fiscales y la necesidad de contenerlos: análisis de los organismos fiscales independientes como alternativa institucional y elaboración de una propuesta orientada a la estabilidad presupuestaria para el caso de España”, tesis doctoral, UNED, Madrid, pp. 162-165 y 426-429.

⁴¹ Por todos, X. DEBRUN (2011), “Democratic Accountability, Deficit Bias, and Independent Fiscal Agencies”, *IMF Working Paper*, WP/11/173.

⁴² Así se deduce, por ejemplo, de algunos documentos de la AIREF: “Memoria anual de actividades 2014”; “Plan de actuaciones de la AIREF para el 2015”; y “Plan estratégico de la AIREF 2015-2020”; y en el mismo sentido se manifestó el Presidente del órgano en su comparecencia ante la Comisión de Hacienda y Administraciones públicas del Congreso de los Diputados de 10 de marzo de 2015.

incluso que desde el punto de vista del desempeño de su labor su diseño sea eficiente para la consecución de la finalidad que legitima su actuación.

La creación de órganos de control del poder político en un marco de crisis económica es una muestra más de la polaridad en que se mueven desde el albor de los tiempos las ideas sobre política económica y sobre la composición de fuerzas entre los agentes económicos y sociales. Ya lo dijo en expresivas palabras Stiglitz: "...donde la batalla es más encarnizada es en el ámbito de las grandes ideas. Una de esas batallas implica por un lado a quienes creen que los mercados, en su mayoría, funcionan bien por sí solos, y que la mayoría de sus fallos son en realidad fallos del Gobierno. Por otro lado están los que no son tan optimistas respecto al mercado, y que propugnan un papel más importante para el Gobierno. Esos dos bandos definen la batalla ideológica por excelencia de nuestros tiempos... y se desarrolla en todos los ámbitos de las políticas públicas"⁴³.

⁴³ J. E. STIGLITZ (2012), *"El precio de la desigualdad. El 1 por ciento de la población tiene lo que el 99 por ciento necesita"*, Madrid, Taurus, pp. 230-231.

4.

A INTERVENÇÃO DE ORGANISMOS INDEPENDENTES NA AVALIAÇÃO DAS REGRAS FISCAIS E O RESPECTIVO CONTRIBUTO PARA A SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA FISCAL O CONSELHO DAS FINANÇAS PÚBLICAS

SUZANA TAVARES DA SILVA
Professora Auxiliar de Direito Público
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

Sumário: *I. Introdução. II. Breve referência à origem e disseminação destas entidades em outros ordenamentos jurídicos. 2.1. A sua previsão recente no âmbito do regime jurídico europeu do 'défice excessivo'. 2.2. As inspirações do modelo europeu. 2.3. A tentativa de harmonização do modelo das IFI's a partir dos princípios gerais estabelecidos pela OCDE. III. O Conselho das Finanças Públicas. 3.1. A actividade desenvolvida pelo Conselho das Finanças Públicas. 3.2. O Conselho das Finanças Públicas e a Unidade Técnica de Apoio Orçamental. Conclusão.*

I. INTRODUÇÃO

A crise financeira de 2008-2009, entre outras consequências, pôs em evidência a vulnerabilidade de países com elevadas dívidas públicas e desequilíbrios orçamentais e demográficos, mostrando que a regra de ouro do equilíbrio orçamental fixada no Consenso de Washington era efectivamente para levar a sério neste momento do capitalismo e que a sua prossecução é mais efectiva no actual contexto financeiro mundial do que a adopção de

medidas macroeconómicas contra-cíclicas em momentos de recessão, particularmente em espaços de integração económica e monetária, como é o caso da zona Euro, onde o risco dos problemas de ‘*common-pool*’ é mais elevado¹.

Neste contexto, uma das medidas ‘impostas’ pelos Programas de Assistência Económica e Financeira, desenhados pelo FMI, Banco Central Europeu e Comissão Europeia em coordenação com os Estados-membros destinatários dos mesmos, foi a criação de organismos independentes para a avaliação das regras fiscais e orçamentais. Entidades que em outros países haviam já demonstrado alguma efectividade na ajuda à promoção e garantia do equilíbrio orçamental e financeiro, funcionando como ‘medidas auxiliares de precaução’ (“*auxiliary precautions*”) em relação à constante tentação dos Governos em orientar as finanças e o endividamento público em função do curto prazo e do cumprimento de metas eleitorais, muitas vezes não harmonizáveis com as medidas de sustentabilidade financeira². Na verdade, esta afirmação decorre do senso comum, e não carece de conhecimentos especializados de economia, como Alan Budd refere no prefácio da obra ‘*Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*’, Keynes tinha razão quando dizia, a propósito da medida proposta por Churchill, de criar um ‘Parlamento Económico’ apartidário e apenas integrado por especialistas, que ele não era economista e provavelmente até nem estaria familiarizado com termos como os de ‘*common pool*’ ou ‘opacidade financeira’, mas acertara em cheio quando dissera que um dos problemas da governação era a orientação para a reeleição³.

É neste seguimento que se inscreve a criação entre nós, em 2011, do Conselho das Finanças Públicas, uma entidade administrativa independente, que, em conjunto com a Unidade Técnica de Apoio Orçamental (UTAO), uma unidade de apoio técnico à Comissão parlamentar permanente com competência em matéria orçamental e financeira, constituída em 2006, cumpre a função de *guidance* para a sustentabilidade financeira e orçamental.

¹ De acordo com os autores, a centralização da política monetária pode reduzir o incentivo de cada membro desse espaço de integração a manter a disciplina orçamental e financeira, o que significa que cada membro pode desenvolver políticas orçamentais autónomas irresponsáveis, que no fim, ou seja, perante a análise dos dados agregados, acabam por prejudicar o colectivo – v. R. M. W. J. BEETSMA / A. L. BOVENBERG, “Does Monetary Unification Lead to Excessive Debt Accumulation”, *Journal of Public Economics*, 1999/74, pp. 299-325.

² Cf. Xavier DEBRUN / Tidiane KINDA, «Strengthening Post-Crisis Fiscal Credibility: Fiscal Councils on the Rise – A New Database», *IMF Working Paper*, WP/14/58, Abril de 2014 (recurso on-line).

³ Cf. Alan BUDD, “Preface”, in George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013.

Também a criação do Conselho das Finanças Públicas deve, em certa medida, ser considerada em Portugal um ‘produto’ do Programa de Assistência Económica e Financeira. Com efeito, a sua instituição foi prevista pela alteração à lei de enquadramento orçamental aprovada em 20 de Maio de 2011 (Lei n.º 22/2011), mas no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica, assinado com a Comissão Europeia em conjunto com o BCE e com o FMI em 17 de Maio de 2011, que viria a resultar de um processo negocial iniciado em Abril de 2011⁴, encontramos já diversas referências a esta entidade – veja-se, em especial, o ponto 3.16 da versão portuguesa do mencionado Memorando, onde se prevê, como medida a implementar até ao 3.º trimestre de 2011, a adopção dos Estatutos do Conselho das Finanças Públicas, de modo a garantir que o Conselho estaria operacional a tempo de analisar o Orçamento do Estado para 2012.

II. BREVE REFERÊNCIA À ORIGEM E DISSEMINAÇÃO DESTAS ENTIDADES EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

A criação deste tipo de entidades, que no direito comparado surgem, em regra, sob a designação de *Independent Fiscal Institutions – IFI’s*, deve-se à generalização da convicção de que a mera consagração da ‘regra de ouro’ no contexto normativo nacional não é uma medida suficientemente efectiva para assegurar o cumprimento de uma política orçamental equilibrada, sendo preferível complementar este modelo com a criação de organismos independentes, que consigam actuar de forma preventiva e concomitante com a decisão política, orientando o respectivo rumo, impedindo, por exemplo, que os dirigentes políticos recorram a instrumentos de sobreendividamento e até de contabilidade criativa para ‘ganhar’ eleições.

No entanto, os autores alertam para o facto de o êxito destas entidades depender inevitavelmente do tipo de compromisso que os Governos assumem para com a mencionada política de equilíbrio orçamental e financeiro⁵. Vejamos então os pressupostos em que assenta esta proposta.

⁴ O Memorando de Entendimento surge na sequência da declaração emitida pelos Ministros do Eurogrupo e do ECOFIN, em 8 de Abril de 2011, na qual se esclarecia que o apoio financeiro da UE (mecanismo europeu de estabilização financeira – *European Financial Stabilisation Mechanism – EFSM*) e da zona euro (facilidade europeia de estabilidade financeira – *European Financial Stability Facility – EFSF*) seria providenciado na base de um programa político apoiado num condicionalismo rigoroso negociado com as autoridades portuguesas.

⁵ Nas palavras de Hagemann, se o compromisso é muito forte, estas entidades

2.1. A sua previsão recente no âmbito do regime jurídico europeu do ‘défice excessivo’

De acordo com as regras do Pacto de Estabilidade e Crescimento⁶, hoje consagradas no artigo 126.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e no Protocolo sobre o Procedimento Relativo aos Défices Excessivos, os Estados-membros devem evitar défices orçamentais excessivos, cabendo à Comissão acompanhar a evolução da situação orçamental e do montante da dívida pública nos Estados-membros, a fim de identificar desvios importantes. Os valores de referência fixados como base para a avaliação da existência ou não de um défice excessivo são: 3% para a relação entre o défice orçamental programado ou verificado e o produto interno bruto a preços de mercado e 60% para a relação entre a dívida pública e o produto interno bruto a preços de mercado.

Inicialmente, o controlo do cumprimento destes parâmetros obedecia a um ‘*modelo essencialmente estático*’, segundo o qual as Instituições Europeias – mais concretamente a Comissão e o Conselho – vigiavam o cumprimento daqueles valores de referência e desencadeavam um processo por incumprimento, no âmbito do qual eram endereçadas recomendações e/ou impostas medidas a adoptar pelos Estados-membros incumpridores.

Todavia, após a crise financeira de 2008-2009, a regulação europeia mudou substancialmente, procurando implementar *medidas mais efectivas* em matéria de prevenção de situações de défice excessivo e, por outro lado, *mais dinâmicas*, ajustadas a uma abordagem mais informada e individualizada em relação à concreta situação económica e financeira de cada Estado-membro. Ora, uma política deste tipo só pode ser prosseguida por entidades que no plano nacional coadjuvam na avaliação e na orientação das políticas anuais orçamental, financeira e fiscal, indicando aos decisores políticos democrati-

podem ser supérfluas, e se o compromisso foi muito ténue, pode ser totalmente inútil – Robert HAGEMANN, “How can Fiscal Councils Strengthen Fiscal Performance?”, *OCDE Journal: Economic Studies*, 2011, pp. 76.

⁶ Cf. Resolução do Conselho Europeu sobre o Pacto de Estabilidade e Crescimento, de 17 de Junho de 1997; Relatório do Conselho intitulado «Melhorar a aplicação do pacto de estabilidade e crescimento», de 20 de Março de 2005, aprovado pelo Conselho Europeu nas suas conclusões de 23 de Março de 2005; Regulamento (CE) n.º 1466/97 do Conselho, de 7 de Julho de 1997, relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas, actualizado pelo Regulamento (CE) n.º 1055/2005, de 27 de Junho de 2005; e Regulamento (CE) n.º 1467/97 do Conselho, de 7 de Julho de 1997, relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos, actualizado pelo Regulamento n.º 1056/2005, de 27 de Junho de 2005.

camente competentes as melhores soluções para alcançar uma sustentabilidade a longo prazo.

É nesta linha que podemos enquadrar: *i*) o Regulamento (CE) n.º 479/2009, de 25 de Maio de 2009, relativo à aplicação do Protocolo sobre o procedimento relativo aos défices excessivos; *ii*) a Directiva 2011/85/UE do Conselho, de 8 de Novembro de 2011, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros⁷; e o Regulamento (UE) n.º 473/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013, que estabelece disposições comuns para o acompanhamento e a avaliação dos projectos de planos orçamentais e para a correcção do défice excessivo dos Estados-Membros da área do euro.

Não cuidaremos nesta sede de analisar cada um destes instrumentos normativos, pois não é esse o foco do presente trabalho, limitando-nos a destacar os preceitos que neles se referem, expressamente, à criação de organismos independentes para a avaliação das regras financeiras e fiscais. Assim, no artigo 6.º**1b** da Directiva 2001/85/UE pode ler-se que “sem prejuízo das disposições do TFUE relativas ao quadro de supervisão orçamental da União, as regras orçamentais numéricas, específicas para cada país, devem conter especificações sobre (...) o controlo efectivo e atempado do cumprimento das regras, com base numa análise fiável e independente efectuada por *organismos independentes* ou organismos dotados de autonomia funcional em relação às autoridades orçamentais dos Estados-Membros”.

Já o artigo 5.º/1 do Regulamento n.º 473/2013 estipula que “os Estados-Membros devem dispor de *organismos independentes* para fiscalizar o cumprimento: *i*) das regras orçamentais numéricas que incorporam nos processos orçamentais nacionais o seu objectivo orçamental de médio prazo, estabelecido no artigo 2.º-A do Regulamento (CE) n.º 1466/97⁸ e *ii*) das regras orçamentais numéricas a que se refere o artigo 5.º da Directiva 2011/85/CE”.

O mesmo artigo 5.º do mencionado Regulamento acrescenta ainda no seu número 2 que “esses organismos devem, se for caso disso, facultar avaliações públicas das regras orçamentais nacionais relativas, nomeadamente: *i*) à ocorrência de circunstâncias conducentes ao accionamento do mecanismo de correcção aplicável no caso de um desvio significativo observado em relação ao objectivo de médio prazo ou à trajectória de ajustamento

⁷ Esta Directiva foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pela Lei n.º 22/2011, de 20 de Maio, e pela Lei n.º 37/2013, de 14 de Junho.

⁸ Todas as referências ao Regulamento (CE) n.º 1466/97 reportam-se à sua redacção actualizada pelo Regulamento (CE) n.º 1055/2005.

ao objectivo de médio prazo, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1466/97; *ii*) a saber se a correcção orçamental está a decorrer de acordo com as regras e planos nacionais; *iii*) à ocorrência e à cessação das circunstâncias a que se refere o artigo 5.º, n.º 1, décimo parágrafo, do Regulamento (CE) n.º 1466/97 que podem permitir um desvio temporário do objectivo orçamental de médio prazo ou da trajectória de ajustamento a esse objectivo desde que tal desvio não ponha em causa a sustentabilidade orçamental a médio prazo”.

Por último, o artigo 2.º do Regulamento n.º 473/2013 define *organismos independentes* como “organismos estruturalmente independentes ou organismos dotados de autonomia funcional em relação às autoridades orçamentais do Estado-Membro, relativamente aos quais a legislação nacional aplicável garante um grau elevado de autonomia funcional e de responsabilização, nomeadamente: *i*) um regime estatutário assente em disposições legais ou regulamentares ou em disposição administrativa vinculativa, *ii*) a proibição de aceitar instruções das autoridades orçamentais do Estado-Membro em causa ou de qualquer outro organismo público ou privado, *iii*) a capacidade de comunicar pública e tempestivamente, *iv*) a existência de procedimentos de nomeação de membros com base na experiência e competência destes, *v*) e a adequação dos recursos e do acesso à informação para cumprimento do seu mandato”.

O que resulta destas novas disposições normativas é uma necessidade de complementar as regras orçamentais numéricas⁹ com uma *guidance* especializada e independente¹⁰, que oriente os decisores políticos e alerte e

⁹A utilização destas regras numéricas para a determinação de uma situação orçamental e financeira equilibrada estava já bastante divulgada nos países desenvolvidos antes do início da crise 2008-2009 – *v.* FMI, *Fiscal Rules—Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances*, 2009 (disponível em <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/121609.pdf>).

¹⁰ Outras formas de complementação das regras orçamentais numéricas são a introdução de *regimes jurídicos de responsabilidade*, os quais podem ir desde a rejeição jurídica de orçamentos que se revelem desequilibrados no médio-prazo e que os dirigentes políticos não consigam explicar em que medida o (re)equilíbrio pode ser alcançado – é o caso da Nova Zelândia com o *Fiscal Responsibility Act* de 1994 (*v.* Graham SCOTT, “New Zealand’s Fiscal Responsibility Act”, *Agenda*, Vol. 2, N.º 1, 1995, pp. 3-16) e da Austrália com a *Charter of Budget Honesty Act* (*v.* Stephen KIRCHNER, “Reforming Fiscal Responsibility Legislation”, *Economic Papers*, vol. 30, no. 1, Março, 2011, pp. 29-32) (para mais desenvolvimentos *v.*, também, Ana CORBACHO / Gerd SCHWARTZ, “Fiscal Responsibility Laws”, in KUMAR / TER-MINASSIAN (Ed.), *Promoting Fiscal Discipline*, International Monetary Fund, 2007, pp. 58ss.) – ou soluções pontuais em regimes jurídicos especiais, como a obrigação de extinção de certos organismos públicos deficitários ou o impedimento de criação de novas entidades – é o caso, entre nós, do artigo 35.º/3 do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro

sensibilize os cidadãos para a necessidade de assegurar a sustentabilidade financeira dos Estados¹¹, criando um ‘ambiente político negativo’ para as decisões que ponham em causa a estabilidade orçamental (função de ‘*Watchdog*’).

Uma solução que está longe de ser consensualmente aceite¹². Para os ‘tecnocratas’¹³, a garantia de uma situação orçamental e financeira equilibrada é a única que pode assegurar protecção face aos efeitos das crises e promover menores taxas de desemprego. Isto explica que quase toda a literatura existente sobre as *Independent Fiscal Institutions* seja produzida por estas instituições e/ou por funcionários ou consultores ao serviço das mesmas. Em sentido diverso surgem as opiniões dos políticos, que vêem neste novo modelo uma interferência excessiva em domínios onde só os instrumentos do Estado democrático podem assegurar a legitimidade das decisões¹⁴. E para complicar ainda mais a análise da questão, somam-se as recentes experiências através das quais alguns buscam uma espécie de judicialização destas matérias – como se verificou no caso do questionamento dos poderes do Banco Central Europeu para a adopção da medida «*Outright Monetary Transactions*»¹⁵ –, lembrando a cada passo as dificuldades em conciliar as

– ou do *aumento da transparência* em matéria orçamental e financeira – para o que contribui o Código de Boas Práticas do FMI em matéria de transparência financeira (disponível em: <http://blog-pfm.imf.org/files/ft-code.pdf>).

¹¹ Política cuja bondade não temos oportunidade de discutir nesta sede, embora não possamos deixar de afirmar que rejeitamos o discurso da ‘austeridade’ como política que compromete a realização dos direitos económicos, sociais e culturais – v. NABAI / TAVARES DA SILVA, “Pensar a Austeridade no Século XXI”, PAZ FERREIRA (Coord.), *A Austeridade Cura? A Austeridade Mata?*, aafdl, 2013, pp. 741-757.

¹² Para uma visão céptica do papel das IFI’s no auxílio ao controlo orçamental, não obstante eventuais ganhos de transparência que possam proporcionar, v. Richard HEMMING, “The Role of Independent Fiscal Agencies”, Richard ALLEN / Richard HEMMING / Barry POTTE, *The International Handbook of Public Financial Management*, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 848ss.

¹³ Conceito com o qual aqui pretendemos designar o conjunto de funcionários de organismos internacionais dedicados à *governance* financeira, como a OCDE, o FMI ou o Banco Mundial.

¹⁴ Algo que explica, por exemplo, a ‘curta vida’ do *Fiscal Council* da Hungria, constituído em 2009 e posteriormente alvo de diversas reformas em 2010 e 2011 que lhe retiraram quase todas as suas competências e meios de trabalho – v. Robert HAGEMANN, “How can Fiscal Councils Strengthen Fiscal Performance?”, *ob. cit.*, pp. 86.

¹⁵ Referimo-nos, primeiro, à decisão do Tribunal Constitucional Alemão 2 BvR 2728/13, de 14 de Janeiro de 2014, que no âmbito de um processo de fiscalização de constitucionalidade daquelas medidas do BCE procedeu ao reenvio prejudicial das questões para o TJUE, e, depois, à decisão do TJUE, no Processo C-62/14, de 16 de Junho de 2015, que em resposta àquele reenvio prejudicial, considerou que o BCE actuara dentro dos poderes conferidos pelas normas aplicáveis. Sobre o tema v. Michael WILKINSON,

medidas de harmonização económica e financeira na zona Euro com as ‘dimensões constitucionais’ dos Estados-membros.

Para muitos, de resto, o ‘ambiente europeu’ é neste momento o terreno adequado para a generalização das *Independent Fiscal Institutions* – e também um laboratório do qual se espera poder colher algumas informações mais precisas sobre a sua real efectividade ou não –, na medida em que o compromisso com as metas da estabilidade orçamental é de natureza intermédia, ou seja, é efectivo porque o incumprimento tem consequências normativas, mas não é ainda tão intenso (registam-se diversos desequilíbrios em muitos Estados-membros) que possa justificar o carácter supérfluo da intervenção destes organismos independentes.

Em suma, talvez pela circunstância de as academias não terem ainda produzido reflexão suficiente sobre este tema, e talvez porque se trata, apesar de tudo, de um tema novo e que ainda requer estudo e discussão, não podemos também deixar de adoptar uma posição conservadora, no sentido de concordar com a instituição de mecanismos que tragam para o debate público opiniões neutras fundadas em juízos técnicos, essenciais para ajudar a elevar o nível da literacia financeira no discurso público e a combater discursos demagógicos, eleitoralistas e irresponsáveis, mas ainda assim reconhecer que as soluções não podem avançar, por ora, deste patamar, nem abdicar da pedra angular do Estado de Direito Democrático, que é a legitimação democrática das decisões em matéria orçamental e financeira.

2.2. As inspirações do modelo europeu

Mas a criação das entidades independentes como coadjuvantes na implementação de políticas orçamentais, financeiras e fiscais equilibradas em Estados de Direito democráticos¹⁶, inspirada nas reformas financeiras de 1990 relativas à arquitectura do sistema financeiro a partir de bancos centrais independentes, não é uma originalidade do modelo Europeu. Pelo contrário, há muito que o FMI vinha recomendando a sua criação, orientação a que se juntou também a OCDE¹⁷.

“Economic Messianism and Constitutional Power in a ‘German Europe’: All Courts are Equal, but some Courts are more equal than others”, *London School of Economics Working Papers*, 26/2014 (recurso on-line).

¹⁶ Para as Instituições Europeias, estas entidades “devem constituir um elemento essencial na promoção da credibilidade e da transparência” no contexto dos mecanismos de correcção orçamental nacionais – v. COM (2012) 342final.

¹⁷ OECD, “Independent fiscal institutions”, *Government at a Glance*, 2013, OECD Publishing, pp. 98.

As *Independent Fiscal Institutions* – IFI’s – são uma realidade já bem conhecida nas economias mais desenvolvidas, como é o caso do *Congressional Budget Office (CBO)* nos Estados Unidos da América, criado em 1975¹⁸, do *Bureau for Economic Policy Analysis (CPB)* na Holanda, constituído em 1945¹⁹, e do *High Council of Finance* na Bélgica, instituído em 1939, e cujos poderes foram depois reforçados em 1989²⁰.

O tipo de actividade exercida varia muito de país para país, o que permite dizer que existem diversos modelos de IFI’s. Em alguns casos estas entidades são encarregadas de *produzir informação oficial* em relação a previsões macroeconómicas – é o caso da CPB na Holanda e do *Office for Budget Responsibility (OBR)* do Reino Unido²¹ –, em outras elas *produzem informação concorrente* com a informação oficial – como acontece com o *Congressional Budget Office (CBO)* norte-americano e com o *Parliamentary Budget Office* do Canadá²² –, noutras sistemas estas entidades *emitem opiniões e pareceres sobre a informação oficial* que é produzida pelas entidades políticas – é o que sucede em França (*Commission Économique de la Nation* e *Haut Conseil de Finances Publiques*), na Irlanda (*Irish Fiscal Advisory Council*) e na Suécia (*National Institute for Economic Research*)²³²⁴.

¹⁸ Para maiores desenvolvimentos *v.* Eugene STEUERLE & Stephanie RENNANE, “Unites States: Pioneer in Fiscal Surveillance”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 99ss.

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos *v.* Frits BOS & Coen TEULING, “Netherlands: Fostering Consensus on Fiscal Policy”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 121ss.

²⁰ Sobre o tema *v.* Luc COENE & Geert LANGENUS, “Belgium: Promoting Fiscal Discipline in a Federal System”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 142ss.

²¹ Sobre o modelo britânico *v.* Robert CHOTE & Simon WREN-LEWIS, “United Kingdom: Fiscal Watchdog and Official Forecaster”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 234ss.

²² Para maiores desenvolvimentos sobre a realidade canadiana *v.* Kevin PAGE / Toga YALKIN, “Canada: Oversight with Qualified Independence”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 166ss.

²³ Sobre o modelo sueco *v.* Kristina LUNDQVIST, «Financial information of good quality, in time and for multiple uses – the Swedish experience», *Para uma Reforma Abrangente da Organização e Gestão do Sector Público*, Banco de Portugal Edições, 2014, pp. 27-40; e Lars CALMFORS, “Sweden: Watchdog with a Broad Remit”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 189ss.

²⁴ OECD, «Independent fiscal institutions», *Government at a Glance*, 2013, OECD Publishing, pp. 98.

Também quanto à sua *forma institucional* podemos assinalar algumas diferenças, pois em alguns países estas entidades estão junto aos órgãos do poder legislativo – é o que sucede no modelo norte-americano, italiano²⁵, australiano e canadense – noutros casos são agências independentes e em outros ainda localizam-se junto às entidades de controlo da legalidade financeira, como os tribunais de contas.

Apesar de alguma proximidade com a nova arquitectura do sistema financeiro e monetário, as IFI's não são nem pretendem ser entidades equiparáveis ou homólogas, no plano institucional e funcional, aos bancos centrais, pois a sua função não é a de decidir a política financeira e orçamental em substituição dos órgãos democráticos, mas antes a de aconselhar, influenciar, avaliar e divulgar informação independente e transparente – por isso maioritariamente a literatura refere-se a este tipo de entidades como *Fiscal Councils* ²⁶.

Alguns autores propõem soluções mais drásticas, como a criação de *Independent Fiscal Authorities*, cujo propósito seria mais ‘intrusivo’ no plano democrático, já que assentariam no pressuposto de ‘despolitização total’, ou seja, de delegação de uma parte do poder decisório em matérias orçamentais e financeiras em entidades independentes, à semelhança do que acontece com a política monetária em relação aos Bancos Centrais²⁷. Uma proposta que não tem consagração expressa em nenhum país, pois as características são excessivamente invasivas e potencialmente geradoras de conflitos com os órgãos do poder político, sem que exista sequer uma forma de os solucionar^{28,29}. O caminho há-de ser, portanto, a adopção de soluções

²⁵ Para maiores desenvolvimentos *v.* Fabrizio BALASSONE / Daniele FRANCO / Chiara GORETTI, “Italy: What Role for an Independent Fiscal Institution?”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 250ss.

²⁶ Cf. Xavier DEBRUN, *The Functions and Impact of Fiscal Councils*, International Monetary Fund, 2013, pp. 6; e Simon WREN-LEWIS, “Comparing the Delegation of Monetary and Fiscal Policy”, George KOPITS (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford University Press, 2013, pp. 54ss.

²⁷ Cf. DEBRUN / HAUNER / KUMAR, “Independent Fiscal Agencies”, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 23, N.º1, 2009, pp. 56-61.

²⁸ Neste sentido, DEBRUN / HAUNER / KUMAR, “Independent Fiscal Agencies”, *ob. cit.* pp. 61; Robert HAGEMANN, “How can Fiscal Councils Strengthen Fiscal Performance?”, *ob. cit.*, pp. 80.

²⁹ Algo que no espaço europeu poderia ser resolvido se se avançasse mais no modelo de integração, como parece ser o sentido do Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária (TECG), no qual se prevêem medidas como a comunicação prévia pelos Estados ao Conselho da União Europeia e

mais conciliatórias com o modelo democrático, com a criação de entidades com meros poderes consultivos, de emissão de opiniões, pareceres e avaliações – os já mencionados *Fiscal Councils* – que coadjuvam na garantia do cumprimento das regras orçamentais numéricas³⁰.

Em boa verdade, os dois modelos cumprem uma das funções meri-tórias associada às IFI's: a superação das deficiências apontadas por muitos aos modelos assentes exclusivamente em regras numéricas fixas, que são indiferentes às concretas e reais condições dos países – trata-se de substituir as 'regras mortas' ("*dead rules*") por 'entidade vivas' ("*living bodies*") de âmbito nacional, conhecedoras das reais condições para o desenvolvimento sustentável de cada contexto económico e financeiro³¹.

2.3. A tentativa de harmonização do modelo das IFI's a partir dos princípios gerais estabelecidos pela OCDE

Em 2014, a OCDE publicou a *Recommendation of the Council on Principles for Independent Fiscal Institutions*³². Nos parágrafos introdutórios pode ler-se que os princípios correspondem a uma 'sistematização' das principais orientações resultantes da actividade positiva desenvolvida pelas IFI's. Segundo aquela entidade, após a Crise de 2008-2009, os decisores políticos estão à procura de novas soluções para garantir a disciplina financeira e orçamental e reconstruir a confiança pública nas suas capacidades para gerir os orçamentos de forma prudente e transparente. Embora a responsabilidade pelas decisões orçamentais e financeiras seja, em última instância, dos governos democraticamente eleitos, as IFI's podem oferecer um complemento a essas decisões, através de uma análise segundo as melhores regras e práticas orientadas para a promoção da sustentabilidade, assegurando a transparência, a

à Comissão dos planos de emissão de dívida (artigo 6.º). O Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária (TECG), também denominado "Pacto Orçamental" ou "Pacto Fiscal", foi assinado em Março de 2012 e ratificado por Portugal em Abril de 2012 (Resolução da Assembleia da República n.º 84/2012 e Decreto do Presidente da República n.º 99/2012, ambos de 3 de Julho).

³⁰ Cf. Cf. Xavier DEBRUN, "The Functions and Impact of Fiscal Councils", IMF, 2013, pp. 21 (recurso on-line).

³¹ Neste sentido v. A. FATÁS, J VON HAGEN, A. H. HALLETT *et. alii*, *Stability and Growth in Europe: Towards a Better Pact*, Center for Economic Policy Research, London, 2003, pp. 62-66.

³² OCDE, *Recommendation of the Council on Principles for Independent Fiscal Institutions*, 2014 (<http://www.oecd.org/gov/budgeting/OECD-Recommendation-on-Principles-for-Independent-Fiscal-Institutions.pdf>).

accountability e a elevação do nível do debate político sobre estas matérias.

Os vinte e dois princípios apresentados pela OCDE para a criação, organização e regulação das IFI's estão agrupados em nove títulos, e podemos sintetizar os respectivos conteúdos da seguinte forma:

- *Base Local (Local Ownership)* – as IFI's devem ser instituições de base local, que conheçam profundamente o contexto e a realidade do país, evitando a importação artificial de soluções estrangeiras;
- *Entidades independentes e apartidárias (Independence and non-partisanship)* – estas são duas características essenciais às IFI's para garantir que as respectivas análises são objectivas e úteis a qualquer partido político, o que é assegurado através: *i*) da não atribuição de poderes normativos a estas entidades; *ii*) da escolha dos seus membros por critérios de mérito profissional na área da economia, finanças públicas e gestão orçamental (com divulgação dos CV); *iii*) por mandatos limitados e não renováveis, nem coincidentes com ciclos eleitorais; *iv*) pela exclusividade dos respectivos membros, aos quais deve ser atribuída uma remuneração adequada; *v*) pelo facto de o *staff* ser recrutado por concurso e subordinado ao regime de contrato de trabalho privado.
- *Atribuições (Mandate)* – as atribuições devem estar definidas em lei, bem como os procedimentos para o exercício de cada tipo de actividade, incluindo as entidades com competência para solicitar informações; as IFI's devem ter a possibilidade de emitir informações de modo officioso e autonomia na elaboração do seu plano de actividades; as suas actividades devem estar ligadas às questões orçamentais, devendo incluir, designadamente, a análise das propostas orçamentais apresentadas, comentários a cenários e projecções macroeconómicas e análise económica da principal legislação.
- *Recursos financeiros (Resources)* – estas entidades devem ter um orçamento próprio, adequado ao cumprimento da sua missão (cobrindo custos remuneratórios e de funcionamento), e autonomia financeira, sendo recomendada a adopção de orçamentos plurianuais.
- *Relações com os Parlamentos (Relationship with the legislature)* – o procedimento orçamental deve proporcionar tempo para que as IFI's produzam informação de suporte ao debate parlamentar do orçamento, podendo ainda incluir-se outras soluções como a audição obrigatória do dirigente das IFI's nesse procedimento; a legislação deve também prever instrumentos para a colaboração entre as IFI's

- e as comissões parlamentares de orçamento e finanças e/ou outras.
- *Acesso à informação (Access to information)* – a legislação deve estabelecer meios adequados para neutralizar a assimetria informativa entre as IFI's e os Governos, incluindo o acesso a documentos de forma gratuita ou com custos comportáveis pelo orçamento das IFI's; os limites no acesso à informação devem ficar expressamente consagrados na lei.
 - *Transparência (Transparency)* – os deveres de transparência associados às IFI's são especialmente relevantes na legitimação dos seus resultados, pelo que deve ser assegurado pelo legislador uma ampla margem de discricionariedade para que estas entidades decidam como é que pretendem constituir a sua “confiança pública”, mas o legislador deve prever a publicação *on-line* dos relatórios e outros documentos, assegurando a sua filiação.
 - *Comunicação (Communications)* – as IFI's devem desenvolver canais de comunicação com a Sociedade, em particular através dos *media*.
 - *Avaliação externa (External Evaluation)* – as IFI's devem desenvolver instrumentos de controlo externo através dos pares, o que pode significar, entre outras coisas, *peer-review* dos seus trabalhos e relatórios de avaliação elaborados por entidades congéneres.

III. O CONSELHO DAS FINANÇAS PÚBLICAS

O Conselho das Finanças Públicas foi criado entre nós em 2011, mais concretamente pela Lei n.º 22/2011, de 20 de Maio, que aditou à Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto (Lei de Enquadramento Orçamental), o artigo 12.º-I, onde se pode ler o seguinte: “é criado um órgão independente, o conselho das finanças públicas, cuja missão consiste em pronunciar-se sobre os objectivos propostos relativamente aos cenários macroeconómico e orçamental, à sustentabilidade de longo prazo das finanças públicas e ao cumprimento da regra sobre o saldo orçamental, prevista no artigo 12.º-C, da regra da despesa da administração central, prevista no artigo 12.º-D, e das regras de endividamento das regiões autónomas e das autarquias locais previstas nas respectivas leis de financiamento”. O mesmo artigo acrescenta ainda que “o conselho deve integrar personalidades de reconhecido mérito, com experiência nas áreas económica e de finanças públicas”, cabendo ao legislador definir a respectiva composição, as competências, a organização e o funcionamento daquela entidade.

Neste seguimento, a Lei n.º 54/2011, de 19 de Outubro, aprovou os estatutos do Conselho das Finanças Públicas. De acordo com a lei (na sua redacção entretanto actualizada pelo artigo 187.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro), o conselho das finanças públicas é uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de *entidade administrativa independente*, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, estando sujeita ao regime dos serviços e fundos autónomos. O conselho e os membros dos respectivos órgãos actuam de forma independente no desempenho das funções que lhes estão cometidas por lei e pelos estatutos, não podendo solicitar nem receber instruções da Assembleia da República, do Governo ou de quaisquer outras entidades públicas ou privadas. A independência financeira do Conselho, bem como a sua capacidade de cumprir integralmente a respectiva missão, são asseguradas financeiramente pelo Orçamento do Estado.

Para o desempenho da sua missão, a lei confere ao conselho as seguintes atribuições: *i)* avaliar os cenários macroeconómicos adoptados pelo Governo e a consistência das projecções orçamentais com esses cenários; *ii)* avaliar o cumprimento das regras orçamentais estabelecidas; *iii)* analisar a dinâmica da dívida pública e a evolução da sua sustentabilidade; *iv)* analisar a dinâmica de evolução dos compromissos existentes, com particular incidência nos sistemas de pensões e saúde e nas parcerias público-privadas e concessões, incluindo a avaliação das suas implicações na sustentabilidade das finanças públicas; *v)* avaliar a situação financeira das regiões autónomas e das autarquias locais; *vi)* avaliar a situação económica e financeira das entidades do sector público empresarial e o seu potencial impacto sobre a situação consolidada das contas públicas e sua sustentabilidade; *vii)* analisar a despesa fiscal; *viii)* acompanhar a execução orçamental.

No âmbito das suas atribuições, o conselho produz, *obrigatória e previamente à sua apreciação na Assembleia da República*, relatórios sobre: *i)* o Programa de Estabilidade e Crescimento e demais procedimentos no quadro regulamentar europeu do Pacto de Estabilidade e Crescimento; *ii)* o Quadro Plurianual de Programação Orçamental; *iii)* a proposta de Orçamento do Estado³³. Para além destes relatórios obrigatórios, o conselho deve igualmente produzir *relatórios regulares* sobre a sustentabilidade das contas públicas e outros que considere convenientes. Todos os relatórios elaborados

³³ Para o legislador nacional parece não ter sido muito fácil conjugar a intervenção do Conselho das Finanças Públicas no procedimento de aprovação parlamentar do orçamento do Estado, em si já bastante complexo e moroso, pelo que o legislador se viu obrigado a estipular que a produção do relatório do Conselho sobre a proposta de Orçamento do Estado e a sua apresentação na Assembleia da República não prejudicava o início do processo da respectiva discussão, previsto na lei de enquadramento orçamental.

pelo conselho são enviados ao Presidente da República, à Assembleia da República, ao Governo, ao Tribunal de Contas e ao Banco de Portugal e disponibilizados na sua página electrónica.

Quanto à *estrutura orgânica*, o Conselho é composto por: *i*) um Conselho Superior, integrado por cinco membros, nomeados pelo Conselho de Ministros sob proposta conjunta do Presidente do Tribunal de Contas e do Governador do Banco de Portugal³⁴; *ii*) uma Comissão Executiva, integrada pelo Presidente do Conselho Superior, pelo Vogal Executivo e pelo Director dos Serviços Técnicos do Conselho; e *iii*) por um Fiscal Único, que é o órgão responsável pelo controlo e pela legalidade da gestão financeira e patrimonial do Conselho. Os membros do Conselho Superior são inamovíveis durante os seus mandatos. Os mandatos têm a duração de sete anos, com excepção dos correspondentes à primeira nomeação.

Um ponto que parece menos cuidado nos estatutos do Conselho das Finanças Públicas é a *accountability* dos respectivos membros e da actividade desempenhada. Seria importante instruir um sistema de ‘audições parlamentares’ dos membros, à semelhança do que acontece em França ou na Itália, ou regimes de *peer-review* como os instituídos no Reino Unido e no Canadá³⁵.

3.1. A actividade desenvolvida pelo Conselho das Finanças Públicas

Devido à sua recente instituição entre nós e talvez também devido à forma como foi instituído e à circunstância de durante boa parte deste período o país ter estado sob a intervenção (especial vigilância) das entidades europeias e do FMI, ainda não é possível fazer uma análise desenvolvida do impacto que a actividade do Conselho tem tido na política orçamental e financeira nacional, nem da relevância que tem na formação da opinião pública. Assim, limitar-nos-emos, nesta sede, a dar conta da principal actividade desenvolvida por esta entidade.

³⁴ Os actuais membros foram nomeados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2012, de 19 de Janeiro, e cumprem mandatos com as seguintes durações, desde 16 de Fevereiro de 2012: *i*) Presidente (Maria Teodora Osório Pereira Cardoso), sete anos; *ii*) Vice-presidente (Jürgen von Hagen), cinco anos; *iii*) Vogal Executivo (Rui Nuno Baleiras), cinco anos; *iv*) Vogais não-Executivos (George Kopits; Carlos José Fonseca Marinheiro; três anos, renováveis uma vez).

Os mandatos dos Vogais não-Executivos foram renovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 35/2014, de 18 de Novembro de 2014.

³⁵ Cf. Xavier DEBRUN, “The Functions and Impact of Fiscal Councils”, IMF, 2013, pp. 20 (recurso on-line).

Tal como se previa no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica, o Conselho das Finanças Públicas iniciou a respectiva actividade em 2012, com a elaboração de três relatórios – um sobre a estratégia orçamental para Portugal 2012-2016, outro sobre os Princípios para a Revisão das Leis de Finanças Públicas Subnacionais e o terceiro sobre a Análise da Proposta de Orçamento do Estado para 2013 – e um apontamento sobre as previsões macroeconómicas subjacentes ao Orçamento.

Em 2013, para além dos relatórios obrigatórios sobre a matéria orçamental (análise do documento de estratégia orçamental, da alteração ao orçamento do Estado para 2013 e da proposta de Orçamento do Estado para 2014), destacaram-se os relatórios sobre as contas das Administrações Públicas, a análise das Propostas da nova Lei das Finanças Locais³⁶ e das Finanças Regionais³⁷⁻³⁸ e ainda um parecer relativo à 7.^a alteração à lei de enquadramento orçamental e um apontamento sobre a dívida pública.

Já em 2014 e para além, uma vez mais, dos relatórios obrigatórios em matérias orçamentais (análise do Documento de Estratégia Orçamental 2014-2018 e da proposta de Orçamento do Estado para 2015) e de contas das Administrações Públicas e de outros documentos sobre estes temas (apontamento do Saldo em Contabilidade Pública ao Saldo em Contabilidade Nacional, parecer relativo à oitava alteração à Lei de Enquadramento Orçamental e o parecer sobre as previsões macroeconómicas subjacentes à Proposta de Orçamento do Estado para 2015), destacamos a análise da Execução Orçamental da Segurança Social e da Caixa Geral de Aposentações e o apontamento sobre Sistemas de Protecção Social³⁹, bem como as

³⁶ Referimo-nos ao Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais, aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro.

³⁷ Lei das Finanças das Regiões Autónomas, aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2013, de 2 de Setembro.

³⁸ Para além do relatório, cuja obrigatoriedade neste caso estava também indicada no ponto 3.14 da versão portuguesa do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica, conta-se ainda nesta matéria a publicação ocasional 1/2013 sobre a análise dos limites à Dívida nas Propostas de Lei de Finanças Regionais e Locais.

³⁹ Neste breve apontamento, onde se analisam o Sistema de Segurança Social e a CGA, pode ler-se que um dos principais desafios decorre da circunstância de o Sistema Português de Segurança Social se dever considerar um ‘sistema tardio’ em face dos respectivos congéneres, razão pela qual suscita especiais desafios de sustentabilidade e pressão sobre as finanças públicas nacionais. Neste sentido, há quem faça uma análise mais generalizada sobre as dificuldades de sustentabilidade que enfrentam os países da “social democracia tardia”, que emergem já na fase de superação do Keynesianismo pelos modelos

duas publicações ocasionais, uma sobre a reforma do processo orçamental e outra sobre a previsibilidade e a sustentabilidade das finanças públicas.

Especialmente em matéria de *Segurança Social*, e após as vicissitudes das mais recentes tentativas de reforma deste sector entre nós⁴⁰, é importante que vozes independentes e legitimadas sob o ponto de vista técnico se pronunciem sobre o tema, alertando para os riscos de curto, médio e longo prazo, bem como para as questões de justiça intergeracional, contrabalanzando o discurso político-demagógico que enxameia a comunicação social e que é, em alguma medida, guiado pelos políticos que dependem do voto dos reformados e pelos próprios reformados, que actualmente constituem um *lobby* bem organizado numa sociedade especialmente envelhecida.

Em Dezembro de 2014, o Conselho publicou também um volume que recolhe as intervenções num ciclo de seminários sobre a Reforma do Estado, e que correspondeu a uma iniciativa conjunta do Conselho com o Banco de Portugal e a Fundação Calouste Gulbenkian⁴¹.

Por último, em 2015, para além dos relatórios e pareceres em matéria orçamental (evolução económica e orçamental, análise da execução orçamental, situação e condicionantes das finanças públicas 2015-2019, Previsões macroeconómicas subjacentes ao Programa de Estabilidade 2015-2019, Análise do Programa de Estabilidade 2015-2019, Evolução económica e orçamental até ao final do 1.º trimestre de 2015 e Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 329/XII – Lei de Enquadramento Orçamental), cumpre-nos destacar a publicação do Glossário de Termos das Finanças Públicas⁴², que contribui para o aumento da literacia financeira no país.

Se atentarmos, por exemplo, no conteúdo do Relatório 3/2015 sobre “Finanças Públicas: Situação e Condicionantes 2015-2019”, onde se pode ler que “as pressões orçamentais resultantes da demografia e do elevado peso da dívida continuam a exigir um importante esforço no sentido do

mais recentes do capitalismo – v. Jorge Luis LANZARO, “Social Democracias ‘Tardías’. Europa Meridional y América Latina”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2014.

⁴⁰ Para maiores desenvolvimentos v., por todos, João Carlos LOUREIRO, *Direito da Segurança Social: entre a necessidade e o risco*, Coimbra Editora, 2014; e *Contribuição de Sustentabilidade & Companhia. Linhas para uma discussão constitucional*, 2014 (https://apps.uc.pt/mypage/files/fd_loureiro/707).

⁴¹ Referimo-nos à obra “Para uma Reforma Abrangente da Organização e Gestão do Sector Público – Comunicações e Comentários” (disponível em <http://www.cfp.pt/wp-content/uploads/2014/12/LivroSextasReforma2014.pdf>).

⁴² O Glossário de Termos das Finanças Públicas pode ser consultado em <http://www.cfp.pt/wp-content/uploads/2015/04/Glossario-de-termos-das-Financas-Publicas.pdf>.

aumento de eficiência na provisão de serviços públicos, a par com a maior capacidade de geração de rendimento e de atracção de financiamento por parte do sector privado”, veremos que as indicações sobre as reformas necessárias na Administração Pública e as suas razões económico-financeiras e orçamentais encontram aí uma explicação clara, só faltam as medidas e a formação da consciência social sobre a respectiva inevitabilidade.

Apesar destes breves anos de actividade e do especial contexto em que a mesma teve lugar, podemos concluir que a actividade do Conselho das Finanças Públicas tem sido muito relevante no cumprimento da missão que dele era aguardada, isto apesar de não ter o impacto na comunicação social que se esperaria e desejaria⁴³, pois poucas têm sido as referências à sua actividade nos principais serviços noticiosos, públicos e privados, omissão que, cremos, não se pode imputar ao trabalho desenvolvido, que tem sido de elevada qualidade, mas antes à própria qualidade dos serviços noticiosos, para quem a divulgação de querelas políticas secundárias continua a ser mais *sexy* (e talvez mais rentável) do que o cumprimento de um serviço público informativo de qualidade. Será preciso esperar alguns anos para se poder analisar, com maior rigor, o impacto que esta entidade pode vir a assumir no contexto nacional.

3.2. O Conselho das Finanças Públicas e a Unidade Técnica de Apoio Orçamental

Antes da criação do Conselho das Finanças Públicas, Portugal contava já, desde 2006, com uma entidade técnica de apoio em matéria orçamental. Não sendo uma verdadeira entidade independente, as suas opiniões tinham algum impacto na comunicação social, pelo menos o suficiente para incomodar os Governos em funções, à data ainda pouco familiarizados com estas novas formas de *accountability*⁴⁴.

⁴³ Recorde-se que o impacto na comunicação social e a aquisição de um estatuto de interlocutor inevitável com os representantes políticos no discurso público é um dos indicadores de efectividade do modelo - Cf. Xavier DEBRUN, “The Functions and Impact of Fiscal Councils”, IMF, 2013, pp. 27 (recurso on-line).

⁴⁴ Recordamos aqui, a título de exemplo, as declarações em 2009, do Ministro das Finanças Teixeira dos Santos, que confrontado com o pedido da oposição de submeter as contas públicas ao escrutínio da UTAO respondia desta forma: “A UTAO pode analisar a informação, mas cada coisa no seu lugar. A Assembleia da República é um órgão legislativo e a UTAO tem a missão de apoiar os deputados em termos técnicos, não pode ter qualquer poder de fiscalização da actividade do Governo. Não lhe reconheço esse poder, a UTAO é uma unidade técnica que faz um trabalho técnico, não é um órgão fiscalizador da acção do Governo, isso não faz sentido” – in <http://www.rtp.pt/>

Referimo-nos à Unidade Técnica de Apoio Orçamental (UTAO), uma “unidade especializada que funciona sob orientação da comissão parlamentar permanente com competência em matéria orçamental e financeira, prestando-lhe apoio pela elaboração de estudos e documentos de trabalho técnico sobre a gestão orçamental e financeira pública” – definição constante da Lei de Organização e Funcionamento dos Serviços da Assembleia da República (Lei n.º 77/88, de 1 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 13/2010, de 19 de Julho).

A UTAO foi inicialmente criada pela Resolução da Assembleia da República n.º 53/2006, de 7 de Agosto, tendo aí ficado estipulado que a respectiva missão consistiria na elaboração de documentos e estudos sobre: *i)* análise técnica da proposta de lei de Orçamento do Estado e suas alterações; *ii)* avaliação técnica sobre a Conta Geral do Estado; *iii)* acompanhamento técnico da execução orçamental; *iv)* análise técnica às revisões do Programa de Estabilidade e Crescimento; *v)* estudo técnico sobre o impacte orçamental das iniciativas legislativas admitidas, que o Presidente da Assembleia da República entendesse submeter à comissão especializada em matéria orçamental e financeira, nos termos do artigo 17.º/1*d* do Regimento da Assembleia da República; *vi)* outros trabalhos que lhe fossem determinados pela comissão especializada em matéria orçamental e financeira, ou que a esta fossem submetidos pelo Presidente da Assembleia da República ou por outras comissões especializadas. Era composta por três a cinco técnicos, a requisitar ou a contratar nos termos da Lei de Organização e Funcionamento dos Serviços da Assembleia da República (LOFAR) e demais legislação aplicável.

Mais tarde, a Resolução da Assembleia da República n.º 57/2010, de 23 de Junho, reforçou os seus meios humanos (passando a sua composição a contemplar 8 a 10 técnicos, a recrutar através de mobilidade interna ou cedência de interesse público) e as suas competências, que passaram a contemplar, entre outros, a realização de reportes trimestrais sobre o endividamento contraído e investimento realizado em todas as entidades e empresas do sector público e da administração regional e local.

Já em 2014, após a constituição do Conselho das Finanças Públicas, a Resolução da Assembleia da República n.º 60/2014, de 30 de Junho, viria a atribuir-lhe mais competências, desta feita em matéria de avaliação e acompanhamento de parcerias público-privadas, concessões e reequilíbrios financeiros.

Neste caso, como já dissemos, não se trata de uma entidade verdadeiramente independente à luz dos princípios da OCDE antes mencionados,

não obstante o artigo 6.º do respectivo regulamento interno, de 26 de Dezembro de 2006, estipular que “na execução do plano de trabalhos e de outros trabalhos solicitados à UTAO, os técnicos que a compõem devem elaborá-los com total independência e imparcialidade política, técnica e científica”.

Apesar disso, talvez valha a pena lembrar que outras IFI's, como a Belga e a Holandesa, também nunca beneficiaram de verdadeira independência segundo os parâmetros legais e mesmo assim ‘construíram’ a sua independência a partir da reputação social reconhecida aos respectivos trabalhos⁴⁵. Por esta razão, não devemos igualmente negar à UTAO este estatuto, sobretudo se recordarmos o papel muito relevante que a mesma assumiu, no plano socioeconómico e político, nos anos de 2007 a 2011, como foi aliás reconhecido pela OCDE, que, em 2008, recomendava ao Estado Português a manutenção desta entidade e o aprofundamento da sua independência⁴⁶.

Em alguns casos, e apesar de terem funções diferentes, existe uma clara duplicação nas análises que são efectuadas pelo Conselho das Finanças Públicas e pela UTAO, como acontece com a proposta do Orçamento do Estado ou com as contas públicas, mas para os partidários da transparência certamente que esta duplicação se traduz apenas em mais informação. Pela nossa parte, consideramos que seria importante articular melhor as competências destas duas entidades, neutralizando duplicações e redundâncias e promovendo uma optimização deste tipo de controlos, que muito saudamos.

CONCLUSÃO

A divulgação das IFI's nos sistemas democráticos é um instrumento fundamental ao aprofundamento da democracia e da cidadania, pois permite elevar o nível de literacia financeira e proporcionar informação técnica, neutra e não demagógica sobre aspectos fundamentais da nossa existência em comunidade política organizada, que se pretende justa e equitativa, porque fundada em esquemas sustentáveis de redistribuição do rendimento e da riqueza.

Não espanta, portanto, que este tipo de entidades seja pouco popular entre os políticos e que os resultados da respectiva actividade sejam

⁴⁵ Cf. Xavier DEBRUN, “The Functions and Impact of Fiscal Councils”, IMF, 2013, pp. 34 (recurso on-line).

⁴⁶ Cf. OCDE, *Relatório de Avaliação do Processo Orçamental em Portugal*, 2008, pp. 14. Documento disponível em <http://www.oecd.org/portugal/42007650.pdf>.

muitas vezes recebidos com desgosto. Todavia, e como a experiência comparada vem demonstrando, o seu papel pode ser muito útil quando se trata de enfrentar reformas legislativas necessárias em matérias que em regra acarretam elevados custos políticos, e cujos resultados positivos apenas são perceptíveis a médio e longo prazo, ou seja, em desarmonia com os ciclos eleitorais, como acontece, em especial, com a segurança social.

Pela nossa parte, e não obstante a ‘juventude’ destes organismos entre nós, acolhemos a sua acomodação no sistema político-normativo com expectativas positivas e muito optimismo, esperando que elas, na sua missão de *‘watchdogs’*, se revelem não apenas essenciais na promoção da estabilidade orçamental e financeira, mas também no contexto das necessárias reformas políticas que ainda estão por cumprir, em especial na reestruturação da organização política e administrativa e no domínio da segurança social.

(Página deixada propositadamente em branco)

INCENTIVOS FISCALES A LA REACTIVACIÓN DEL SECTOR INMOBILIARIO ESPAÑOL: LAS SOCIEDADES COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO

JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Complutense de Madrid*

Sumario: *I. Introducción. II. El objeto social de las SOCIMI. 2.1. Objeto social principal. 2.2. Objeto social accesorio. III. Configuración del capital social de las SOCIMI. IV. Denominación social de las SOCIMI. V. La obligación de distribuir resultados y los consiguientes límites a la dotación de reservas. VI. Cotización de las acciones en un mercado regulado. VII. El régimen fiscal de las SOCIMI. 7.1. El régimen fiscal especial de las SOCIMI en el impuesto sobre sociedades. 7.1.1. El régimen fiscal especial y sus efectos en la compensación de bases imponibles negativas y en las deducciones previstas por la ley del impuesto sobre sociedades. 7.1.2. Efectos derivados de la renuncia y el incumplimiento de los requisitos para disfrutar del régimen especial. 7.1.3. La exención en el impuesto sobre sociedades de la renta obtenida por las SOCIMI. 7.1.4. Tipo de gravamen aplicable en los supuestos de distribución de beneficios a los socios que ostentan participaciones significativas y se benefician de una baja tributación. VIII. Régimen fiscal de los socios de las SOCIMI. IX. Otros beneficios fiscales.*

I. INTRODUCCIÓN

La acentuada crisis económica experimentada por España en los últimos años ha traído aparejada una relevante transformación de las diversas figuras que conforman el sistema fiscal español, elevándose significativamente la presión fiscal soportada por los contribuyentes con el fin de allegar a la Hacienda Pública los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades públicas.

No obstante, de forma paralela, durante este complejo periodo, el legislador español también ha introducido diversos incentivos fiscales que presentan como objetivo potenciar el desarrollo de determinadas actividades o mercados que se consideran estratégicos para el correcto desarrollo económico del país. Este es el caso del régimen jurídico de las Sociedades Cotizadas de Sector Inmobiliario (SOCIMI), aprobado por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, mediante el que se pretende espolear la captación de capitales que permitan reactivar el mercado español de bienes inmuebles de naturaleza urbana, un de los más castigados por el escenario generalizado de crisis económica.

Los incentivos fiscales inicialmente aprobados no fueron lo suficientemente atractivos para atraer la inversión de capitales nacionales y extranjeros al sector inmobiliario, circunstancia que dio lugar a que la regulación de las SOCIMI fuese objeto de una relevante modificación por la Ley 16/2012, de 27 de septiembre, mediante la que se acometió una profunda y efectiva transformación del régimen tributario y mercantil de dichas entidades.

Mediante la aprobación de este régimen, España se suma a la larga lista de Estados que cuentan con un régimen de *Real Estate Investment Trust* (REIT), cuya actividad principal consiste en la inversión, directa o indirecta, en activos inmobiliarios de naturaleza urbana para su alquiler, incluyendo, entre otros, viviendas, locales comerciales, residencias, hoteles, garajes u oficinas.

Sin duda, el incentivo fiscal que nos ocupa ha respondido eficazmente a sus objetivos, pues mediante el mismo se ha desvirtuado la parálisis y la senda bajista que asolaba al mercado inmobiliario español, estimándose en más 3.500 millones de euros la inversión canalizada hacia el sector por esta vía en el año 2015.

II. EL OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIMI

2.1 Objeto social principal

La actividad principal de las SOCIMI ha de ser necesariamente la inversión inmobiliaria, pudiendo instrumentarse dicha inversión tanto de forma directa como indirecta. En concreto, la SOCIMI deberá invertir al menos el 80% del valor de su activo en inmuebles de naturaleza urbana destinados al arrendamiento, o en suelo susceptible de ser promovido, siempre que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición.

De este modo, el activo que podrá formar parte de la SOCIMI, según lo dispuesto por la Ley 11/2009, y en el marco de lo previsto en el artículo 334 del Código Civil, estará integrado por los siguientes bienes:

- a) Edificaciones finalizadas, siendo estas destinadas a vivienda habitual, o a un uso distinto del de la vivienda. La posibilidad de esta interpretación nos viene dada en el preámbulo de la Ley 11/2009, ya que aquí se señala que el activo de las SOCIMI podrá estar integrado tanto por viviendas, como por locales comerciales, residencias, hoteles, garajes, oficinas, etc.
- b) Edificaciones en proyecto o en construcción, o construidas para su rehabilitación, ya que la SOCIMI puede llevar a cabo labores de promoción.
- c) Terrenos destinados a la promoción de bienes inmuebles, siempre que la promoción se inicie dentro de los tres años siguientes a su adquisición.
- d) Participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que aquellas y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios. Esta posibilidad es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley 11/2009.
- e) Derechos reales inmobiliarios, siempre que recaigan sobre bienes inmuebles urbanos, permitan ceder el inmueble en arrendamiento y respeten los plazos de inversión mínima, así como los límites de diversificación de las inversiones inmobiliarias fijados por la Ley 11/2009.

No tendrán la consideración de bienes inmuebles, y por tanto quedarán excluidos de la posibilidad de formar parte del activo de las SOCIMI.

Los bienes inmuebles de características especiales a efectos catastrales regulados en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Este Texto, en su artículo 6.4 define los bienes inmuebles de características especiales como “conjuntos complejos de uso especializado, integrados por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configuran a efectos catastrales como un único bien inmueble”.

Por ello, no podrán formar parte del activo de la SOCIMI los inmuebles destinados a la producción de energía eléctrica, gas, refinamiento de petróleo, y las centrales nucleares; las presas, saltos de agua y embalses, a excepción de las destinadas exclusivamente al riego; las autopistas, carreteras y túneles de peaje; los aeropuertos y puertos comerciales y los bienes inmuebles cuyo uso se ceda a terceros mediante contratos que cumplan los requisitos para ser considerados como de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto de Sociedades; así como los inmuebles rústicos, ya que en la Ley 11/2009 se detalla claramente que el objeto social de la SOCIMI es la explotación en alquiler de bienes inmuebles urbanos.

Por otra parte, la SOCIMI podrá participar en el capital de las entidades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 11/2009, que podrán dedicarse a las siguientes actividades:

- a) La adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento.
- b) La tenencia de participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que aquéllas y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios.
- c) La tenencia de participaciones en el capital de otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios.
- d) La tenencia de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Como cabe observar, y al objeto de garantizar la libre circulación de capitales prevista por el Derecho originario de la Unión Europea, pese a que, según se ha dicho, la finalidad principal del régimen jurídico que nos ocupa

es lograr una reactivación del mercado inmobiliario español, tanto los inmuebles como las participaciones en sociedades inmobiliarias en las que ha de materializarse la inversión de los capitales captados por la SOCIMI no han de estar necesariamente vinculados con el territorio español. De este modo, es perfectamente factible que los inmuebles estén situados en terceros Estados, incluso en aquellos que no forman parte de la Unión Europea, y que las sociedades participadas no sean residentes en territorio español.

Es preciso destacar que, como mínimo, el 80% de las rentas del periodo impositivo deberá provenir del arrendamiento de bienes inmuebles y de dividendos o participaciones en beneficios procedentes de participaciones en las entidades antes indicadas, una vez excluidas las derivadas de la transmisión de las participaciones y de los bienes inmuebles afectos ambos al cumplimiento de su objeto social principal, después de transcurrido el plazo de mantenimiento legal de tales inversiones.

2.2. Objeto social accesorio

Asimismo, las SOCIMI podrán también dedicarse, de manera accesorio, a otras actividades distintas de las comprendidas en su objeto social principal, siempre y cuando las rentas derivadas de tales inversiones no iguallen ni superen el 20% de las rentas obtenidas por la SOCIMI en el periodo impositivo correspondiente.

III. CONFIGURACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL DE LAS SOCIMI

De acuerdo con lo establecido por la Ley 11/2009, el capital social de la SOCIMI deberá satisfacer diversos requisitos. El primero es que la SOCIMI deberá contar con un capital social mínimo de 5 millones de euros, tal y como establece el artículo 5.1 de la Ley, constituyendo una especialidad respecto a la norma general de capital mínimo de 60.000 euros que se exige a toda sociedad anónima. La cifra efectiva de capital social de la SOCIMI ha de venir obligatoriamente fijada en sus estatutos, a diferencia de otros tipos de sociedades como las SICAV, que cuenta con un capital variable.

La Ley reguladora del régimen SOCIMI no estipula de manera específica el régimen de desembolso íntegro inicial del capital social de este tipo de sociedades, por lo que cabe deducir que regirá la regla general aplicable a toda sociedad anónima por la que se exige la suscripción íntegra inicial de todo el capital social, y el desembolso mínimo de un 25% del valor nominal de cada una de las acciones.

El segundo de los requisitos supone la prohibición de la representación por más de una sola clase de acciones en cada SOCIMI. Es por esto que todas las acciones de una SOCIMI otorgarán los mismos derechos, y podrán, en todo caso, existir varias series de acciones siempre y cuando todas tengan un mismo valor nominal. Las acciones de la SOCIMI habrán de estar representadas siempre mediante anotaciones en cuenta, pues como veremos de inmediato dichas acciones deberán ser admitidas para su negociación en un mercado regulado de valores.

El tercero y último de los requisitos es la obligación de que todos los bienes inmuebles que integran el capital social de la SOCIMI han de ser tasados por un experto independiente designado por el Registrador Mercantil, que será siempre una de las sociedades de tasación que se hallen previstas en la legislación del mercado hipotecario.

Esta necesidad de tasación de los bienes inmuebles se dará cuando se aporten bienes inmuebles para la constitución de la SOCIMI, o en su caso, de cara a una posible ampliación posterior del capital social de la misma.

IV. DENOMINACIÓN SOCIAL DE LAS SOCIMI

El artículo 5.4 de la Ley 11/2009 exige a las SOCIMI que hayan optado por el régimen fiscal especial contenido en la misma, deban contener en su denominación social una identificación unívoca y, por lo tanto, deberán incluir, bien “Sociedad Cotizada de Inversión en el Mercado Inmobiliario”, bien “Sociedad Anónima”, o bien su propia abreviatura, “SOCIMI, SA”, que incorpora la exigencia del tipo social recogida tanto en el artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como en el artículo 116.2 del Reglamento Registro Mercantil.

V. LA OBLIGACIÓN DE DISTRIBUIR RESULTADOS Y LOS CONSIGUIENTES LÍMITES A LA DOTACIÓN DE RESERVAS

Como hemos anticipado en la introducción, la Ley 11/2009, en su Preámbulo, hace mención a la intención de que este vehículo de inversión sea de acceso al conjunto de los ciudadanos, permitiendo su acceso a la propiedad inmobiliaria de forma indirecta, “obteniendo el inversor una rentabilidad estable de la inversión en el capital de estas sociedades a través de la distribución obligatoria de los beneficios a sus accionistas”.

El artículo 6 de la Ley 11/2009 se encarga de regular la distribución de resultados de las SOCIMI, limitando las competencias propias de la

junta de accionistas. Este artículo establece que tanto las propias SOCIMI como las entidades residentes en territorio español en las que participen, que hayan optado por la aplicación del régimen fiscal especial establecido en esta Ley, deberán distribuir de manera obligatoria el beneficio obtenido en el ejercicio en forma de dividendos.

Otra circunstancia digna de mención es que la parte de los beneficios procedentes de rentas sujetas al tipo general de gravamen, no se verá afectada por la obligación de distribución de dividendos, que sí alcanza a la parte de los beneficios procedentes de las rentas que se benefician de la tributación privilegiada de las SOCIMI.

No obstante, es de advertir que el ratio de distribución de los beneficios obtenidos por la SOCIMI variará en función del activo en el que materializa la inversión del capital. Según el artículo 6.1 de la citada Ley, los porcentajes de distribución serán los siguientes:

- a) El 100 por 100 de los beneficios procedentes de dividendos o participaciones en beneficios distribuidos por las entidades inmobiliarias en que inviertan estas SOCIMI.
- b) Al menos el 50 por ciento de los beneficios derivados de la transmisión de inmuebles y acciones o participaciones que procedan de la transmisión de inmuebles en que invierten directamente o acciones o participaciones en las entidades inmobiliarias en las que invierten de forma indirecta, una vez transcurridos los plazos mínimos de permanencia de dichas inversiones en el patrimonio de las SOCIMI. El resto de estos beneficios deberá reinvertirse en otros inmuebles o participaciones afectos al cumplimiento del objeto social principal, en el plazo de los tres años posteriores a la fecha de transmisión.
- c) Al menos el 80 por ciento del resto de los beneficios obtenidos, es decir, de los beneficios ordinarios (beneficios que no procedan de la transmisión de inmuebles en que invierten directamente o acciones o participaciones en las entidades inmobiliarias en las que invierten de forma indirecta). Existirá el mismo porcentaje mínimo obligatorio de distribución sobre los beneficios correspondientes a las rentas procedentes de actividades accesorias.

En relación con la fecha del pago del dividendo, tal y como consta en el artículo 6.1 Ley 11/2009, “el dividendo deberá ser pagado dentro del mes siguiente a la fecha del acuerdo de distribución”.

Por otra parte, la reserva legal de las SOCIMI que hayan decidido optar por la aplicación del régimen fiscal especial que se establece en la Ley

11/2009 no podrá, en ningún caso, ser mayor del 20% de la cifra de capital social, medida con la que pretende asegurarse la distribución del beneficio a los accionistas. Para reforzar esta previsión legal, y para asegurar la rentabilidad de las acciones de la SOCIMI, en el artículo 6.3 de la Ley 11/2009 se dispone que los estatutos sociales de la SOCIMI establezcan cualquier otra reserva de carácter indisponible distinta de la legal con el ya citado límite máximo del 20%.

VI. COTIZACIÓN DE LAS ACCIONES EN UN MERCADO REGULADO

El artículo 4 de la ley 11/2009 dispone que esta clase de sociedades ha de tener obligatoriamente sus acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, ya sea español, o de cualquier otro Estado Miembro de la Unión Europea, debiendo mantenerse dicha admisión a negociación, de manera ininterrumpida, durante todo el periodo impositivo. Es por ello que las SOCIMI se califican como sociedades cotizadas.

Con respecto a la admisión a negociación de las acciones de las SOCIMI, según el artículo 32.1 de la Ley del Mercado de Valores, deberán seguir un proceso que será objeto de comprobación previa por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, verificando de este modo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos que tal Ley establece en relación a la admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales de ofertas públicas de venta o suscripción y del correspondiente folleto exigible a tales efectos. Además de esta comprobación por parte de la Comisión Nacional, la admisión a negociación requerirá del acuerdo del organismo rector de mercado secundario oficial de que se trate.

Uno de los mayores problemas que pueden surgir con respecto a la admisión a negociación de las acciones de las SOCIMI en mercados secundarios oficiales es el del coste/beneficio. Por ello, las SOCIMI deberán, de manera constante, realizar un análisis de coste-oportunidad en el que se tomen en consideración las obligaciones adicionales y límites específicos que el estatuto jurídico de las SOCIMI implica, y las ventajas fiscales que le reporta el tipo societario especial, pues es posible que el beneficio reportado no compense el coste asumido.

VII. EL RÉGIMEN FISCAL DE LAS SOCIMI

7.1 El Régimen Fiscal Especial de las SOCIMI en el Impuesto sobre Sociedades

En el artículo 8.1 de la Ley 11/2009 se establece que “las SOCIMI así como las entidades residentes en territorio español a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 2, que cumplan los requisitos establecidos en esta Ley, podrán optar por la aplicación en el Impuesto sobre Sociedades del régimen fiscal especial regulado en esta Ley, el cual también será de aplicación a sus socios”.

Así pues, tanto las SOCIMI, como las entidades residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a beneficios y cumplan los requisitos de inversión y financiación ajena a que se refieren los artículos 3 y 7 de la Ley 11/2009, podrán verse favorecidas por la aplicación del régimen fiscal especial que recoge la Ley.

7.1.1. La opción por el Régimen Especial y sus efectos en la compensación de bases imponibles negativas y en las deducciones previstas por la Ley del Impuesto sobre Sociedades

La Ley 11/2009 establece dos requisitos formales para la aplicación del régimen especial:

- a) La adopción de un acuerdo de la junta general de accionistas. Al no establecerse la necesidad de que el acuerdo sea aprobado por una mayoría cualificada, cabe entender que bastará con una mayoría simple para la adopción del acuerdo. Tampoco se establece la necesidad de que el acuerdo deba ser aprobado en un determinado momento, aunque sí que deberá aprobarse antes del plazo previsto para la comunicación.
- b) La comunicación del acuerdo a la Administración. El órgano competente para la recepción de la comunicación del acuerdo será la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente al domicilio fiscal de la SOCIMI.

La opción por este régimen implica una inmediata limitación a la compensación de las bases imponibles negativas y a la aplicación de las

deducciones y bonificaciones previstas por la Ley del impuesto sobre sociedades. A nuestro juicio, esta restricción resulta plenamente razonable toda vez que, como veremos de inmediato, los rendimientos positivos percibidos por la SOCIMI podrán llegar a estar plenamente exentos de tributación en el impuesto sobre sociedades. No obstante, los resultados negativos sí podrán ser objeto de compensación en la medida en que tengan su origen en la explotación de inmuebles cuyos rendimientos no se benefician de la exención, circunstancia que, cumpliéndose los requisitos para disfrutar del régimen SOCIMI, vendrá determinada por el alcance de participación de los socios y por su tributación nominal.

7.1.2 Efectos Derivados de la Renuncia y el Incumplimiento de los Requisitos para Disfrutar del Régimen Fiscal Especial

Por otra parte, el abandono del régimen especial también surtirá efectos en lo que a la compensación de bases imponibles negativas pendientes de aplicación se refiere. En caso de que dichas bases imponibles no fueran compensadas durante la aplicación del régimen especial, una vez deje de resultar de aplicación dicho régimen a las SOCIMI, tales bases imponibles negativas seguirán siendo igualmente compensables.

Las causas de exclusión del régimen especial para las SOCIMI se hayan reguladas en el artículo 13 de la Ley 11/2009. Según dicho artículo, tales causas de exclusión desplegarán sus efectos en el propio ejercicio en el que concurren, pasando dichas sociedades a tributar por el régimen general del Impuesto de Sociedades.

Las causas de exclusión establecidas por el legislador son:

- a) Exclusión de negociación en mercados secundarios: la obligación de que las acciones de la SOCIMI estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial viene dispuesta en el artículo 4 de la Ley 11/2009.
- b) Incumplimiento sustancial de las obligaciones de información del artículo 11 de la Ley 11/2009: Dicha información sustancial deberá aparecer en la memoria, y es necesario para la correcta aplicación del régimen fiscal especial, fundamentándose en el devengo del impuesto por la distribución del dividendo, y por la parte de la base imponible correspondiente al mismo.

No obstante, este mismo artículo establece que en caso de que en la memoria del ejercicio inmediato siguiente se subsane ese

incumplimiento, no habrá lugar a la exclusión de las SOCIMI de la aplicación del régimen especial.

- c) Falta de acuerdo de distribución y pago, total o parcial, de los dividendos en plazo: La falta de acuerdo se refiere a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 11/2009. En este artículo se recoge, como se ha expuesto anteriormente, la necesidad de distribución en forma de dividendo a los accionistas de las SOCIMI del beneficio obtenido en el ejercicio, debiéndose acordar su distribución dentro de los 6 meses posteriores a la conclusión de cada ejercicio, en función de los porcentajes correspondientes a cada tipo de rentas producidos por las SOCIMI regulado en el mencionado artículo 6 de esta Ley.
- d) Incumplimiento de cualquier otro de los requisitos exigidos en la Ley 11/2009 para que las SOCIMI pueda aplicar el régimen fiscal especial: En este caso, podrá reponerse la causa del incumplimiento dentro del ejercicio inmediato siguiente con la finalidad de poder seguir siendo de aplicación el régimen especial a las SOCIMI.

Por último, con respecto a la renuncia a la aplicación del régimen fiscal especial, en el artículo 8 de la Ley 11/2009 se dice que la aplicación del régimen fiscal especial es decisión de las SOCIMI, siempre y cuando cumpla los requisitos para que sea posible tal aplicación. De igual modo que las SOCIMI tiene la facultad para decidir sobre la aplicación de dicho régimen, también tiene la facultad para decidir sobre la renuncia de la aplicación del mismo.

La pérdida del régimen especial implicará que no se podrá optar de nuevo por la aplicación de dicho régimen fiscal especial establecido en la Ley 11/2009, mientras no hayan transcurrido al menos tres años desde la conclusión del último período impositivo en que fue de aplicación dicho régimen.

7.1.3 La exención en el Impuesto sobre Sociedades de la renta obtenida por las SOCIMI

La SOCIMI se beneficiará de una exención plena en el impuesto sobre sociedades cuando obtenga rentas derivadas del alquiler o la transmisión de los activos inmobiliarios en los que se materializa el desarrollo de su objeto social principal. No obstante, esta exención no resultará de aplicación cuando la participación en el capital social de alguno de los socios

resulte igual o superior al 5 por ciento y tales dividendos, en sede de los socios, estén exentos o tributen a un tipo inferior al 10 por ciento.

Esta última regla no resultará de aplicación cuando el socio que recibe el dividendo tiene la consideración de SOCIMI, o es una entidad que cumple los requisitos para ser tratada como tal en los términos previstos por la Ley 11/2009.

7.1.4 Tipo de gravamen aplicable en los supuestos de distribución de beneficios a los socios que ostentan participaciones significativas y se benefician de una baja tributación

En aquellos supuestos en los que se rebase el umbral de participación señalado en el apartado anterior y, adicionalmente, no se verifique la sujeción del dividendo percibido por el socio a un tributo sobre la renta en el que resulte de aplicación un tipo de gravamen de, al menos, el 10 por ciento, el importe íntegro de los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos a los socios resultará gravado al tipo del 19 por ciento. Dicho gravamen tendrá la consideración de cuota del impuesto de sociedades.

En todo caso, el tipo de gravamen especial del 19% no resultará aplicable cuando los dividendos o participaciones en beneficios sean percibidos por entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social y estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI, en lo relativo a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios, respecto de aquellos socios que posean una participación igual o superior al 5% en el capital social de aquellas y tributen por dichos dividendos o participaciones en beneficios, al menos, al tipo de gravamen del 10%.

Finalmente, es preciso hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley 11/2009, mediante el que se establece que estarán sujetos a retención los dividendos o participaciones en beneficios cuando el perceptor sea un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente, y cuando el perceptor sea un contribuyente del IRPF.

VIII. RÉGIMEN FISCAL DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIMI

El régimen fiscal especial de los socios viene regulado en el artículo 10 de la Ley 11/2009. Como hemos señalado previamente, la *ratio iuris* que inspira el régimen fiscal que nos ocupa es que la renta obtenida por la sociedad de inversión inmobiliaria tribute en sede de los socios cuando estos no poseen una participación significativa y la renta soporta una tributación nominal determinada.

Obviamente, la imposición de los socios variará en función de que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.

Por lo que se refiere a los primeros, y con respecto a los dividendos distribuidos con cargo a beneficios o reservas respecto de los que se haya aplicado el régimen fiscal especial establecido en la Ley 11/2009, es preciso destacar que no resultarán de aplicación las medidas para la corrección de la doble imposición interna prevista en los artículos 21 y 30 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Tampoco resultarán aplicables las normas de corrección de la doble imposición en la transmisión o reembolso de la participación en el capital de las sociedades que hayan optado por la aplicación de este régimen en relación con la renta obtenida que se corresponda con reservas procedentes de beneficios respecto de los que haya sido de aplicación el régimen fiscal especial previsto en la Ley 11/2009.

Por lo que respecta a las personas físicas, cuando perciban dividendos distribuidos con cargo a beneficios o reservas respecto de los que se haya aplicado el régimen fiscal especial fijado por la Ley 11/2009, tributarán como un dividendo ordinario, considerándose renta del ahorro, y disfrutando, por tanto, de la aplicación de un tipo de gravamen que, en el año 2015, oscila entre el 20 y 24 por ciento¹. Asimismo, la ganancia o pérdida patrimonial que pudiera derivarse de la transmisión de las acciones de la SOCIMI por una persona física residente en España se considerará renta del ahorro, resultando de aplicación las mismas alícuotas.

Por último, cuando el perceptor de los dividendos distribuidos por las SOCIMI sea una persona física o jurídica no residente en España, sin establecimiento permanente, no será de aplicación la exención establecida

¹ Para el año 2016 la tributación de los dividendos oscilará entre el 19 y el 23 por ciento.

en el artículo 14.1.i) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, la cual estipula que “ las rentas derivadas de las transmisiones de valores o el reembolso de participaciones en fondos de inversión realizados en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente en territorio español, que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información”, de donde se desprende la inequívoca voluntad del legislador de garantizar la tributación de la transmisión de dichas participaciones en España.

No obstante, incluso a pesar de que el patrimonio de la SOCIMI está conformado fundamentalmente por inmuebles, la imposición de las acciones en nuestro país podrá ser cuestionada por el titular de las acciones. El MC OCDE se refiere en su artículo 13.1 a la tributación de las ganancias puestas de manifiesto por la enajenación de acciones representativas directa o indirectamente de bienes inmuebles. Estas sociedades aparecen definidas en el MC OCDE de acuerdo a su objeto social, si bien es cierto que en la mayoría de los CDIs firmados por España no se refieren al objeto social de las mismas, sino que son calificadas como sociedades inmobiliarias a aquellas cuyo activo esté compuesto principalmente por bienes inmuebles. En algunos casos², dicha calificación se extiende a las sociedades inmobiliarias de segundo grado, es decir, aquellas cuyo activo se compone, sólo de forma indirecta, por bienes inmuebles, mediante la participación en sociedades inmobiliarias.

El apartado 23 de los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE) al artículo 13, en la versión anterior al año 2003, contemplaba la posibilidad de que los Estados incluyesen en los CDI una cláusula de esta naturaleza, posibilidad de la que España ha hecho uso, entre otros, en los convenios suscritos con Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Croacia, China, EEUU, Filipinas, Francia, Irlanda, Luxemburgo, México, Polonia, Portugal, Venezuela o Vietnam. En todos ellos se reconoce que el Estado en el que radique la sociedad inmobiliaria tiene derecho de gravar dicha renta, si bien cabe identificar especialidades en algunos de los CDIs que incluyen en esta cláusula la posibilidad de que el activo de la sociedad esté compuesto, directa o indirectamente, por inmuebles (CDIs con Arabia Saudí,

² Como por ejemplo, en los Convenios firmados por España con Corea, China, EEUU, India, México y Portugal. Otros Convenios, como los firmados con Canadá y Filipinas, van aún más allá, y permiten la aplicación de dicha cláusula también en el caso de que se produzca la enajenación de participaciones en partnerships o trusts cuya propiedad consista principalmente en bienes inmuebles.

Malta o Macedonia) o su exclusión si la sociedad cotiza en mercados de valores (CDIs con Eslovenia, Egipto o Islandia) o se trata de activos afectos a la actividad económica de la sociedad (CDIs con Letonia o Estonia)³.

La inclusión de una cláusula específica para reaccionar contra este tipo de estructuras en algunos de los CDI celebrados por nuestro país, permite argumentar que la transmisión de acciones de una sociedad inmobiliaria establecida en territorio español no podrá dar lugar a que la plusvalía resulte gravada en España. De hecho, esta es la posición mayoritaria entre los países miembros de la OCDE, dado que la anterior redacción del parágrafo 23 de los Comentarios al artículo 13 expresamente señalaba que “algunas legislaciones fiscales asimilan la enajenación de la totalidad o parte de las acciones de una sociedad cuyo objeto exclusivo o principal consista en detentar bienes inmuebles, a la enajenación de tales bienes. Las disposiciones del apartado 1 no autorizan por sí mismas esta práctica; la asimilación exige una disposición especial en el convenio bilateral”.

Sin embargo, conviene tener presente que nuestro país ha formulado una reserva al MC OCDE en el año 1992, según la cual las plusvalías derivadas de la venta de sociedades cuyo activo esté compuesto fundamentalmente por bienes inmuebles, situados en territorio español, podrán ser gravadas en España. Es evidente que dicha reserva no tendrá ninguna incidencia en los CDIs negociados con anterioridad al 23 de julio de 1992, fecha en la que se incorporó dicha reserva al MC OCDE. Asimismo, a nuestro modo de ver, resulta igualmente cuestionable la eficacia de la reserva española en aquellos CDIs negociados con posterioridad a dicha fecha puesto que, al haber sido incorporada en algunos de los tratados celebrados por España una cláusula específica destinada a garantizar la tributación de la plusvalía en nuestro país, en todos aquellos que no incorporan dicha cláusula parece posible argumentar que la interpretación del artículo 13 del MC OCDE de la Administración española no se ha impuesto en la negociación.

Para terminar con esta cuestión, hemos de indicar que la última versión del MC OCDE de 2003 modificó la redacción del artículo 13, incluyendo, en su apartado cuarto, una regla según la cual las plusvalías obtenidas por la venta de acciones o participaciones en sociedades cuyo activo esté integrado, en más de un cincuenta por ciento, por inmuebles situados en el otro Estado contratante, podrán gravarse en dicho país, que se ha seguido en buena parte de los CDIs firmados por España con posterioridad.

³ Sobre esta cuestión, cfr. A.J. MARTÍN JIMÉNEZ, “Ganancias de capital”, en la obra colectiva *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (coord: Carmona Fernández), CISS, Valencia, 2009, pp. 383 y 384.

Por último, el artículo 10.3 de la Ley 11/2009 establece que los socios cuya participación en el capital social de la entidad sea igual o superior al 5 por ciento, y que reciban dividendos o participaciones en beneficios que tributen a un tipo de gravamen de, al menos, el 10 por ciento, estarán obligados a notificarlo a la entidad en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a aquel en que los mismos sean satisfechos. En caso de no notificar tal circunstancia, se entenderá que los dividendos o participaciones en beneficios estarán exentos o tributarán a un tipo de gravamen inferior al 10 por ciento.

Por otro lado, los socios que tengan la condición de entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios, deberán acreditar en plazo de 10 días, a la vista de la composición de su accionariado y de la normativa aplicable en el momento del acuerdo de distribución de dividendos, estos quedarán gravados, ya sea en dicha entidad o en sus socios, al menos, al tipo de gravamen del 10 por ciento. La no sujeción al gravamen especial quedará, no obstante, condicionada a que los referidos dividendos tributen al tipo de gravamen de, al menos, el 10 por ciento, cuando éstos sean objeto de distribución por las entidades antes referidas.

IX. OTROS BENEFICIOS FISCALES

En relación con la imposición indirecta relativa a la transmisión de bienes inmuebles de naturaleza urbana, cuando el transmitente sea una persona física, o una persona jurídica y la exención del IVA no pueda ser objeto de renuncia, la transmisión estará sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados a un tipo impositivo entre el 6 y el 10 por ciento, dependiendo de la Comunidad Autónoma donde esté situado el inmueble.

Ahora bien, con el fin de facilitar el acceso de la SOCIMI al mercado inmobiliario, la norma prevé una bonificación del 95% en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados por la adquisición de viviendas destinadas al arrendamiento y por la adquisición de terrenos para la promoción de viviendas destinadas al arrendamiento, siempre que, en ambos casos, cumplan los requisitos específicos de mantenimiento, medida que se nos antoja difícilmente compatible con la prohibición de ayudas de Estado establecida por el Derecho comunitario originario, al otorgarse una posición preeminente a las SOCIMI frente a otros operadores que adquieren inmuebles que son objeto de una segunda transmisión.

6.

AS DUAS FACES DE JANO: A IMPOSSIBILIDADE ECONÓMICA E POLÍTICA DE MANTER OS ORÇAMENTOS NACIONAIS EQUILIBRADOS SEM UM VERDADEIRO ORÇAMENTO EUROPEU

JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA
Professor Auxiliar de Direito Público
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

Sumário: I. Introdução. II. Fins da intervenção do Estado. III. Os limites da intervenção económica dos Estados na União Europeia. IV. A necessidade de europeização da política orçamental. V. A necessidade de dar uma solução política para o problema económico da dívida pública. VI. O caminho: mais Europa.

I. INTRODUÇÃO

No estado atual de integração da União Europeia constitui uma impossibilidade económica e política prosseguir o objetivo de manter equilibrados os orçamentos nacionais sem existir um verdadeiro orçamento europeu capaz de atuar sobre o ciclo económico.

O empenho dos poderes europeus em constranger os Estados membros a apresentar orçamentos equilibrados deixa estes sem capacidade para reagir perante crises económicas conjunturais, passíveis de serem resolvidas ou atenuadas mediante um aumento temporário da despesa pública, con-

tribuindo assim para as agudizar e eternizar. Esta situação põe em causa o projeto europeu ao contribuir para o aumento das diferenças económicas entre os diferentes Estados membros e para a perceção de que as regras que governam a União Europeia servem os interesses particulares de alguns Estados que a integram.

A importância económica dos orçamentos nacionais deriva do facto de todas as economias dos Estados membros serem economias mistas. Neste tipo de economias, a produção e distribuição dos bens (o que, como e para quem produzir) cabe ao mercado e ao Estado, simultaneamente, obedecendo a atividade económica ao critério do mercado ou sendo decidida de acordo com a vontade dos poderes públicos. Temos assim que uma parte da atividade económica é assegurada pelos mecanismos próprios de uma economia de mercado. Os indivíduos e as empresas tomam decisões de forma descentralizada, a propriedade dos bens é privada e os preços resultam da interação da oferta e da procura de que são objeto os bens. A outra parte da atividade económica é assegurada de forma centralizada. As decisões sobre a afetação de recursos são tomadas por uma autoridade pública, de acordo com um princípio de autoridade¹.

Nas economias mistas, o mercado ocupa o lugar central enquanto mecanismo de afetação e distribuição dos recursos escassos disponíveis. A iniciativa económica privada e a propriedade privada impõem-se de forma preferencial à atividade do Estado e à propriedade pública, sendo o bem-estar dos cidadãos assegurado pelo mercado e pela concorrência, os quais regulam e controlam a atividade económica privada, promovendo da melhor maneira a liberdade económica, a eficiência económica e a adaptação às vicissitudes do mercado.

A economia de mercado constitui, pois, o modelo de referência da organização da economia, sendo necessária a existência de uma justificação que legitime a intervenção do Estado (princípio da subsidiariedade da intervenção pública nos mercados).

De acordo com os padrões da economia dominante, a intervenção das autoridades públicas, no que à atividade económica diz respeito, só se justifica pela ausência ou inaptidão do mercado na resolução do problema económico, na medida, pois, em que a atividade económica privada não produz resultados satisfatórios ao nível da eficiência económica, da

¹ J. J. NOGUEIRA DE ALMEIDA (2013), *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia. Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, Faculdade de Direito. Coimbra, Universidade de Coimbra, Tese de Doutoramento, pp. 60 e segs., que seguimos de perto.

estabilidade económica ou da distribuição dos rendimentos. Nesta ordem de ideias, a intervenção do Estado tem uma dimensão técnica, para além da dimensão política e ideológica que inevitavelmente lhe está associada. Como bem refere Musgrave,

“...o predomínio do Governo pode ser um reflexo da presença de ideologias políticas e sociais que se desviam das premissas da eleição do consumidor e da tomada descentralizada de decisões. No entanto, tudo isto não é senão uma parte mínima da história. Mais importante ainda é o facto de que o mecanismo do mercado, por si só, não pode executar todas as funções económicas. É necessária, uma política pública para guiá-lo, corrigi-lo e complementá-lo em determinados aspetos. É importante ter em conta este facto, dado que ele implica que a adequada dimensão do sector público é, num grau significativo, uma questão técnica mais do que uma questão ideológica”.

Quer a intervenção do Estado seja em resposta a condicionantes políticas e sociais quer seja com vista a corrigir as falhas de mercado, ela supõe a obtenção dos meios financeiros adequados, os quais consistem fundamentalmente em impostos e contribuições para a segurança social².

Para se ter a noção da importância do Estado nas modernas economias mistas importa quantificar a dimensão da despesa pública, a qual varia a traços largos entre os 30 a 55% do PIB.

II. FINS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

Continuando a lição de Musgrave, a intervenção do Estado tem, do ponto de vista macroeconómico, três finalidades: aumentar a sua eficiência, redistribuir o rendimento e estabilizar a economia.

A primeira consiste em corrigir os casos de deficiente afetação dos recursos que resultam do funcionamento puro dos mecanismos de mercado (função de afetação). A segunda finalidade visa proceder à correção da distribuição da riqueza e do rendimento que decorre da lógica do mercado (função de redistribuição)³ O que aqui está causa, não é curar se a distribuição operada no mercado em rendas, juros, lucros e salários resulta

² J. J. NOGUEIRA DE ALMEIDA (2013), *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia*, pp. 60 e segs.

³ „Regulierung unter dem Aspekt der Umverteilung ist nicht mit ökonomischem Marktversagen begründbar. Es handelt sich vielmehr um eine Korrektur von Ergebnissen aus tatsächlichen oder vorgeblichen ethischen Gründen heraus. Ein Marktsystem ohne jedes Umverteilungselement könnte dazu führen, daß zwar die Katzen der Reichen genügend Milch haben, Kinder der Armen dabei aber verhungern (H. Giersch)“, in W. MÖSCHEL (1995), *Den Staat an die Kette legen: Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat*, Bad Homburg, Frankfurter Institut - Stiftung Marwkirtschaftler und Politik, p. 19.

de alguma falha no funcionamento dos mecanismos deste. As razões que fundam a redistribuição do rendimento têm que ver com a perceção da sociedade da injustiça da distribuição do rendimento operada no mercado, razão pela qual se torna imperioso corrigi-la.

A terceira finalidade visa assegurar o pleno emprego dos recursos, a estabilidade na evolução dos preços e o crescimento económico de forma sustentada (função de estabilização)⁴.

Estas funções são interdependentes. Em primeiro lugar, tal significa que nenhuma das funções pode ser levada a cabo isoladamente, porque o cumprimento de cada uma afeta a realização das outras. Em segundo lugar, as funções podem encontrar-se numa situação de complementaridade (os efeitos das medidas tomadas em atenção à realização de objetivos próprios de uma servem ao mesmo tempo objetivos das outras) ou em uma situação de antagonismo (os efeitos das medidas tomadas em atenção à realização de objetivos próprios de uma das funções implicam prejuízos para a realização de objetivos próprios de outras funções)⁵.

O Estado para estabilizar a economia em ordem a assegurar o pleno emprego dos recursos (vulgo, diminuir o desemprego), a estabilidade na evolução dos preços e o crescimento económico de forma sustentada, recorre à política monetária e à política financeira.

Dito de um modo simplificado, o Estado pode estabilizar a economia manejando a política financeira (orçamental).

Consoante a fase do ciclo económico (se de expansão, se de recessão) em que a economia se encontra, as autoridades públicas definirão qual o objetivo que quer privilegiar no imediato (se a redução do desemprego se o controlo da inflação), sabendo de antemão que não poderá conseguir ambos ao mesmo tempo⁶.

Em situação de recessão económica, se o Estado decidir reduzir o desemprego aumentará a sua despesa, despesa esta que provocará um

⁴ H. EDLING (2001), *Der Staat in der Wirtschaft: Grundlagen der öffentlichen Finanzen im internationalen Kontext*, München, Vahlen, pp. 3-7.

⁵ R. A. MUSGRAVE and P. B. MUSGRAVE (1986), *Hacienda Publica Teorica y Aplicada*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 6-28; J. J. TEIXEIRA RIBEIRO (1997), *Lições de Finanças Públicas*. Coimbra, Coimbra Editora, pp. 399-454; IDEM (1994), *Reflexões sobre a política de estabilização*, Coimbra.

⁶ Sobre a curva de Philips, ver A. J. AVELÃS NUNES (1991), *O Keynesianismo e a Contra-Revolução Monetarista*, Coimbra, Separata do *Boletim de Ciências Económicas* de Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; e ainda, M. L. C. PORTO (2014), *Economia: Um Texto Introdutório*. Coimbra, Almedina, pp. 339-343.

efeito multiplicador na economia, ou então reduzirá a receita fiscal no intuito de aumentar o rendimento disponível dos contribuintes, por forma a criar condições para um aumento do investimento das empresas e do consumo dos particulares. Este aumento da procura agregada poderá ter como consequência indesejável um aumento da inflação, que o governo aceitará transitoriamente em nome do objetivo mais importante da redução do desemprego.

Se o país se encontrar em face de uma situação inflacionária motivada por um aumento da procura agregada, as autoridades públicas tomarão medidas de política orçamental, diminuindo a despesa ou aumentando os impostos, com vista a controlar a inflação. O arrefecimento da atividade económica induzido pela diminuição do investimento e do consumo provocado pela diminuição da despesa pública e pelo aumento dos impostos não deixará de provocar algum desemprego, custo que se considerará menos importante face ao objetivo de diminuição da inflação.

Os mesmos objetivos de estabilização poderão ser conseguidos pelo Estado pela via da política monetária. O Estado, através do seu banco central, agirá sobre a oferta de moeda recorrendo às operações no mercado livre, à manobra da taxa de redesconto, à variação da reserva dos bancos comerciais e, por último, à fixação administrativa dos limites de crédito que estes podem conceder. Partindo do pressuposto que o investimento é, em parte, fruto do nível da taxa de juro, o banco central agirá em conformidade, recorrendo conjunta ou alternativamente, à venda de títulos no mercado, à subida da taxa de juro da liquidez que oferece ao mercado, ao aumento da taxa de reserva dos bancos comerciais, ou diminuindo administrativamente a quantidade de crédito que os bancos comerciais estão autorizados a conceder, no caso de as autoridades monetárias quererem arrefecer a economia e diminuir a inflação; já se os seus objetivos forem o estímulo da economia, para que esta crie emprego, as autoridades monetárias poderão, também de forma conjunta ou alternativa, comprar títulos no mercado, diminuir a taxa de juro da liquidez que oferecem aos mercados ou a taxa de reserva dos bancos e, por último, aumentar os limites dentro dos quais os bancos poderão conceder empréstimos⁷.

⁷ Sobre a política de estabilização, consultamos o magistral estudo de J. J. TEIXEIRA RIBEIRO (1994). *Reflexões sobre a política de estabilização*. Coimbra.

III. OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ECONÓMICA DOS ESTADOS NA UNIÃO EUROPEIA

Todavia, o que agora dissemos tem de ser colocado em perspetiva, quanto aos países que fazem parte do euro. A adesão à moeda única significou para os seus signatários a impossibilidade de utilizar a política monetária, pois esta passou a ser uma competência exclusiva europeia. Quanto à política financeira (política orçamental), os Estados-membros viram severamente limitada a sua capacidade para atuar sobre a economia, devido à obrigação assumida de manter os seus orçamentos equilibrados, plasmada em regras apertadas, tanto no que se refere ao défice como no que diz respeito à dívida pública.

Perante situações de recessão, os Estados aderentes ao euro estão desarmados, pois não podem estabilizar a economia por meio da política monetária nem aumentar a despesa no montante exigido pela conjuntura.

Nos últimos anos, a obsessão dos poderes europeus com a redução do défice orçamental e a preocupação em (começar a) reduzir a dívida pública de forma excessivamente rápida provocaram uma situação de recessão económica grave em alguns países da zona euro e um aumento enorme do desemprego. A contração violenta do PIB em alguns países (Portugal, Espanha, Grécia, Itália) motivada pela preocupação em exigir rapidamente enormes saldos primários positivos provocou o efeito inverso de aumentar, por um lado, o montante absoluto da dívida e, por outro, o seu peso relativo (na medida da diminuição do PIB).

Verificado o desajuste das políticas de austeridade em função dos seus objetivos, não nos podemos alhear também do enorme alarme social por elas provocado na Europa, tanto entre aqueles europeus que sofrem os efeitos das políticas de austeridade (na forma de desemprego, perda de rendimentos e nível de vida) como entre aqueles europeus que julgam estar a financiar o esforço do auxílio financeiro prestado aos países em dificuldades. Este efeito colateral das políticas de austeridade está a minar o projeto europeu e a colocar em risco a própria existência da União.

A razão destes problemas reside na deficiente organização institucional da União Europeia. A integração monetária verificada na União Europeia deveria ter sido acompanhada por uma integração financeira da mesma ordem. Os Estados que aderiram ao euro perderam todas as suas competências no domínio da política monetária, assim como a possibilidade de aumentar a sua despesa pública na medida das necessidades da conjuntura. Estando amplamente demonstrado que estes poderes corres-

pondem a necessidades reais da economia, o que se verifica é que apenas a política monetária, que era até então matéria da competência dos Estados foi transferida para o centro. No tocante à política orçamental, as competências perdidas pelos Estados não foram transferidas para Bruxelas. Acresce que a união monetária afastou a possibilidade de os Estados membros com economias menos competitivas recorrerem à política cambial para protegerem as suas indústrias, permitindo por via desse facto benefícios assimétricos anormalmente elevados aos países com economias competitivas. Não foi assim por acaso que a economia alemã, liberta da canga da valorização do marco, aumentou de forma exponencial o seu excedente comercial, quadro apenas tornado possível pelo euro. A união monetária não trouxe benefícios de igual dimensão para todos os países que a integraram. À parte os conhecidos efeitos benéficos da eliminação dos custos de transação envolvidos no câmbio das moedas e dos custos da incerteza resultantes das variações cambiais, descontada a vantagem da maior transparência dos valores das transações económicas dentro da zona euro, das baixas taxas de juro e da estabilidade dos preços, benefícios estes comuns a todos os Estados membros, o facto é que a União Monetária beneficiou de forma assimétrica e anormalmente elevada alguns dos Estados membros⁸. Parece-nos evidente que o campo das regras que governam a União Europeia não é um campo plano em que todos jogam com as mesmas armas. Para que a União Monetária possa funcionar duravelmente é necessário institucionalizar mecanismos permanentes compensatórios das desvantagens estruturais sentidas pelas economias menos competitivas da União, sob a forma de transferências financeiras, financiadas pelos países que mais beneficiam do funcionamento da União.

IV. A NECESSIDADE DE EUROPEIZAÇÃO DA POLÍTICA ORÇAMENTAL

Neste quadro argumentativo parece-nos evidente a solução. A União Europeia deve passar a ter as competências, monetária e orçamental, exigidas pela realidade económica europeia.

Ora o facto é que a União Europeia tem uma política monetária, mas não uma política orçamental. O processo de aprofundamento progressivo de uma simples união aduaneira para uma união económica, monetária e política, retirou da competência dos Estados-Membros a política comer-

⁸ PORTO, M. L. C. (2014). *Economia: Um Texto Introdutório*. Coimbra, Almedina., pp. 305 e segs.

cial, a política monetária e a política cambial, e limitou fortemente a política orçamental. A própria política económica, em sentido amplo, deixou de ser um *affaire* exclusivo dos Estados-membros, estando estes obrigados pelos Tratados a coordenar as suas políticas económicas⁹. A progressiva integração económica verificada, que culminou no mercado interno, na moeda única e no estabelecimento de um conjunto de políticas comuns, não teve, contudo, correspondência no desenvolvimento de uma política orçamental europeia. Os orçamentos dos Estados-Membros representam no seu conjunto cerca de 44% do PIB europeu, enquanto o orçamento da União vale apenas 1,2% do PIB europeu, pelo que a política orçamental continua a ser uma política nacional de cada um dos Estados-Membros¹⁰.

Assente a necessidade da criação de um verdadeiro orçamento europeu importa analisar se existem condições políticas para uma maior europeização da receita e despesa públicas nos Estados membros.

A solução ideal seria, obviamente, o aumento de forma faseada da dimensão do orçamento europeu, capaz de atuar de forma contracíclica mediante, por um lado, a criação de um imposto europeu, que forneceria o grosso das receitas da União e, por outro lado, a europeização de certas despesas públicas nacionais que passariam doravante a serem financiadas, em parte ou no total, pelas receitas da União. Nas despesas a serem financiadas pela União poderíamos contar o subsídio de desemprego e certas infraestruturas (escolhidas de entre aquelas capazes de aumentar a eficiência e equidade no conjunto da União). Esta solução teria por si só a vantagem não despicienda de permitir a atuação dos estabilizadores automáticos, os quais, como se sabe, limitariam movimentos de expansão e de contração das economias dos Estados membros, o que teria vantagens evidentes¹¹. A adoção de um imposto europeu e o pagamento de parte do subsídio de desemprego em sede europeia, permitiria o funcionamento dos estabilizadores automáticos ao nível da Europa no seu todo, com efeitos benéficos na suavização das recessões e na redução do impacto negativo dos choques assimétricos.

Sendo este quadro, a breve prazo, de difícil exequibilidade, não podemos, no entanto, deixar de sugerir algumas respostas alternativas, capazes de obviar o problema e quiçá, com maior probabilidade de aceitação.

⁹ Vide o artigo 5, n.º 1 do TFUE: os Estados-Membros coordenam as suas políticas económicas no âmbito da União. Para tal, o Conselho adopta medidas, nomeadamente as orientações gerais dessas políticas.

¹⁰ M.-A. BARTHE (2003). *Economie de l'Union européenne*. Paris, Editions Economica., pp. 107 e 287 e segs.

¹¹ TEIXEIRA RIBEIRO, p. 431 e segs.

Em primeiro lugar, adotar um novo conceito de equilíbrio orçamental, que permita aos Estados realizar certas despesas, as quais não contariam para o défice. Os Estados poderiam manter o equilíbrio orçamental a que se comprometeram e, ao mesmo tempo, financiar dentro de certos limites, determinadas despesas.

Em segundo lugar, a União Europeia poderia financiar certas despesas de investimento em infraestruturas em montantes limitados em função do PIB, da população e da situação geográfica de cada região ou Estado membro por meio de eurobonds.

Em terceiro lugar, o BCE poderia monetarizar parte da dívida pública dos Estados membros, o que aliás já tem vindo a fazer.

V. A NECESSIDADE DE DAR UMA SOLUÇÃO POLÍTICA PARA O PROBLEMA ECONÓMICO DA DÍVIDA PÚBLICA

Contudo, estas medidas se bem que úteis não permitem resolver de forma adequada a situação económica daqueles países em que a dívida pública já atingiu uma dimensão considerável, medida em função do PIB. Estes países com dívidas elevadas têm dificuldade em contrair nos mercados da dívida novos empréstimos ou em os renovar. Qualquer notícia ou acontecimento é de molde a colocá-los na situação aflitiva de não conseguir financiamento. Por outro lado, o peso das amortizações e dos juros drena a poupança desses países, desviando da atividade produtiva recursos financeiros indispensáveis para manter e aumentar a sua capacidade produtiva, sem a qual o pagamento da dívida e dos juros se afigura cada vez mais difícil. Urge, pois, procurar soluções para os países com dívidas públicas elevadas, que permitam a estes cumprir o seu serviço de dívida e crescer economicamente.

Tomando, por necessidade de simplificação, como exemplo, Portugal, importa descortinar quais os caminhos a ter em conta para reduzir o peso da dívida pública.

Em primeiro lugar, é necessário negociar com os credores, condições mais favoráveis, quer nos juros quer nos prazos de pagamento quer no montante em dívida, ou todos eles, juros, prazos e montante dos empréstimos. A obtenção de condições mais favoráveis pode passar por uma redução dos juros a pagar, pela extensão dos prazos de pagamento (virtualmente até ao infinito), ou até, por uma redução do montante nominal em dívida.

Em segundo lugar, Portugal terá de assumir a obrigação de apresentar saldos primários positivos numa determinada percentagem do PIB, isto

é, receitas públicas superiores às despesas públicas descontado o valor dos juros a pagar. A austeridade terá de se converter em uma política estrutural, na medida em que se traduz na obrigação de apresentar anualmente saldos primários positivos. A obrigação de apresentar um saldo primário positivo juntamente com o financiamento de certas despesas em infraestruturas pela União permitiria criar um efeito propulsor indutor do crescimento económico, que tornaria a médio ou longo prazo a dívida mais suportável.

Em terceiro lugar, deveria ser permitido a Portugal aceder a fundos europeus para financiar despesas em infraestruturas com forte efeito multiplicador.

Em quarto lugar, a dimensão relativa da dívida (em função do PIB) seria objeto de uma atenção especial pela União. A dívida pública acima de certa percentagem do PIB seria mutualizada convertendo-se em dívida perpétua remível da União.

Em quinto lugar, o BCE poderia acordar monetarizar uma parcela da dívida nacional.

Em sexto lugar, o compromisso do BCE em manter a inflação europeia nos 2% poderia ajudar em muito a reduzir o peso da dívida. Se a dívida pública se mantiver em termos nominais, uma taxa de inflação da ordem dos 2% ao ano permitiria reduzir o seu valor real em mais de 40% em vinte anos.

Em sexto lugar, Portugal deverá ser capaz de conseguir um crescimento económico de 1,5 a 2% ao ano. Um crescimento económico desta ordem combinado com uma inflação anual de 2% permitiria reduzir em 20 anos para valores irrisórios o peso da dívida pública.

Em sétimo lugar, Portugal deveria financiar a compra de títulos da dívida pública com os excedentes anuais gerados pelo Sistema de Segurança Social e favorecer a compra de títulos de dívida pública por cidadãos residentes em Portugal e portugueses residentes no estrangeiro. Estas propostas têm a vantagem não despendendo de transformar dívida pública externa em dívida pública interna e de transformar dívida pública detida por entidades estrangeiras em dívida pública detida por cidadãos portugueses.

VI. O CAMINHO: MAIS EUROPA

O sucesso da moeda única depende do aprofundamento da integração económica e política da União Europeia. Conseguida a integração monetária, só uma maior integração orçamental permitirá que aquela seja sustentável e que se caminhe para uma verdadeira união económica.

Todavia, conseguir uma completa integração económica radica em fatores que nada têm de económicos (pelo menos à primeira vista). Estes fatores têm que ver com elementos de ordem política e social e dependem da criação de uma comunidade de cidadãos europeus. A União Europeia precisa de se tornar uma comunidade de pertença e destino para os europeus. O desafio da Europa é criar uma comunidade de pessoas que se sintam europeias.

O problema é que ainda estamos muito longe de um sentimento de partilha e de pertença comuns, quanto a mitos fundadores, crenças, ilusões, pois, apesar de tudo quanto nos une, nós, os europeus, continuamos a ser portugueses, alemães, franceses, espanhóis, italianos e assim por diante. Nós, os europeus, permanecemos diferentes em muitas coisas essenciais, não tendo, nem línguas comuns que todos entendam, nem um passado de vitórias e derrotas conjuntas, nem sequer a mesma visão da Europa. Nem mesmo uma «ágora» onde possamos falar e discutir os problemas do presente e os dilemas que o futuro nos coloca. Somos como que parentes afastados mas ainda não nos tornamos família próxima. Como refere Roger Martelli no *Le Monde*,

“L’Europe, elle, pour l’instant n’existe pas. Il y a bien une structure instituée, qui s’appelle l’Union européenne. Elle est née de la guerre froide, de l’unification marchande et des rapports des forces entre États. Le problème est que cette structure n’a jamais été une communauté de citoyens. Je ne veux ni de la France repliée sur elle-même, ni de l’Europe-marché, ni de l’Europe-puissance. L’espace supranational est devenu structurant dans l’évolution économique et sociale de nos cadres de vie. Mais il n’est pas un espace de citoyenneté. L’espace national est historiquement le cadre de la politisation populaire moderne. Mais sa pertinence économique-sociale est relativisée et sa dynamique démocratique est altérée de l’intérieur. Que faire? Travailler à constituer le supranational en communauté démocratique de destin: c’est une exigence stratégique.”

(Página deixada propositadamente em branco)

II

LIMITES TERRITORIAIS DO PODER TRIBUTÁRIO DERIVADO DO DIREITO E DA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

(Página deixada propositadamente em branco)

**LA LEY 35/2006, DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA
DE LAS PERSONAS FÍSICAS, TRAS LOS ÚLTIMOS
PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA¹ EN MATERIA
DE *EXIT TAXES***

JOSÉ MANUEL IGLESIAS CASAIS
*Profesor Acreditado a Contratado Doctor
Universidad de Santiago de Compostela*

Sumario: *I. Introducción. II. Concepto de exit tax. III. Compatibilidad de los exit taxes con el derecho de la Unión Europea. 3.1. La doctrina del TJUE sobre imposición de salida en los traslados de residencia de las personas físicas. 3.1.1. Primera fase: verificación de la existencia de un trato discriminatorio o restrictivo. 3.1.2. Segunda fase: concurrencia de una causa de justificación adecuada y suficiente. 3.1.3. Tercera fase: test de proporcionalidad. IV. Incidencia de la doctrina del tribunal de justicia sobre la normativa reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas. 4.1.El artículo 14.3 de la LIRPF. 4.2. El artículo 8.2 de la LIRPF. 4.3.El artículo 95.bis de la LIRPF.*

I. INTRODUCCIÓN

En plena era de la globalización personas y entidades pueden optar por trasladar libremente su residencia de un país a otro con relativa facilidad. Tales traslados irremediamente comportan en mayor o menor medida el desplazamiento de aquellos bienes y derechos que integran el patrimonio del sujeto migrante susceptibles de deslocalización, como las

¹ En adelante TJUE.

acciones o participaciones en el capital de sociedades, cuyos rendimientos en el futuro pasarán a ser gravados en el nuevo Estado de residencia.

Se trata de una posibilidad al alcance de personas y empresas que puede obedecer a diversos motivos², incluida la búsqueda de una jurisdicción fiscal que dispense un trato más favorable a la renta y el patrimonio de los sujetos, sin que por ello quepa presumir, de entrada, que detrás de tales cambios de residencia se esconda siempre un interés puramente defraudatorio³.

Los Gobiernos, para prevenir el fraude y la evasión fiscal y ante la previsible merma de sus ingresos tributarios así como de sus perspectivas recaudatorias de cara al futuro que pudieran provocar estos traslados, han reaccionado creando diversas medidas impositivas que funcionan a modo de peaje de salida a la hora de trasladar la residencia al extranjero. Entre estas medidas destacan el sometimiento a gravamen de las plusvalías o incremento de valor experimentado por los activos del contribuyente durante el tiempo en que este era residente en su territorio (y se hallaba, por tanto, sometido a su jurisdicción fiscal), hasta el momento en el que cesa tal sometimiento por el traslado de su domicilio, sede de dirección efectiva o sus activos a otro Estado⁴. Tales gravámenes ligados a la pérdida de la condición de residente fiscal en un espacio supranacional como la Unión Europea, habida cuenta de las libertades de circulación que reconocen y garantizan los Tratados, pueden convertirse en verdaderos obstáculos o restricciones de salida⁵

² Sobre los motivos que pueden estar detrás de tales traslados puede verse A. RIBES RIBES (2014), *Los impuestos de salida*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.21; y IDEM (2014), “La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea”, en F. ADAME MARTÍNEZ y J. RAMOS PRIETO (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, p. 903.

³ Como ya hemos tenido ocasión de señalar en más de una ocasión, “el hecho de que un ciudadano comunitario decida constituir una empresa o trasladar su domicilio a otro Estado miembro con un nivel de imposición sobre la renta o sobre las plusvalías más bajo con el fin de disminuir su carga fiscal no constituye, en principio, un criterio suficiente para presumir la existencia de una evasión fiscal que pueda justificar por parte de su Estado de origen de restricciones de salida”. J. M. IGLESIAS CAS AIS (2007), *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 223.

⁴ En este sentido Guerra Reguera define los *exit taxes* como “el escollo que los Estados colocan a modo de peaje en el punto de partida para evitar que el cambio de residencia fiscal de una persona física o jurídica a otro Estado miembro pueda traducirse en la inmunidad de las ganancias de capital acumuladas en su patrimonio”. M. GUERRA REGUERA (2010), “Los impuestos de salida (*exit taxes*) en el ámbito de la Unión Europea”, en J. LASARTE ÁLVAREZ y F. ADAME MARTÍNEZ (coords.), *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, p.158.

⁵ Si bien el contenido esencial de las libertades reconocidas en los artículos 21, 45, 49, 56 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consoli-

incompatibles con su Mercado Interior, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en más de una ocasión⁶.

II. CONCEPTO DE EXIT TAX

Cabe señalar que bajo la denominación genérica de *exit taxes* se incluyen no sólo los mencionados gravámenes o impuestos sobre las plusvalías latentes o aún no realizadas, sino también cualquier clase de gravamen vinculado al cambio de residencia o domicilio de las personas físicas o jurídicas; es decir, toda obligación de pagar un impuesto que traiga como causa el abandono de la jurisdicción fiscal a la que hasta ese momento se hallaba sometida la persona física o entidad. Por otra parte, lejos de lo que pudiera pensarse, no son tributos independientes, sino medidas concretas incluidas en los impuestos directos que gravan la renta (ya sea entre los preceptos destinados a establecer las reglas para considerar residente en su territorio a un determinado sujeto y las consecuencias de la pérdida de tal condición; ya sea entre otras disposiciones destinadas a fijar la regla de cálculo de determinados rendimientos) que constituyen una regularización final, un saldo de cuentas o una puesta al día frente a la Hacienda Pública. Y en esta suerte de regularización final o puesta al día es posible que se obligue al sujeto a declarar unos beneficios o rentas que todavía no han sido efectivamente obtenidos (*plusvalías latentes*), a anticipar el criterio de imputación temporal aplicable a otras ya realizadas o a devolver beneficios fiscales previamente obtenidos.

Así, suelen distinguirse tres categorías de gravámenes vinculados al cambio de residencia: impuestos de salida en sentido estricto (*exit taxes*), impuestos perseguidores (*trailing taxes*) y métodos de recuperación⁷.

dada de 2010, publicado en el DOUE, núm. 83, de 30 de marzo de 2010 –en adelante TFUE–), se reduce a un mandato básico de no discriminación que asegure el trato nacional en el Estado miembro de acogida, “también se opone a que sea el propio Estado de origen quien obstaculice el establecimiento de sus propios nacionales en otro Estado miembro (restricciones de salida)”. IGLESIAS CASAIS. J. M., (2007), *op. cit.*, p. 214.

⁶ Como dan buena muestra las Sentencias del TJUE de 11 de marzo de 2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02; de 7 de septiembre de 2006, *N*, C-470/04; de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, C-371/10; de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-269/09; de 6 de septiembre de 2012, *Comisión/Portugal*, C-38/10; de 25 de abril de 2013, *Comisión/España*, C-64/11; de 18 de julio de 2013, *Comisión/Dinamarca*, C-261/11; de 23 de enero de 2014, *DMC*, C-164/12; de 16 de abril de 2015, *Comisión/Alemania*, C-591/13, y de 25 de mayo de 2015, *Verder LabTec*, C-657/13.

⁷ Para un estudio pormenorizado de los distintos tipos de impuestos de salida pueden verse BETTEN. R., (1988), *Income tax aspects of emigration and immigration of in-*

Los *exit taxes* en sentido estricto serían aquellas medidas tributarias que someten a imposición plusvalías latentes, esto es, la parte de una hipotética futura ganancia patrimonial generada durante los años de permanencia en el territorio del Estado de origen⁸. Dentro de estos, pueden distinguirse, a su vez, los *limited exit taxes*, que se caracterizan por gravar únicamente las plusvalías latentes derivadas de determinados tipos de bienes (generalmente activos financieros como las acciones, participaciones, bonos, etc.); y los *general exit taxes*, que no discriminan en función del tipo de bien y se extienden a la totalidad de los incrementos de valor derivados de toda clase de bienes de los que sea titular el contribuyente.

Por su parte, los *impuestos perseguidores* articulan una extensión de la jurisdicción fiscal del Estado mediante la ficción de que el sujeto que se traslada sigue siendo residente fiscal en su territorio durante un determinado periodo temporal (*residencia extendida*). Buen ejemplo de estos *trailing taxes* o impuestos perseguidores son las cuarentenas fiscales asociadas al traslado de residencia a países considerados paraísos fiscales o territorios de baja o nula tributación.

Finalmente, los denominados *métodos de recuperación* constituyen medidas que se aplican a sujetos que se beneficiaron mientras fueron residentes de ciertas deducciones o ventajas fiscales estrechamente ligados a rentas futuras, que, una vez perdida la condición de residente tras el traslado, pasarán a gravarse en otro país. Así, es posible que el Estado de origen someta a imposición rentas ya generadas en su territorio pero pendientes de imputación temporal obligando a incluirlas en la última declaración que deba presentarse del impuesto sobre la renta de las personas físicas o del impuesto sobre sociedades (pérdida del beneficio consistente en el diferimiento de su tributación); o exija la devolución de los beneficios disfrutados con ocasión del traslado obligando al sujeto a regularizar declaraciones presentadas con anterioridad en las que el sujeto se había beneficiado de reducciones en la cantidad a pagar por aplicación de los citados beneficios.

dividuals, Amsterdam, IBFD Publications, pp.11-37; y RIBES RIBES. A., (2014), *Los impuestos de salida*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 27-29.

⁸ Señala Ribes Ribes que “se trata de una imposición inmediata, como consecuencia del traslado de residencia a otro Estado, de rentas ya devengadas, pero pendientes de imputar”; en A. RIBES RIBES (2014), “La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 904. Sin embargo, en nuestra opinión esta categoría incluiría más bien a aquellas medidas tributarias que obligasen al sujeto a considerar obtenidas con ocasión del traslado unas rentas todavía no realizadas (*imputaciones de renta*). Se trataría, así del establecimiento de un presupuesto de hecho distinto al que se utiliza con carácter general con la única finalidad de sujetar a imposición unas ganancias de capital todavía no obtenidas de manera efectiva por el sujeto y que obliga, además, a establecer unas reglas de cómputo específicas para tales rentas presuntas.

III. COMPATIBILIDAD DE LOS *EXIT TAXES* CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Cuando con ocasión del ejercicio de tales libertades, muchas de las cuales implican un cambio de residencia, los sujetos se ven obligados a pagar un gravamen por unas ganancias patrimoniales que todavía no se han obtenido de una manera efectiva, o se les priva con carácter retroactivo de una ventaja fiscal previamente disfrutada, el Mercado Interior se resiente. Sin embargo, pese a su evidente efecto disuasorio o restrictivo⁹ no cabe duda de que, de no contenerse en las normativas fiscales nacionales un gravamen de estas características, podría verse frustrado el derecho de los Estados a gravar las rentas generadas en su territorio (en base al principio de territorialidad fiscal)¹⁰.

En este sentido Ribes Ribes¹¹ sostiene que “la naturaleza y finalidad de los impuestos a la emigración los convierte en un instrumento de último recurso (*last-chance measure*) dirigido a preservar el ejercicio de la potestad tributaria de los Estados sobre fuentes de ingresos que, en caso contrario, pasarían a ser gravadas por el estado de la inmigración como resultado del cambio de residencia del contribuyente”. Así lo entienden también tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como las Instituciones europeas, que insisten en la necesidad de buscar fórmulas que permitan hacer compatibles tales gravámenes con las exigencias del Mercado Interior¹².

⁹ Es evidente que cualquier gravamen que se imponga con ocasión del traslado del domicilio de las personas físicas al extranjero, o por la transferencia al extranjero de la actividad económica, la explotación, el domicilio social o la sede de dirección efectiva de las entidades supone un obstáculo o restricción al ejercicio de sus libertades, pues se está dificultando al sujeto su traslado con su sometimiento a un gravamen o a unas obligaciones que, de no dejar de estar sometido a la jurisdicción de su Estado de origen, no vendría obligado a soportar hasta que la ganancia sobre la que recae se materializase de forma efectiva y cierta.

¹⁰ Los ciudadanos o sociedades de un Estado miembro que realizan un cambio de residencia pasan a quedar sometidos a una jurisdicción fiscal distinta de la de su Estado de origen (la del Estado miembro de destino), y a pagar impuestos, a raíz del traslado, en el lugar de su nueva residencia. Y son en ocasiones las disparidades existentes entre las legislaciones fiscales de los distintos países de la Unión las que pueden funcionar como un reclamo para aquellos sujetos que quieran explotar esta la ausencia de armonización o uniformidad en materia de imposición directa en busca de una menor tributación o incluso una ausencia absoluta de tributación (dobles no imposiciones) a través de traslados temporales con fines fiscales (desplazamientos ida y vuelta).

¹¹ A. RIBES RIBES, (2014), “La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 905.

¹² Tanto en la Comunicación de 19 de diciembre de 2006, Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros (COM

Su legitimidad se basa, por lo tanto, en que se consideran una manifestación del principio de territorialidad fiscal, en cuya virtud los Estados miembros tienen derecho a ejercer su poder tributario sobre la totalidad de las rentas generadas en su territorio, incluida la parte de las plusvalías aún no realizadas generada dentro de sus fronteras durante el tiempo en el que el contribuyente residía en el mismo. Sin embargo, dicha facultad debe ejercerse por los Gobiernos respetando en todo momento los acuerdos asumidos y no ir más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el cobro del tributo sobre tales revalorizaciones. Y es en ese difícil equilibrio que exige el hacer compatible el Mercado Interior con las legítimas pretensiones recaudatorias de los Estados donde se sitúa la doctrina jurisprudencial a la que han venido dando forma pronunciamientos como *Lasteyrie, N*, *National Grid Indus* y *Comisión/España*, entre otros.

3.1 La doctrina del TJUE sobre imposición de salida en los traslados de residencia de las personas físicas

El TJUE, a la hora de determinar si los *exit taxes* establecidos por una normativa interna son compatibles con las libertades de circulación, ha realizado un análisis de la medida tributaria controvertida escalonado en tres fases:

3.1.1. Primera fase: verificación de la existencia de un trato discriminatorio o restrictivo

Un ciudadano residente en un Estado miembro que decida hacer uso de la movilidad que le garantizan los artículos 21, 45, 49 y 63 del TFUE (derecho a circular y residir libremente en cualquier Estado de la UE, libre circulación de trabajadores, libertad o derecho de establecimiento y

(2006) 825 final), como en la Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2008 sobre la Coordinación sobre la coordinación en materia de imposición de salida (16412/08, FISC 176), se admite o reconoce la facultad que asiste a los Estados de hacer valer su derecho a gravar las plusvalías generadas durante la estancia de un contribuyente dentro de su territorio, si bien en tales casos deben abstenerse de adoptar medidas que supongan una restricción a la libre circulación. Por esta razón en estos instrumentos se proponen diversas fórmulas para adaptar los regímenes nacionales de imposición de salida aplicables a las personas físicas y a las sociedades para hacerlos compatibles con la normativa comunitaria, así como mecanismos tendentes a evitar dobles imposiciones y dobles no imposiciones.

libre circulación de capitales, respectivamente) al que en el momento de la migración se le someta al pago de un gravamen, es obvio que soporta una carga económica o, en términos del propio Tribunal, *desventaja de tesorería*, que puede dificultar o hacer más gravoso el abandono del territorio en el que venía residiendo¹³.

Así lo ha entendido el TJUE, que en el primero de sus pronunciamientos en la materia (en el que examinaba la compatibilidad con el Derecho comunitario del artículo 167 *bis* del *Códe Général des Impôts* francés)¹⁴ declaró que el contribuyente que quiere trasladar su domicilio fuera del territorio francés (...) “*está sometido a un trato desfavorable en comparación con la persona que mantiene su residencia en Francia*. Por el mero hecho de llevar a cabo dicho traslado, este contribuyente se convierte en deudor de un impuesto sobre un beneficio que aún no ha obtenido y del que, por tanto, todavía no dispone, mientras que si hubiera permanecido en Francia, las plusvalías sólo serían impondibles cuando y en la medida en que hubieran sido efectivamente realizadas. Esta diferencia de trato por lo que se refiere a la imposición de las plusvalías, que puede tener repercusiones considerables en el patrimonio del contribuyente que desee trasladar su domicilio fuera de

¹³ Los *exit taxes* producen el efecto económico perverso de someter a la persona a una tributación inmediata de las plusvalías latentes correspondientes a los activos trasladados (plusvalía aún no realizada), cuando esta clase de rendimientos, por regla general, no se van a ver sometidos a gravamen alguno hasta el momento en el que la ganancia patrimonial se materialice de una forma efectiva (es decir, hasta el momento en que el sujeto transmita tales activos: plusvalía realizada).

¹⁴ Según esta norma los contribuyentes que hubieran tenido su domicilio fiscal en Francia durante al menos seis de los últimos diez años quedarían sujetos, en la fecha en la que trasladasen su domicilio fuera de Francia, a un gravamen por las plusvalías comprobadas (diferencia entre el valor de los derechos societarios en la fecha del traslado de domicilio fuera de Francia y su precio de adquisición por el contribuyente) de las acciones o participaciones de las que fuesen titulares. Determinado el importe al que ascendía el impuesto de salida según el método indicado a través de la presentación de la oportuna declaración, a los contribuyentes sólo les cabían dos opciones: el pago inmediato o la solicitud de un aplazamiento (hasta el momento en que se produjese la transmisión efectiva, la adquisición por la propia sociedad, la devolución de la aportación o la amortización de los derechos societarios de que se tratase). Dicho aplazamiento, sin embargo, estaba condicionado a una serie de requisitos como eran la necesidad de designar un representante domiciliado en Francia y constituir ante la oficina recaudadora, con anterioridad a su marcha de Francia, garantías suficientes para asegurar el pago de la deuda tributaria. Asimismo, como el *exit tax* únicamente pretendía evitar comportamientos fraudulentos de los sujetos que pudiesen poner en peligro las legítimas pretensiones recaudatorias de la Hacienda Pública francesa (desplazamientos ida y vuelta para enajenar activos), se establecía la previsión de que al término del plazo de cinco años desde la salida la deuda tributaria se declaraba extinguida de oficio la deuda tributaria siempre que los activos de los que procedía continuasen formando parte del patrimonio del contribuyente.

Francia, *puede disuadir a los contribuyentes de realizar dicho traslado*¹⁵. Razonamiento idéntico al que emplearía dos años más tarde al pronunciarse sobre la naturaleza discriminatoria de un gravamen de salida impuesto por Holanda¹⁶ a los contribuyentes que abandonasen su territorio siendo titulares de una participación significativa en el capital social de entidades¹⁷.

La misma desventaja de tesorería o, si se prefiere, merma de su liquidez la sufren los sujetos a los que se priva de una ventaja fiscal de la que venían disfrutando (como puede ser el diferimiento de la tributación de ciertas rentas o el carácter deducible de gastos ligados al gravamen de futuras rentas) al entender que la pérdida de la condición de residente determina un incumplimiento sobrevenido de las condiciones a las que se sujetaba el disfrute del beneficio fiscal¹⁸. En relación con tales métodos de recupera-

¹⁵ Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2004, *De Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, apartado 46.

¹⁶ Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2006, “N”, C470/04. En este caso se declaró la falta de conformidad del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre la Renta holandés que determinaba que la pérdida de la condición de contribuyente por traslado al extranjero se asimilaba a la enajenación de participaciones en el caso de que el sujeto poseyese una participación significativa en una sociedad (titularidad directa o indirecta del 5% del capital social). El sujeto podría, no obstante obtener un aplazamiento del pago del gravamen adeudado en tales casos (calculado por la diferencia entre el precio de compra y el valor de mercado) de hasta diez años; opción que se hallaba condicionada a la previa solicitud de la misma y a la constitución de garantías suficientes que asegurasen el cobro de la deuda aplazada. Si durante el tiempo que durase el aplazamiento tuviera lugar una transmisión de las participaciones cesaba el aplazamiento, debiendo procederse al ingreso de la deuda tributaria, si bien en tales casos podría concederse (a petición del contribuyente) una desgravación hasta el límite de una cantidad igual a la cuota del impuesto efectivamente percibido en el extranjero, con motivo de la transmisión de dichas participaciones –sin que el importe de la desgravación pueda superar la cuota del impuesto en relación con el cual se haya concedido el aplazamiento–; o hasta el límite de una cantidad igual al importe aún adeudado si hubiesen pasado ya 10 años.

¹⁷ En el caso N declararía en su apartado 35 que “el contribuyente que quisiera trasladar su domicilio fuera del territorio neerlandés, en ejercicio de los derechos que le garantiza el artículo 43 CE, estaba sometido en el momento de los hechos del litigio principal a un trato desfavorable en comparación con la persona que seguía residiendo en los Países Bajos. Por el mero hecho del referido traslado, dicho contribuyente se convertía en deudor de un impuesto sobre los rendimientos que aún no se habían obtenido y de los que no disponía, mientras que si hubiera seguido residiendo en los Países Bajos, las plusvalías sólo habrían sido gravadas cuando y en la medida en que se hubieran efectivamente realizado. Esta diferencia de trato podía disuadir al interesado de proceder al traslado de su domicilio fuera de los Países Bajos”.

¹⁸ Así lo ha declarado en múltiples ocasiones el Tribunal de Justicia señalando que excluir una ventaja de tesorería en una situación con elementos transfronterizos mientras que se acepta en una situación equivalente sin tales elementos constituye una restricción de la libertad de establecimiento (Sentencias del TJUE de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros*, C397/98 y C410/98, apartados 44, 54 y 76; de 21 de

ción aplicados a las personas físicas, en el Asunto C-269/09¹⁹ el Tribunal de Justicia consideró que la previsión contenida en el impuesto sobre la renta de las personas físicas español, en virtud de la cual la pérdida sobrevenida de la condición de residente determinaba que todas las rentas pendientes de imputación deberían integrarse en la base imponible correspondiente al último período impositivo que debiera declararse por este impuesto, daba lugar a una diferencia de trato (con respecto a aquellos contribuyentes que no trasladaban su residencia) que no se basaba en ninguna diferencia objetiva de situación entre ambas categorías de sujetos²⁰.

Adviértase que el Tribunal ha venido entendiendo que en tales casos se produce una quiebra de las condiciones de igualdad o un trato discriminatorio al sujeto migrante frente al sedentario; toda vez que, respecto a una normativa de un Estado miembro que tenga por objeto gravar las plusvalías generadas en su territorio o conceder una ventaja fiscal, la situación de una persona que traslada su domicilio o residencia a otro Estado miembro es equiparable a la de aquellas otras que mantienen su residencia en su Estado de origen, afirmación esta con la que no podemos estar de acuerdo.

En nuestra opinión, tales gravámenes no pueden calificarse como supuestos de trato discriminatorio, sino como auténticas restricciones de salida impuestas por los Estados a los sus propios nacionales o residentes²¹, en la medida en que no puede apreciarse que concurra en estos casos un término de comparación válido. Con ello queremos llamar la atención sobre el hecho de que los ciudadanos que no trasladan su residencia no se encuentran en la misma situación desde el punto de vista de la finalidad de la norma (asegurar el sometimiento a tributación de todas las plusvalías o rentas generadas en su territorio), pues es evidente que al mantenerse en estos casos el punto de conexión (domicilio o residencia) permanecen sometidos a la jurisdicción fiscal de su Estado de origen hasta el momento de la realización efectiva de la ganancia. Esta diferencia sustancial determina

noviembre de 2002, *X e Y*, C436/00, apartados 36 a 38; de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, C446/03, apartado 32, y de 29 de marzo de 2007, *Rewe Zentralfinanz*, C347/04, apartado 29).

¹⁹ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-269/09.

²⁰ Véanse los apartados 59 y 60 del referido pronunciamiento.

²¹ Las restricciones son, desde el punto de vista de la formulación de las normas, neutras; esto es, no existe un término de comparación válido (nacionales/extranjeros; residentes/no residentes), de manera que la medida restrictiva dificulta el ejercicio de la libertad independientemente de la nacionalidad o residencia. IGLESIAS CASAIS. J. M., (2007), *op. cit.*, p. 75.

que no pueda reclamarse el mismo trato²² para ambas situaciones, debiendo considerarse a los gravámenes de salida normas internas restrictivas cuya conformidad con el Derecho de la Unión debe ser analizada en función de la entidad que tal obstáculo represente en el Mercado Interior y de la posibilidad de alcanzar los objetivos perseguidos por la norma a través de métodos menos gravosos²³.

Es más, el fundamento y razón de ser propio de los *exit taxes* se halla en esta sustancial diferencia, pues no olvidemos que es precisamente el sometimiento del sujeto a una jurisdicción fiscal diferente a raíz del traslado lo que lleva a los Estados a introducir este mecanismo de defensa última del crédito tributario basado en el principio de territorialidad fiscal. Refuerza esta tesis el hecho de que, en estos casos, la obligación tributaria de unos y otros proviene de presupuestos de hecho diversos, pues la hora de gravar las plusvalías aun no realizadas generadas en su territorio los Estados pueden, como ha señalado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 18 de julio de 2013, *Comisión/Dinamarca*, Asunto C-261/11, “crear un hecho imponible distinto de la realización efectiva de tales plusvalías a fin de garantizar la tributación de tales rentas generadas en parte en su territorio”²⁴.

3.1.2. Segunda fase: concurrencia de una causa de justificación adecuada y suficiente

Constatada la posibilidad de que los *exit taxes* tal y como fueron configurados por la normativa interna puedan suponer un obstáculo al buen funcionamiento del Mercado Interior, el TJUE ha examinado la idoneidad

²² Dicho esto, sí coincidimos con el Tribunal y consideramos como término de comparación válido a estos efectos las sociedades que se trasladan (traslado de su domicilio social o sede de dirección) dentro del propio territorio del Estado miembro (por ejemplo de Galicia al País Vasco), supuestos en los que el trato diferenciado o aplicación de consecuencias fiscales distintas, sí constituye una discriminación que deberá justificarse sobre una causa de interés general. Sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013, *Comisión/España*, C-64/11, apartado 27.

²³ En cualquier caso, la comparabilidad o no de las situaciones a las que nos estamos refiriendo sólo tendría como consecuencia la calificación como discriminatoria o restrictiva de la medida, pues, como venimos sosteniendo, para declararse contraria al Tratado una normativa restrictiva basta con que sea una medida capaz de dificultar el ejercicio de las libertades de circulación y resulte desproporcionada para conseguir los objetivos que la inspiran.

²⁴ Apartado 37; idea en la que se insiste en el apartado 53 de Sentencia del TJUE de 23 de enero de 2014, *DMC*, C-164/12.

de las causas de justificación esgrimidas por los Gobiernos para sostener la conformidad a Derecho de sus disposiciones. En nuestra opinión, tales medidas restrictivas se justifican únicamente sobre la base del principio de territorialidad²⁵, y más concretamente en base a una de sus manifestaciones: la causa de justificación basada en la necesidad de garantizar un reparto equilibrado del poder tributario entre los Estados miembros; reparto que pudiera verse comprometido por desplazamientos de los sujetos motivados por fines exclusivamente fiscales. Pese a ello, no ha sido esta la única de las causas de justificación esgrimidas por los Estados para defender la legalidad de sus normativas ante el TJUE, como veremos a continuación.

3.1.2.1. Lucha contra la evasión fiscal

Francia alegó con escaso éxito esta causa de justificación basada en el objetivo de prevenir la evasión fiscal en el Asunto C-9/02²⁶, en cuya virtud un gravamen como el controvertido buscaría evitar comportamientos fraudulentos consistentes en traslados temporales o desplazamientos ida y vuelta; esto es, buscaría evitar aquellos traslados temporales de sus residentes con carácter previo a la transmisión de sus activos con el único fin de eludir el pago del impuesto sobre las plusvalías en su Estado de origen. Este sería el motivo por el que la mayor parte de estos *exit taxes* creados por los Estados prevén un plazo a partir del cual, de no haber mediado transmisión de los activos financieros, se declara extinguida la deuda tributaria aplazada.

Sin embargo, la contundente respuesta dada en el caso *Lasteyrie du Saillant* por el Tribunal descarta la posibilidad de que esta causa de interés general pueda servir, por sí sola, para justificar un gravamen de salida pues, como expresamente declaró el juzgador en ese momento: “el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión fiscal. La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física

²⁵ El traslado de la residencia de un Estado miembro a otro Estado miembro no puede significar que el Estado de origen deba renunciar a su derecho a gravar una plusvalía generada en el marco de su competencia fiscal con anterioridad a dicho traslado (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C374/04, apartado 59). Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, de conformidad con el principio de territorialidad fiscal asociado a un componente temporal (la residencia fiscal del contribuyente en territorio nacional durante el período en el que se han generado las plusvalías latentes), un Estado miembro está facultado para gravar tales plusvalías en el momento de la emigración de dicho contribuyente (véase la sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2006, *N*, C-470/04, apartado 46).

²⁶ Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2004, *De Lasteyrie du Saillant*, C-9/02.

haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro, ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado”²⁷.

Admitir como válido este motivo, en su opinión, equivaldría a “atribuir la intención de eludir la normativa tributaria francesa a todos los contribuyentes que trasladen su domicilio fuera de Francia”, aún a pesar de que el transcurso del tiempo demuestre que el traslado se realizó con vocación de estabilidad, pues “estará igualmente obligado al pago del impuesto el contribuyente que trasmita sus títulos antes de la expiración del período de los cinco años siguientes a la fecha de su salida de Francia, aunque no tenga en absoluto la intención de volver a este Estado miembro y siga residiendo en el extranjero después de transcurrido este período”²⁸.

Dicho esto, aunque este motivo de interés general no se considere apto para justificar por sí solo un gravamen que restrinja el ejercicio de las libertades de circulación, no debe olvidarse que la lucha contra la evasión y el fraude fiscal va ínsita en la causa de justificación basada en la necesidad de garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, como veremos a continuación.

3.1.2.2. *La necesidad de garantizar la recaudación eficaz de los impuestos*

Según esta causa de justificación los *exit taxes* se hacen necesarios porque, en la medida en que el sujeto pasivo deja de residir en el territorio nacional, dejan de estar sometidos a la jurisdicción fiscal o lupa de la Administración Tributaria del Estado de origen, lo que hace más difícil el seguimiento del contribuyente, la comprobación de su situación patrimonial y la propia recaudación del impuesto; más aún si se tiene en cuenta que los mecanismos de asistencia mutua y cooperación en materia recaudatoria en el ámbito de la Unión Europea se han revelado en la práctica como notoriamente insuficientes.

El gobierno español justificó la validez de su artículo 14.3 de la LIRPF en estas eventuales dificultades recaudatorias²⁹. Sin embargo, pese a que este

²⁷ Siguiendo así la línea marcada en pronunciamientos como los de fecha 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Bélgica*, C478/98, apartado 45, o de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00, apartado 62.

²⁸ Apartados 52 y 53.

²⁹ Según este precepto, “en el supuesto de que el contribuyente pierda su condición de contribuyente por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último ejercicio

motivo de interés general había sido declarado por el Tribunal de Justicia en otros casos apto para justificar una restricción a las libertades fundamentales³⁰ (admitiendo así que la recaudación transfronteriza es normalmente más difícil), en esta ocasión el órgano jurisdiccional consideró desproporcionada la medida española al entender que los mecanismos de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros que existen en el ámbito de la Unión son suficientes para permitir al Estado miembro de origen recaudar las deudas tributarias en otro Estado miembro; y, “dado que la deuda tributaria se determina definitivamente en el momento en que el contribuyente traslada su residencia a otro Estado miembro, la asistencia que se requiere del Estado miembro de acogida se referirá únicamente a la recaudación de esa deuda tributaria y no a la determinación definitiva de la cuota del impuesto³¹”.

3.1.2.3. La necesidad de garantizar el reparto, sobre la base del principio de territorialidad, de la potestad tributaria entre los Estados miembros

Según esta causa de justificación, a falta de una verdadera armonización en la tributación sobre la renta, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante Convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición.

De esta manera, corresponde al Estado de origen decidir libremente a través de las disposiciones contenidas en su Derecho interno si somete o no a imposición las potenciales plusvalías obtenidas en su territorio por los contribuyentes durante el tiempo en el que estos residieron en el mismo y en qué términos. A su vez, producido el traslado, de conformidad con el artículo 13 del CM OCDE, las plusvalías (*ganancias de capital*) con carácter general serán gravadas por el Estado de destino, por ser este el Estado de la nueva residencia y quien somete por tanto al sujeto a la imposición por obligación personal. Tales son, las consecuencias que se derivan de este reparto de la potestad tributaria en el ámbito de la fiscalidad internacional.

Sobre su validez para fundamentar un *exit tax* de estas características se pronunció en un sentido favorable el TJUE en el Asunto *N*, en el que tras

impositivo que deba declararse por este impuesto, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno”.

³⁰ Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, C-290/04, apartado 35.

³¹ Sentencia de 12 de julio de 2012, Comisión/España, C-269/09, apartado 69.

analizar la normativa holandesa y los objetivos que con ella se perseguían declaró que: “de conformidad con dicho principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, a saber, la residencia en el territorio nacional durante el período en el que se ha generado la plusvalía sujeta al impuesto, las disposiciones nacionales controvertidas prevén la recaudación del impuesto sobre las plusvalías originadas en los Países Bajos, cuya cuota se haya fijado en el momento de la emigración del contribuyente interesado y cuyo pago se haya suspendido hasta la cesión efectiva de los títulos. De ello se desprende, por una parte, que la medida controvertida en el procedimiento principal persigue un objetivo de interés general y, por otra, que es adecuada para garantizar la obtención de tal objetivo³²”. Según tal posicionamiento, el Tribunal considera los *exit taxes* como cláusulas anti-abuso o medidas para prevenir la evasión fiscal cuya compatibilidad con el TFUE dependerá de sus objetivos no puedan conseguirse a través de otros medios menos restrictivos u onerosos para el ciudadano³³.

³² Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2006, N, C-470/04, apartados 46 y 47. Como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, esta causa de justificación es la más utilizada para fundamentar la conformidad con el Derecho de la Unión de las cláusulas anti-abuso contenidas en la normativa fiscal de los Estados miembros y se distingue de otras manifestaciones del principio de territorialidad fiscal en que “gravita sobre la necesidad de tutelar el legítimo interés de los EEMM a ejercer su potestad tributaria sobre las actividades desarrolladas en su territorio (amenazada en ocasiones por las exigencias de equivalencia de trato al nacional comunitario que imponen las libertades de circulación reconocidas en los Tratados y su posible uso fraudulento en perjuicio de las Haciendas nacionales); y su perspectiva supranacional y no meramente interna (que la distingue de la causa de justificación basada en la coherencia), lo que determina que, para la apreciación de su aptitud para justificar el otorgamiento de un trato diverso, la finalidad de la norma interna sea la de prevenir prácticas o comportamientos a través de los cuales se desplacen bien sean los beneficios, bien sean las pérdidas, de una jurisdicción fiscal a otra”. J. M. IGLESIAS CASAIS y N. LOBATO MOSQUERA (2013), “La vigencia del principio de territorialidad fiscal como mecanismo corrector de la extensión de las libertades comunitarias”, *Documentos de Trabajo*, nº9/2013, Madrid, IEF, p. 20.

³³ Según Ribes Ribes los *exit taxes* son susceptibles de ser concebidos como “bien como medidas protectoras (*protective measures*), bien como instrumentos para prevenir la evasión fiscal (*anti-avoidance measures*). La calificación del impuesto de salida como medida de uno u otro tipo dependerá de sus características esenciales y, en particular, si el estado de la emigración posibilita al contribuyente la solicitud de un crédito contra el impuesto de salida como consecuencia del tributo satisfecho por el mismo objeto en el Estado de la inmigración, el impuesto de salida nunca podrá caracterizarse como medida de protección de la base imponible del primer Estado”; en A. RIBES RIBES (2014), “La problemática de los *exit taxes* en la Unión Europea”, en F. ADAME MARTÍNEZ y J. RAMOS PRIETO (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, p.905.

Sin embargo, parece claro que el TJUE las considera en todo caso cláusulas anti-abuso, como demuestra el hecho de que no cuestione el derecho de los Estados a gravar tales plusvalías latentes y que considere estas medidas justificadas, en principio,

Sin embargo, en asunto *Comisión/España*, al analizar la normativa española que obligaba a incluir en la última declaración a presentar del impuesto sobre la renta la totalidad de los rendimientos pendientes de imputación en el momento del traslado, el Tribunal, considerando que lo que se cuestionaba no era la determinación de la deuda tributaria en el momento del traslado de residencia sino la recaudación inmediata de ésta, declaró que no existía, en puridad, conflicto alguno entre la potestad tributaria del Estado de origen y la del Estado de acogida susceptible de causar un problema de doble imposición o situaciones en las que los contribuyentes pudieran eludir totalmente el impuesto³⁴.

3.1.2.4. La necesidad de garantizar la coherencia del sistema tributario nacional

Esta causa de justificación, que exige que se demuestre la existencia de una relación directa entre una ventaja fiscal y la compensación de di-

en base a la necesidad de garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. En este sentido “creemos que el contenido y alcance que el TJUE le ha ido dando (...) nos permiten afirmar que el papel que se le asigna a esta causa de justificación es el de servir de salvaguarda de las Haciendas nacionales frente a los riesgos de abuso o fraude por parte de los operadores jurídicos que intenten trasladar (rompiendo la conexión con el territorio en el que se desarrolla la actividad que los ha generado) bien sean beneficios, bien sean pérdidas, de un EM a otro para beneficiarse así de un tratamiento fiscal más ventajoso. Por ello, en cuanto manifestación del principio de territorialidad fiscal que funciona como una causa de justificación anti-abuso de las libertades fundamentales, en la mayor parte de los casos la apreciación de su admisibilidad exige la concurrencia un componente adicional: riesgo de evasión fiscal, riesgo de doble imputación de pérdidas, montajes puramente artificiales o abuso del derecho”. J. M. IGLESIAS CASAIS y N. LOBATO MOSQUERA (2013), *op. cit.*, p. 21.

³⁴ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-269/09, apartados 78 a 82. Nótese, sin embargo, que este argumento empleado por el TJUE bien podría utilizarse para todos los *exit taxes* (incluidos los que recaen sobre las plusvalías latentes pendientes de realización efectiva), pues la determinación de su importe (con carácter definitivo o provisional) se realiza, en todo caso, en el momento del abandono del territorio por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de mercado en la fecha del traslado. Por esta razón, admitida por el Tribunal de Justicia como una facultad legítima al alcance de los Estados miembros en base al principio de territorialidad unido a un componente temporal la posibilidad de someter a gravamen unos rendimientos madurados en parte dentro de sus fronteras pero que todavía no han sido obtenidos de una manera efectiva por su titular, con la consiguiente fijación de la cuota tributaria con carácter previo al desplazamiento, sólo surgirán problemas de cara a asegurar la recaudación del crédito tributario, pero no existirá en puridad un conflicto entre la potestad tributaria del Estado de origen y la del Estado de acogida.

cha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado (debiendo apreciarse dicha relación directa en atención al objetivo perseguido por la medida controvertida), fue examinada en el asunto C-269/09, Comisión España. En este caso, pese a que el Gobierno español argumentó que la “facultad de diferir el pago del impuesto correspondiente a rentas ya percibidas se atribuye sobre la base de la garantía de pago que para la Administración tributaria representa el hecho de que el contribuyente resida en el territorio español y de que, por consiguiente, esté sujeto de manera directa y efectiva a la potestad recaudatoria de dicha Administración”; el Tribunal de Justicia declaró que no cabía apreciar la concurrencia en el caso concreto de la causa de justificación basada en la coherencia del sistema por no haberse demostrado, en opinión del órgano, “la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal que representa la posibilidad de imputar las rentas a diversos períodos impositivos, por una parte, y, por otra, la compensación de dicha ventaja mediante algún gravamen o tributo³⁵”.

3.1.3. Tercera fase: test de proporcionalidad

La verificación de que el *exit tax* en cuestión persigue un interés general u objetivo legítimo, no obstante, no es suficiente para poder concluir que un gravamen de salida resulta conforme con el Derecho de la Unión Europea, siendo necesario, además, verificar que la medida es proporcionada al fin perseguido. El denominado *test de proporcionalidad* consiste en determinar si el *exit tax*, tal y como ha sido configurado por la normativa nacional (no sólo en sus aspectos sustantivos, sino, sobre todo, en lo que se refiere a sus aspectos procedimentales –gestión, comprobación y recaudación, principalmente–) resulta *adecuado* para garantizar la realización del objetivo de someter a imposición las rentas generadas hasta el momento de la migración en el territorio del Estado *y no va más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo*. Se trata de verificar, en última instancia, que el Estado miembro no tiene a su alcance o no dispone de medidas alternativas menos restrictivas de la movilidad geográfica que garantizan los Tratados.

³⁵ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, Comisión/España, C-269/09, apartados 83 a 87. Posicionamiento más que discutible (pues el gravamen o tributo a través del que se compensaba la ventaja era el propio impuesto sobre la renta, que por la pérdida de la condición de residente dejaría de venir obligado a pagar a la Hacienda española a raíz del cambio de domicilio), que debe encuadrarse en la tendencia del Tribunal de Justicia de restringir al máximo el recurso a esta causa de justificación para fundamentar medidas discriminatorias o restrictivas de las libertades de circulación. Véase en este sentido J. M. IGLESIAS CASAIS y N. LOBATO MOSQUERA (2013), *op. cit.*, pp. 6-19.

Del examen de los pronunciamientos recaídos hasta la fecha sobre gravámenes ligados al traslado de residencia de las personas físicas podemos concluir que existe una doctrina jurisprudencial uniforme de la que se derivan una serie de límites o líneas rojas que los Estados no pueden sobrepasar si no quieren que sus disposiciones sean declaradas contrarias a las libertades de circulación. Así:

- a) *Liquidación o determinación del exit tax en el momento del traslado y formalidades inherentes a la misma*

La liquidación o determinación provisional del *exit tax* en el momento del traslado es considerada proporcionada al objetivo que se persigue, que no es otro que asegurar que se gravan en el Estado miembro de origen las plusvalías latentes generadas en su territorio hasta el momento en el que su potestad tributaria respecto del sujeto pasivo decae. A ello debe añadirse que una exigencia formal como la obligación de presentar la oportuna declaración en el momento del traslado de domicilio, necesaria para calcular el gravamen, constituye una formalidad administrativa que aunque puede obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales, “no puede considerarse desproporcionada”, tal y como declaró el TJUE en el Asunto C-470/04, “N”³⁶. Ahora bien, tratándose impuestos que gravan plusvalías latentes experimentadas por activos de los que sean titulares personas físicas, dado que se está sometiendo a imposición una renta futura e incierta, el Tribunal de Justicia ha considerado que sólo podría considerarse proporcionado un régimen tributario que tuviera íntegramente en cuenta las minusvalías que pudiesen realizarse con posterioridad al traslado del domicilio del contribuyente³⁷, excepto si ya se hubieran tenido en cuenta tales minusvalías en el Estado miembro de acogida³⁸.

³⁶ Apartados 49 a 51.

³⁷ Asunto C-470/04, N, apartado 54.

³⁸ Sin embargo, en su sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus BV, C-371/10*, (relativo a gravámenes al traslado de domicilio o sede social de entidades o personas jurídicas), el Tribunal cambia el criterio y considera que la determinación definitiva de la deuda, sin posibilidad de tomar en consideración posibles minusvalías en el momento de la realización efectiva de los activos, es una medida proporcionada. Argumenta en tal sentido que “los activos de una sociedad están directamente afectados a actividades económicas destinadas a generar un beneficio. Por lo demás, la valoración de los activos en el balance de una sociedad influye, en parte, en la cuantía del beneficio imponible de ésta, en la medida en que las amortizaciones (por posibles pérdidas de valor) reducen la base imponible”. Parece claro, por lo tanto, que para el órgano jurisdiccional la solución a aplicar es distinta atendiendo a si el gravamen

b) *Recaudación del gravamen adeudado*

1. No cabe duda de que el cobro inmediato del gravamen en el momento del traslado del domicilio de la persona física a otro Estado miembro es desproporcionado. En efecto, aunque el Tribunal no es ajeno a la mayor dificultad que entraña el seguimiento transfronterizo del contribuyente y reconoce que el riesgo de falta de cobro del gravamen aumenta en función del tiempo transcurrido, hallándose la cuota tributaria determinada en cuanto a su importe en el momento del traslado, cualquier dificultad de orden práctico debe ser salvada por los Estados miembros recurriendo a los instrumentos de asistencia mutua en materia recaudatoria e intercambio de información³⁹.
2. Ahora bien, conviene recordar, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en el Asunto C-269/09, *Comisión/España*, que la garantía de cobro que proporciona a los socios europeos el marco de cooperación que representan las Directivas 76/308, 77/799 y 2008/55 no existe en las relaciones con las autoridades de un Estado tercero que no haya contraído ningún compromiso de asistencia mutua. Por esta razón, en los supuestos en los que el traslado se produzca a algún territorio que forme parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con el que el Estado miembro de origen no tenga suscritos tratados bi-

se encuentra dentro del marco de la imposición sobre la renta de las personas físicas o bien en la imposición sobre los beneficios de las sociedades.

En nuestra opinión, no obstante, el principio de territorialidad que fundamenta el derecho de los Estados a exigir un gravamen con ocasión del abandono del territorio bien permite considerar también proporcionada la determinación definitiva del gravamen en la fecha del traslado (por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de mercado), debiendo ser el Estado miembro de destino el que tenga en cuenta tales fluctuaciones de valor a la hora de someter a ese nuevo residente a la imposición por la plusvalía obtenida, articulando al efecto las medidas internas que fueran necesarias (deducciones para evitar la doble imposición, etc.). Resultarían, así, aplicables también a las personas físicas los argumentos empleados en el apartado 61 del Asunto C-371/10, según los cuales “el hecho de que el Estado miembro de acogida no tenga en cuenta, eventualmente, las minusvalías no impone obligación alguna al Estado miembro de origen de volver a liquidar, en el momento de realización del activo de que se trate, una deuda tributaria que se liquidó definitivamente en el momento en el que la sociedad afectada, debido al traslado de su sede de dirección efectiva, dejó de estar sujeta al impuesto en ese último Estado miembro”.

³⁹ Véanse en este sentido los apartados 67 a 75 de la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-C-269/09, apartados 67 a 75.

laterales que prevean la asistencia mutua para la recaudación de los impuestos, las previsiones tendentes a asegurar el cobro de los créditos tributarios derivados de los *exit taxes* que pudieran establecer los Estados miembros podrían resultar proporcionadas.

Así, para considerar que el gravamen de salida no va más allá de lo estrictamente necesario para lograr sus objetivos debe darse al sujeto pasivo la posibilidad de optar entre: a) un pago inmediato del impuesto; o, b) un aplazamiento o pago diferido del tributo. Sólo así se evitaría que el traslado se viese dificultado por el *exit tax*, al no tener que afrontar de una manera inmediata el contribuyente su desembolso en el momento del cambio de residencia o domicilio.

En este sentido, la posibilidad más respetuosa con las libertades de circulación y que menos las obstaculizaría sería la que permite obtener un aplazamiento de manera incondicional hasta el momento de la realización de la plusvalía (o aquel otro en el que, por entenderse que ha pasado un plazo de tiempo razonable sin que se haya procedido a transmitir los activos, el traslado se considera permanente y decae la presunción de fraude, soliendo los Estados declarar extinguida la deuda). Este diferimiento temporal del pago debiera, en nuestra opinión, referirse a la totalidad de la deuda, sin embargo, en el reciente Asunto C-164/12, *DMC*, el Tribunal de Justicia consideró que el fraccionamiento del pago del impuesto (esto es, un diferimiento parcial) resultaba también proporcionado para lograr el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros⁴⁰.

En tales supuestos, resulta legítimo que el Estado miembro exija en compensación por el retraso en el pago los correspondientes intereses de demora, sin que por ello deba considerarse la medida desproporcionada⁴¹.

Además, como el Tribunal reconoce que el riesgo de falta de cobro aumenta en función del tiempo transcurrido, en atención a dicho riesgo

⁴⁰ Sentencia del TJUE de 23 de enero de 2014, *DMC*, C-164/12, apartados 61 a 64. El cambio de criterio con respecto a pronunciamientos anteriores es sorprendente, pues a todas luces un fraccionamiento disuade en gran medida a los sujetos de realizar el desplazamiento. Y los disuade porque se les ofrece únicamente la posibilidad de optar entre un pago inmediato de la totalidad de la deuda, o un pago inmediato de parte de su importe, seguido de un abono periódico de los restantes plazos. Más aún cuando el aplazamiento de la totalidad de la deuda condicionado a la aportación de garantías fue considerado hasta esa fecha por el órgano jurisdiccional claramente restrictivo y desproporcionado en la medida en que suponía privar al contribuyente del disfrute del patrimonio objeto de la garantía.

⁴¹ Véanse, en este sentido, las sentencias *National Grid Indus*, antes citada, apartado 73, y de 6 de septiembre de 2012, *Comisión/Portugal*, C 38/10, apartados 31 y 32.

pueden los Gobiernos articular medidas de aseguramiento del crédito como la obligación de constituir garantías del pago. Esta posibilidad, sin embargo, cuando se articula de tal forma que no permite obtener el aplazamiento sin la previa formalización de la garantía no supera el test de proporcionalidad a juicio del TJUE. Así lo ha declarado en más de una ocasión al considerar que la obligación de constituir garantías como requisito *sine qua non* para la concesión de un aplazamiento de pago del impuesto va más allá de lo estrictamente necesario para garantizar su cobro⁴²; habida cuenta de que pueden los Estados recurrir a los instrumentos de cooperación internacional antes aludidos, que resultan claramente menos gravosos para el contribuyente al no privarlo del disfrute del patrimonio objeto de la garantía. Sin embargo, tras *DMC*, la proporcionalidad del régimen de garantías previsto por los Estados para obtener el aplazamiento deberá examinarse en cada caso concreto en función del riesgo real de que no se recaude el impuesto. Así se deduce de los propios términos empleados por el Tribunal de Justicia que ha declarado que la exigencia relativa a la aportación de garantías para obtener el aplazamiento “*no puede exigirse por principio, sin una evaluación previa del riesgo de que no se recaude el impuesto*”.

IV. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA NORMATIVA REGULADORA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

4.1. El artículo 14.3 de la LIRPF

El artículo 14.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, fue objeto de un procedimiento por infracción contra España iniciado por la Comisión al considerar que tal precepto, en su redacción originaria, vulneraba las libertades de circulación⁴³.

Pese a que el gravamen impuesto por el Estado español, a diferencia de las normativas examinadas en los casos *Lasteyrie du Saillant y N*, no

⁴² Véanse, en este sentido, las Sentencias del TJUE *Lasteyrie du Saillant y N*, antes citadas, apartados 47 y 51 respectivamente.

⁴³ Este precepto disponía que: “en el supuesto de que el contribuyente pierda su condición de contribuyente por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último ejercicio impositivo que deba declararse por este impuesto, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno”.

recaía sobre plusvalías latentes generadas en su territorio, sino sobre rentas ya devengadas pero pendientes de imputación, el Tribunal de Justicia acabó declarándolo contrario al Derecho comunitario en su Sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-269/09. En su opinión, aunque el citado precepto “no prohíbe a un contribuyente con domicilio en España ejercer su derecho a la libre circulación, dicha disposición, sin embargo, puede restringir el ejercicio de tal derecho, al tener, cuando menos, un efecto disuasorio para los contribuyentes que pretendan instalarse en otro Estado miembro”⁴⁴.

A raíz de este pronunciamiento, con efectos desde 1 de enero de 2013, se introdujo un nuevo párrafo en el artículo 14.3 de la LIRPF⁴⁵, en cuya virtud, para evitar que esta medida pueda distorsionar o hacer menos efectivo el uso de las libertades de circulación, se prevé que “cuando el traslado de residencia se produzca a otro Estado miembro de la Unión Europea, el contribuyente podrá optar por imputar las rentas pendientes conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o por presentar a medida en que se vayan obteniendo cada una de las rentas pendientes de imputación, una autoliquidación complementaria sin sanción, ni intereses de demora ni recargo alguno, correspondiente al último período que deba declararse por este Impuesto. La autoliquidación se presentará en el plazo de declaración

⁴⁴ Apartado 56. La aplicación de la citada norma privaba a los residentes en España que trasladan su domicilio a otro Estado miembro de la ventaja de tesorería que suponía disfrutar de un diferimiento en el pago de la deuda del que disfrutaban los residentes en España. Esta diferencia de trato no respondía en opinión del TJUE a una diferencia de situación objetiva de ambas categorías desde el punto de vista de la posibilidad de gravar tales rentas ya generadas en España antes del traslado de domicilio. Para el Estado español, el precepto respetaba la doctrina sentada por el TJUE en las sentencias *Lasteyrie y N*, donde se reconoció el derecho de los EEMM a gravar las plusvalías latentes generadas en su territorio, así como la conformidad a Derecho de determinar la deuda en el momento del traslado de residencia; porque, a diferencia de los casos anteriores, la normativa española no imponía un gravamen sobre una plusvalía latente y, por lo tanto, no sometía al contribuyente a un impuesto sobre un beneficio aún no obtenido con ocasión del traslado de domicilio, sino sobre rentas ya devengadas no suponiendo, por ello, anticipo alguno de rentas futuras. Pese a ello, como señalaban Martín Jiménez y Calderón Carrero el mero cambio de residencia generaba una anticipación del pago de impuestos, “toda vez que de no producirse (...) las rentas no se integrarían en la autoliquidación del contribuyente hasta que concurriera el presupuesto de la correspondiente regla de imputación”; habiendo resultado menos restrictivo a todas luces obligar al contribuyente migrante a presentar una declaración indicando la existencia de rentas pendientes de imputación. A. MARTÍN JIMÉNEZ y J. M. CALDERÓN CARRERO (2007), “Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *Crónica Tributaria*, n.º 125, pp. 51-52.

⁴⁵ Modificación operada por el apartado uno de la disposición final décima de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

del período impositivo en el que hubiera correspondido imputar dichas rentas en caso de no haberse producido la pérdida de la condición de contribuyente”.

4.2. El artículo 8.2 de la LIRPF⁴⁶

En el artículo 8.2 de la LIRPF se recoge un claro ejemplo de impuesto perseguidor o cuarentena fiscal al establecerse que “no perderán la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal”. Este *trailing tax*, que se basa en una presunción *iuris et de iure* de evasión fiscal en tales casos, pues no se permite al contribuyente demostrar que el traslado responde a motivos laborales u otros motivos económicos válidos, se aplicará al período impositivo en que se produzca el traslado y los cuatro siguientes en base al criterio de *residencia extendida ilimitada*.

Cabe decir, sin embargo, que tras la modificación del Real Decreto 1080/1991⁴⁷, operada a través del Real Decreto 116/2003, de 31 de enero⁴⁸, y la exclusión expresa de la lista de paraísos fiscales de Luxemburgo y Chipre, cualquier duda sobre la compatibilidad que esta medida con el ejercicio de las libertades comunitarias podemos considerarla superada⁴⁹.

⁴⁶ En tales casos en los que se aplica la cuarentena fiscal prevista en este artículo será de aplicación también lo previsto en el nuevo artículo 95 *bis* de la LIRPF con las siguientes especialidades: a) Las ganancias patrimoniales se imputarán al último período impositivo en que el contribuyente tenga su residencia habitual en territorio español, y para su cómputo se tomará el valor de mercado de las acciones o participaciones a que se refiere el apartado 3 en la fecha de devengo de dicho período impositivo. b) En caso de que se transmitan las acciones o participaciones en un período impositivo en que el contribuyente mantenga tal condición, para el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial correspondiente a la transmisión se tomará como valor de adquisición el valor de mercado de las acciones o participaciones que se hubiera tenido en cuenta para determinar la ganancia patrimonial prevista en este artículo.

⁴⁷ Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

⁴⁸ Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, y el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

⁴⁹ Señalan en relación con esta extensión de la residencia fiscal contenida en el

4.3. El artículo 95 bis de la LIRPF

A semejanza de otros Estados miembros⁵⁰, a través del artículo 95 bis de la LIRPF (rubricado “*Ganancias patrimoniales por cambio de residencia*”), en vigor desde el 1 de enero de 2015⁵¹, se introduce por primera vez en España en el ámbito de la imposición sobre la renta de las personas físicas un impuesto de salida o *exit tax* en sentido estricto. Con él el legislador ha optado por someter a imposición aquellas ganancias patrimoniales teóricas procedentes de acciones o participaciones en el capital de entidades cuya titularidad corresponda al contribuyente (*plusvalías latentes* o, en términos empleados por el propio legislador, “*ganancias tácticas*”), que se presumen obtenidas por el mero hecho de que el contribuyente traslade su residencia a otro país. Tal y como se reconoce en el Preámbulo de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Ley del IRPF, su introducción en el ordenamiento responde a la necesidad de incorporar una cláusula anti-abuso específica, adecuada al marco normativo comunitario, que refuerce la lucha contra la elusión y el fraude fiscal.

Según este nuevo precepto⁵², los sujetos que habiendo residido al menos diez de los últimos quince períodos impositivos en España pierdan su condición de contribuyente como consecuencia del traslado de su residencia a un país distinto, se verán sometidos a imposición por las ganancias teóricamente generadas en territorio español derivadas de la titularidad de

artículo 8.2 de la LIRPF Martín Jiménez y Calderón Carrero que tal medida anti-abuso “no está configurada para evitar montajes puramente abusivos o totalmente artificiales como *U-turns*, sino que se aplica a toda operación de cambio de residencia a un paraíso fiscal con independencia de que se trate de un movimiento elusivo o legítimo (...). Precisamente, esta configuración de la cláusula anti-abuso española es lo que plantea serias dudas de compatibilidad con la jurisprudencia del TJCE sobre medidas nacionales antievasión fiscal”. MARTÍN JIMÉNEZ. A. y CALDERÓN CARRERO. J. M., (2007), *op. cit.*, p. 52.

⁵⁰ Un pormenorizado estudio de los gravámenes de salida existentes en nuestro entorno puede verse en RIBES RIBES. A., (2014), *Los impuestos de salida*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 99-140.

⁵¹ Introducido por el apartado sesenta y uno del artículo primero de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, del IRPF, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el R.D. Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

⁵² Como destacan algunos autores su inclusión, sin embargo, no puede ser novedosa pues se inspira en impuestos de salida o *exit taxes* vigentes en otros ordenamientos de nuestro entorno como Dinamarca, Francia u Holanda, particularmente en la legislación alemana. RIBES RIBES. A., (2015), “Un nuevo *exit tax* en el ordenamiento español: el artículo 95 bis LIRPF”, *Crónica Tributaria*, nº 154, p. 132; y CALVO VÉRGEZ. J., (2015), “El nuevo *exit tax* creado por la ley 26/2014 y su compatibilidad con las libertades comunitarias de circulación y de establecimiento”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9/2015, BIB 2015\4750.

acciones o participaciones en el capital social de cualquier tipo de entidad que reúnan cualquiera de los siguientes requisitos: que el valor de mercado de las acciones o participaciones exceda, conjuntamente, de cuatro millones de euros; o, siendo superior a un millón de euros, el porcentaje de participación en la entidad sea superior al 25%. Ahora bien, verificado este presupuesto de hecho, la exigibilidad inmediata del *exit tax* o la posibilidad de obtener un aplazamiento se van a hacer depender de diversos escenarios contemplados en la propia norma atendiendo al destino del traslado y a las dificultades de seguimiento y control del contribuyente y la deuda por parte de la Administración tributaria española⁵³.

Por lo que a nuestro estudio interesa, cuando el traslado se realice a un país miembro de la UE o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, el artículo 95 *bis*, tratando de acomodarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en los asuntos *Lasteyrie du Saillant, N y Comisión/España*, establece un régimen especial en cuya virtud el contribuyente únicamente vendría obligado a autoliquidar el gravamen cuando en el plazo de los diez ejercicios siguientes al traslado se produzca alguna de las siguientes circunstancias⁵⁴:

⁵³ Así, con carácter general el traslado al extranjero comportará el pago del gravamen, calculado por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de mercado de las acciones o participaciones, mediante autoliquidación complementaria (sin sanción, ni intereses de demora ni recargo alguno) a presentar en el plazo de declaración correspondiente al primer ejercicio en que el contribuyente no tuviera tal condición como consecuencia del cambio de residencia. Sin embargo, cuando habiendo pagado tal gravamen, el sujeto retornase a territorio español manteniendo la titularidad de las acciones o participaciones, podrá solicitar la rectificación de la autoliquidación previa al objeto de obtener su devolución con abono de los intereses de demora desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

Por otra parte, cuando el desplazamiento tenga carácter temporal y se realice por motivos laborales a un país o territorio que no tenga la consideración de paraíso fiscal, o por cualquier otro motivo siempre que se produzca a un país o territorio que tenga suscrito con España un Convenio para evitar la Doble Imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información, el contribuyente podrá optar entre el pago o solicitar un aplazamiento por un plazo máximo de cinco años (prorrogables, previa solicitud del interesado por otros cinco años cuando medien motivos laborales). Si en este plazo el sujeto adquiriera de nuevo la condición de contribuyente por el IRPF español sin haber transmitido la titularidad de las acciones o participaciones, la deuda tributaria objeto de aplazamiento quedará extinguida, así como los intereses que se hubiesen devengado, pero sin que proceda el reembolso por el coste de las garantías que se hubiesen podido constituir.

⁵⁴ En opinión de Ribes Ribes este tercer escenario contiene una medida susceptible de ser calificada como un auténtico *trailing tax*, toda vez que se están sometiendo a gravamen rentas futuras, y, a diferencia del *exit tax*, aplicable con posterioridad al cambio de residencia del contribuyente. A. RIBES RIBES (2015), “Un nuevo *exit tax* en el ordenamiento español: el artículo 95 *bis* LIRPF”, *Crónica Tributaria*, n.º 154, p. 127.

- 1.º Que se transmitan inter vivos las acciones o participaciones⁵⁵.
- 2.º Que el contribuyente pierda la condición de residente en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo⁵⁶.
- 3.º Que el sujeto incumpla las obligaciones de comunicación a la Administración tributaria, relativas a la ganancia patrimonial puesta de manifiesto, el Estado al que traslade su residencia el domicilio y el mantenimiento de las acciones o participaciones en su patrimonio.

En tales casos, la ganancia patrimonial se imputará al último período impositivo que deba declararse por este impuesto, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno. La autoliquidación se presentará en el plazo que media entre la fecha en que se produzca alguna de las circunstancias a las que acabamos de hacer referencia y el final del inmediato siguiente plazo de declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Así las cosas, desde un punto de vista puramente interno, este nuevo gravamen podría vulnerar los principios de igualdad, generalidad y capacidad económica⁵⁷ consagrados en el artículo 31 de la Constitución Española, pues recae sobre rentas futuras e inciertas, sólo se someten a tributación determinadas ganancias patrimoniales (no todas las generadas hasta la pérdida por el traslado de la condición de contribuyente) y grava con carácter particular a unos sujetos concretos: aquellos que venían residiendo en España con cierta estabilidad (por haberse prolongado su residencia du-

⁵⁵ En este caso el Estado español se asegura el cobro de la plusvalía generada en su territorio, dejando abierta al mismo tiempo la puerta a que se tengan en cuenta posibles minusvalías posteriores (tal y como se desprende de la doctrina sentada por el TJUE en el caso *N*) al disponer que el importe de la plusvalía se minorará en la diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones o participaciones y su valor de transmisión (incrementado en su caso en el importe de los beneficios distribuidos o de cualesquiera otras percepciones que hubieran determinado una minoración del patrimonio neto de la entidad con posterioridad a la pérdida de la condición de contribuyente, salvo que tales percepciones hubieran tributado por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes).

⁵⁶ Es decir, el traslado fuera de la Unión o del EEE, con la consiguiente imposibilidad de recurrir a los instrumentos comunitarios de colaboración entre Administraciones (lo que aumenta, a su vez, el riesgo de que el crédito tributario llegue a cobrarse), determina que deje de aplicarse este régimen especial de diferimiento.

⁵⁷ Ribes Ribes argumenta en este sentido que “desde la perspectiva constitucional, creemos que la exigencia de un gravamen sobre una ganancia futura –e incierta– plantea serias dudas de compatibilidad con el principio de capacidad económica, por atender contra el criterio de tributación de la renta disponible”. Véase en este sentido A. RIBES RIBES (2015), “Un nuevo *exit tax* en el ordenamiento español: el artículo 95 *bis* LIRPF”, *Crónica Tributaria*, n.º 154, p. 124.

rante un período de tiempo razonable diez de los últimos quince períodos impositivos—) y son titulares de una cartera de activos financieros de cierta entidad. La arbitrariedad de tales límites ha sido puesta de manifiesto ya por la doctrina⁵⁸ que ve en ellos, además, un incentivo a abandonar el territorio español antes de que se cumpla el plazo de diez años o a desprenderse de parte de los activos como medio para evitar incurrir en el presupuesto de hecho de la norma.

Además, aunque la finalidad declarada de la norma es la de evitar que los sujetos inviertan en nuestro país para posteriormente trasladarse a otro Estado con una fiscalidad más ventajosa donde materializar los beneficios derivados de dichas inversiones, voces autorizadas han cuestionado su naturaleza de medida o cláusula anti-abuso, aún a pesar de que el paso del tiempo o el retorno al territorio español por parte del sujeto migrante determinen la extinción del tributo o la devolución de las cantidades abonadas⁵⁹. Antes bien, su carácter de medida puramente recaudatoria se pone

⁵⁸ Según Herrera Molina, “aunque parecen tener cierta inspiración en el Derecho comparado, los límites temporales y cuantitativos presentan un grado importante de arbitrariedad y darán lugar a muy notables *errores de salto*. Estos no podrán corregirse a través del mecanismo previsto en el art. 56.3 LGT, pues tal precepto solo se refiere a los tipos de gravamen. Precisamente por ello entiendo que los límites temporales y cuantitativos del presupuesto de hecho previsto por la ley deben considerarse un *puerto seguro*, sin que, a mi juicio, quepa considerar como fraude de ley, la planificación fiscal dirigida a evitarlos, siempre que se realicen de modo transparente. En consecuencia, se incentiva a los contribuyentes a abandonar el territorio español antes de que se cumpla el plazo de diez años, o bien a enajenar el *exceso* de participaciones antes del cambio de residencia o a promover ampliaciones de capital que eviten llegar al margen del 25 por ciento”. P. M. HERRERA MOLINA (2015), “Primera aproximación al nuevo “impuesto de salida” (I)”, *ECJ Leading Cases*, post n.º 680, de 3 de enero de 2015, <https://ecjleadingcases.wordpress.com/2015/02/03/primera-aproximacion-al-impuesto-de-salida-ambito-de-aplicacion/>, último acceso 1 de octubre de 2015.

⁵⁹ Según Calvo Vérguez, resulta ciertamente discutible que pueda calificarse como una medida anti-abuso o como una norma antifraude “cuando su aplicación no queda reducida únicamente a los supuestos de cambios de residencia a paraísos fiscales o territorios *offshore*. Por el contrario, estimamos que la nueva regulación persigue claramente penalizar actuaciones de deslocalización que pueda acometer el contribuyente sometiendo a gravamen el ahorro acumulado bajo el pretexto derivado de la obtención de potenciales ganancias y desincentivando claramente el desarrollo de actividades de inversión en nuestro país”. J. CALVO VÉRGEZ (2015), “El nuevo *exit tax* creado por la ley 26/2014 y su compatibilidad con las libertades comunitarias de circulación y de establecimiento”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9/2015, BIB 2015/4750. Herrera Molina, por su parte, destaca que “el *impuesto de salida* establecido por el art. 95 *bis* no tiene ninguna finalidad *anti-abuso*. En efecto, el mero cambio de residencia no constituye un mecanismo de elusión, puesto que las plusvalías no se han realizado (por lo que seguirían sin tributar en España si el titular residente no las vendiera) y tributarán en el extranjero (quizá a un tipo superior al previsto en España) cuando allí se enajenen. En otras palabras, la medida tiene una finalidad puramente recaudatoria (o, si se quiere

de manifiesto en el hecho de que en su configuración no se ha establecido medida alguna para asegurar que sólo la parte de la ganancia generada en suelo español es sometida a imposición y evitar así someter a imposición rentas generadas en otros territorios⁶⁰.

Por lo que a nuestro estudio interesa, y centrados únicamente en las consecuencias que en los ordenamientos nacionales producen los pronunciamientos del TJUE en materia de gravámenes de salida, nos limitaremos en determinar su posible colisión con las libertades de circulación; muy especialmente en lo que se refiere a si la medida introducida supera el test de proporcionalidad que se deriva de la doctrina jurisprudencial anteriormente examinada.

Para ello, conviene empezar recordando, como señalamos líneas atrás, que el TJUE no cuestiona el derecho de los Estados miembros a gravar las ganancias patrimoniales generadas en su territorio, ni si deben renunciar a tal posibilidad en aras del buen funcionamiento del Mercado Interior; exigiendo únicamente que la exacción de esta clase de gravámenes no condicione el ejercicio de las libertades consagradas en los Tratados dificultando más de lo necesario el abandono del propio territorio por parte de los ciudadanos europeos. ¿Puede considerarse entonces que la configuración del gravamen de salida establecido en el artículo 95 *bis* de la LIRPF (para el caso de que el traslado de produzca dentro de la UE o del EEE) resulta proporcionada en relación con el objetivo de asegurar el sometimiento a gravamen por el Estado español de unas rentas generadas en su territorio?

Si atendemos a los precedentes la respuesta ha de ser, salvo cambio de criterio posterior por parte del TJUE, positiva; pues en su configuración el legislador español se ha mantenido dentro de las líneas rojas marcadas por el órgano jurisdiccional en asuntos como *Lasteyrie du Saillant, N y Comisión España*. Baste señalar a este respecto que, para el caso de que el traslado se produzca dentro de la UE o del EEE, la tributación se retrasará con carácter general hasta el momento de la realización efectiva de la ganancia patrimonial, lo cual es absolutamente escrupuloso con la exigencia

decir de modo más elegante, de *protección de la soberanía fiscal*”). HERRERA MOLINA. P.M., (2015), *op. cit.*

⁶⁰ En este sentido, Calvo Vérguez, opina que “la nueva normativa aprobada no determina qué se ha de entender por «plusvalía generada en España», ignorando la fijación de normas especiales de determinación del valor de adquisición para no abarcar plusvalías generadas cuando no se es residente en nuestro país”; en J. CALVO VÉRGEZ (2015), *op. cit.*; en la que, a su vez, citándose a Alemany se insiste en que “la norma se ha preocupado de determinar el valor de enajenación, pero ha descuidado el valor de adquisición”. J. I. ALEMANY (2015) “Algunas sombras del *exit tax*”, *Diario Expansión*, www.expansion.com.

jurisprudencial de no someter a imposición inmediata al sujeto con ocasión del traslado, que sólo tendrá que autoliquidar el gravamen si dentro de un plazo de diez años transmite los títulos, traslada su residencia fuera de la UE o del EEE, o incumple sus deberes de información.

A ello hay que añadir que la opción por la aplicación de este régimen especial se ejercitará mediante una simple comunicación a la Administración tributaria (en la que se harán constar, entre otros extremos, la identificación de las acciones o participaciones que dan lugar a las ganancias patrimoniales gravadas, su valor de mercado en la fecha de devengo del último periodo impositivo que deba declararse por el impuesto, el Estado al que se traslada la residencia y el domicilio –cuyas posteriores variaciones deberán ser comunicadas a la Administración tributaria española–) y sin que se exija la constitución de garantías para obtener el aplazamiento. Como hemos puesto de manifiesto líneas atrás, la obligación de presentar una declaración, autoliquidación o comunicación ha sido considerada por el TJUE una obligación formal que no puede considerarse desproporcionada; razonamiento extensible a la obligación de suministro de información a la Administración tributaria española.

A su favor juega también el hecho de que la norma española haya previsto, de conformidad con la postura mantenida por el TJUE en el caso *N*, que en caso de que el sujeto transmita posteriormente las acciones o participaciones el importe de la plusvalía inicialmente calculado se minorará en la diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones o participaciones y su valor de transmisión.

Así pues, no podemos hacer otra cosa que no sea sostener su proporcionalidad, y, por tanto, su conformidad con el Derecho de la Unión, por ajustarse escrupulosamente a las exigencias jurisprudenciales derivadas de pronunciamientos anteriores. Ahora bien, más allá de su acomodo a la doctrina del Tribunal de Justicia, no cabe duda de que este gravamen desincentiva la inversión en España, en perjuicio de las propias empresas españolas, extremo este que ha llevado a la Asociación Europea de Inversores Profesionales a interponer una denuncia ante la Comisión Europea por considerar que el artículo 95 *bis* vulnera las libertades de circulación consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A TRIBUTAÇÃO À SAÍDA (EXIT TAXES)
NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DA UE. O CASO PORTUGUÊS.
AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS
NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

MARIA ODETE BATISTA DE OLIVEIRA
*Professora Professora Auxiliar da Faculdade de Economia
Universidade do Porto*

Sumário: I. Considerações iniciais. II. A tributação directa no espaço comunitário e os impostos de saída. III. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. IV. A situação em Portugal antes do Acórdão Comissão vs Portugal, C-38/10, de 06.09.2012. V. As alterações após a decisão do TJUE. VI. Dos acórdãos do TJUE, que respostas? VII. Reflexão final.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

À crescente mobilidade global das pessoas ou empresas em geral, e dos contribuintes em particular, associa-se a mobilidade dos seus activos, mobilidade que tem servido de fundamento a uma “nova” tributação, habitualmente designada por tributação à saída, na expressão anglo-saxónica os *exit taxes*.

Estão em causa os impostos cujo factor de conexão, em termos de territorialidade, seja a residência.

Porque internamente a mudança de residência fiscal não implica qualquer tipo de tributação, a incidência de imposto nas migrações trans-

fronteiras tem suscitado um amplo debate na doutrina, a tomada de posição de algumas instituições comunitárias, e dado lugar a uma jurisprudência apreciável do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Do ponto de vista dos Estados membros, o objectivo é tentar reduzir, por essa via, a receita fiscal a que teriam direito se o contribuinte não “migrasse”, aplicando-lhe um *exit tax* que acaba, na realidade, por ser um imposto sobre ganhos não realizados, i.e. sobre mais valias latentes ou potenciais.

Esta tributação significou e significa uma nova repartição do poder tributário entre Estados Membros. A questão é a de averiguar da compatibilidade da mesma com o Direito comunitário, e a forma como as instituições comunitárias, com realce para a Comissão Europeia e Tribunal de Justiça Europeu, se têm vindo a posicionar nesse contexto. Em especial, trata-se de saber se esta tributação viola as liberdades comunitárias fundamentais, mormente no que tange ao princípio da liberdade de estabelecimento e/ou à liberdade de circulação de capitais.

Conexamente com as questões tributárias que representa a tributação à saída, há aspectos colaterais dignos de realce. Falamos de aspectos do direito comercial e direito das sociedades, nomeadamente em função do critério estabelecido na legislação societária em cada Estado, em que a transferência pode ou não determinar a extinção das sociedades. Será esse um aspecto que, determinando a continuidade ou não da personalidade jurídica da sociedade condicionará a aplicação da vertente tributária da Jurisprudência do Tribunal de Justiça, que referiremos sem, contudo, dele tratar especificamente na presente comunicação.

II. A TRIBUTAÇÃO DIRECTA NO ESPAÇO COMUNITÁRIO E OS *IMPOSTOS DE SAÍDA*

Na tributação directa, a ausência de harmonização significa poder tributário dos EM, os quais podem, pois, definir e desenhar os respectivos impostos ao abrigo da sua competência exclusiva, embora sempre com respeito pelos princípios e liberdades do Direito Comunitário, com o TJUE amiúde chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de normas nacionais com o Tratado da União.

As transferências de actividade ou residência de um Estado (de origem) para outro Estado (de acolhimento) são operações legítimas e indissociáveis dum mercado único. Controversa é a articulação da pretensão tributária do Estado de origem que (que, para evitar o afastamento do seu poder tributário sobre os rendimentos gerados no seu território, qualifica a

saída como facto tributário, exigindo impostos de saída (*exit taxes*), com as liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado (TUE e TFUE). Tanto a liberdade de estabelecimento (direito de entrar e de sair como elementos facilitadores da construção comunitária), como a liberdade de circulação de pessoas físicas ou jurídicas (componente integral do Mercado Único e elemento central do seu sucesso), ou a liberdade de circulação de capitais (criação de um mercado financeiro europeu unificado), exigem que a tributação na transferência de residência ou de actividade para outro EM não seja diferente daquela que incide sobre idênticas operações internamente realizadas, a menos que a diferença (restrições ou entraves) não apresente carácter discriminatório; seja justificada por razões imperiosas de interesse geral e respeite um critério de proporcionalidade.

Os argumentos aduzidos pelos EM, em defesa desse exercício de poder tributário, traduzem a vontade de se protegerem contra a erosão das bases tributáveis nacionais, numa saída das fronteiras nacionais que frequentemente tem fundamento tão só na busca pelos “migrantes” de menores cargas tributárias (sejam elas resultantes de taxas de tributação mais baixas ou de definição de bases tributáveis menos alargadas). Alegam os EM com a diferença das situações internas e transfronteiriças; com a necessidade de um sistema de repartição equilibrada do poder tributário entre eles; com a coerência do sistema fiscal como um todo e com a prevenção de situações de *tax fraud* e *tax avoidance*.

Foi o TJUE quem, em 2004, iniciou a análise e se pronunciou sobre esta temática, com a última decisão até agora conhecida, datada de 16 de Abril de 2015. Sobre esta jurisprudência e a sua evolução, bem como sobre as iniciativas europeias e as suas limitações, trataremos nesta comunicação, embora de forma breve, já que o objectivo é o de apresentar a situação na legislação portuguesa antes e depois do pronunciamento do TJUE no Caso *Comissão vs Portugal*, C-38/10, de 06.09.2012.

A Comissão Europeia (CE) apresentou em 2006, uma “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu”, sobre a tributação à saída e necessidade de coordenação das políticas fiscais dos Estados Membros – COM (2006) 825 final, aceitando as premissas do TJUE e propondo que os EM tornassem a sua “tributação de saída” compatível com o direito europeu, entendendo ser este um domínio, por excelência, dos benefícios da coordenação ao nível comunitário, ao mesmo tempo que aponta algumas soluções, sempre com destaque para a utilização dos instrumentos de cooperação entre Administrações fiscais (intercâmbio de informações e assistência na cobrança).

Para evitar os riscos de violação das liberdades consagradas no Tratado, a Comissão sugere ao EM de partida que calcule, nessa data, o montante dos rendimentos sobre os quais pretende preservar a sua tributação mas conceda a esta um diferimento, sendo certo que para garantir uma eficaz e efectiva tributação posterior, a CE propõe também que o contribuinte preencha uma declaração por ocasião da transferência (confirmando a propriedade sobre os bens), e de seguida, através de uma declaração anual, informe este EM sobre se os activos transferidos permanecem na posse da sua empresa no outro Estado, complementada por uma declaração final, no momento da venda efectiva ou da transferência dos activos para um país terceiro. Para efeitos de fiscalização e controle, a Comissão recomenda, neste âmbito, a utilização óptima dos meios de cooperação administrativa com realce para a utilização de um intercâmbio automático de informações. O diferimento concedido na tributação no momento da transferência poderá ser acompanhado pelo estabelecimento de uma opção para a tributação imediata, visando a eventual redução dos encargos administrativos para os contribuintes.

Preocupada com o propósito do estabelecimento de um verdadeiro Mercado interno sem obstáculos, a Comissão assinala ainda que a aplicação pelos EM de métodos de avaliação diferentes para migrações transfronteiriças, pode conduzir a duplas tributações ou a duplas não tributações¹. Para evitar estas situações, a solução preconizada baseia-se na aceitação por parte do EM de acolhimento do valor de mercado (determinado pelo outro EM no momento da transferência) como o valor inicial do activo para fins fiscais. Como quer que seja, e para evitar que os contribuintes beneficiem de disparidades de avaliação entre EM (localizando o máximo da mais valia tributável no Estado com as mais baixas taxas de imposto), devem as autoridades fiscais entenderem-se quanto à determinação dos valores relevantes, embora com aplicação das suas regras domésticas mas complementada essa aplicação com adequados procedimentos de resolução de litígios em casos de diferenças de avaliação.

¹ A dupla tributação (ou a dupla não tributação) pode ocorrer, principalmente, em dois casos (ou nos casos espelho respectivos):

- Transferência a partir de um EM que fixa a matéria tributável do imposto na diferença entre o valor líquido contabilístico (VLC) e o valor de mercado, do activo, no momento da partida, com destino a um EM que avalia os activos pelo VLC e tributa qualquer aumento de valor mais tarde, na alienação dos activos;
- Transferência para um Estado de acolhimento que atribua um valor inferior ao ativo (a significar menores amortizações), pelo que as mais-valias eventualmente realizadas na alienação posterior serão mais elevadas, resultando em dupla tributação de parte dos ganhos.

O Conselho da UE emite, em 2008, a “Resolução do Conselho, de 2 de Dezembro de 2008 – 2008/C 323/01, sobre a coordenação em matéria de tributação à saída”, estabelecendo alguns princípios directores: a uniformização do conceito de transferência de actividades económicas (que define) e a existência de procedimentos adequados, e compatibilizados, no EM origem e no EM de acolhimento, fazendo uso das disposições comunitárias de assistência mútua e cooperação administrativa. Embora esta Resolução marque já um avanço significativo no campo da coordenação, ela trata apenas de uma parte do problema: o problema da dupla tributação e da dupla não tributação. Na verdade, a questão do momento da cobrança do imposto pelo Estado de partida dos activos transferidos não é abordada, e essa é, indubitavelmente, questão primordial na origem dos litígios e dos procedimentos por infracção iniciados pela Comissão contra os EM.

III. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A jurisprudência do TJUE iniciou-se com o Caso *Lasteyrie du Saillant* -C-9/02, de 11 de Março de 2004, respeitante à tributação do rendimento das pessoas singulares. Em causa estava um cidadão residente na França, que transferiu a sua residência para a Bélgica, para aí exercer a sua atividade profissional. Porque no momento da saída detinha um conjunto de títulos que conferiam o direito a mais de 25% dos lucros de uma sociedade sediada na França, as autoridades fiscais francesas tributaram as mais-valias latentes dos títulos, nos termos previstos no *Code Général des Impôts*.

Seguiu-se o Caso *N-C-470/04*, de 7 de Setembro de 2006, em que a transferência de residência era da Holanda para o Reino Unido, tendo o cidadão sido tributado, no momento da saída, pelas mais valias latentes relativas às acções que possuía em três sociedades sediadas no Estado de saída, a Holanda.

Em ambas as situações a análise recaiu sobre a liberdade de estabelecimento, tendo sido considerado que as medidas, tanto da legislação francesa² como da holandesa³, por obrigarem a prestação de garantia, não obstante a faculdade do diferimento de prazo de pagamento que consignavam, eram incompatíveis com o Direito comunitário por excederem “o necessário” para assegurar o funcionamento do sistema fiscal (controlo da proporcionalidade).

² A legislação permitia o diferimento do prazo de pagamento do imposto devido com uma garantia.

³ O pagamento podia também ser diferido mas com exigência de uma garantia.

Foi no Acórdão *National Grid Indus* – C-371/10, de 29 de Novembro de 2011, que pela primeira vez se discutiram os *exit taxes* societários, questionando-se a tributação imediata, no momento da transferência da sede efectiva de uma sociedade da Holanda para o Reino Unido, de reservas latentes, tributação não existente sobre operação de idêntica natureza domesticamente realizada. As justificações invocadas eram as já referidas, com destaque para a da necessidade de garantir uma repartição equilibrada dos poderes tributários em conformidade com o princípio da territorialidade.

O TJUE acaba, porém, por não aceitar a medida no seu crivo da proporcionalidade, concluindo, a final, que a situação materializava uma violação à liberdade de estabelecimento. A propósito, o Tribunal distinguiu os momentos da liquidação e da cobrança. Se quanto ao primeiro, o EM de partida tem competência para determinar o montante de imposto a pagar no momento da transferência, e assim salvaguardar a sua soberania sobre valores que se foram acumulando enquanto o sujeito era residente no seu território, o TJUE entendeu que, relativamente à cobrança imediata (do imposto liquidado sobre as mais-valias latentes), ela não pode ser obrigatória nesse momento, mas já será admissível se a legislação nacional permitir à sociedade a opção entre o pagamento imediato do montante do imposto (que gera uma desvantagem de tesouraria), e o pagamento diferido do imposto, acrescido, se necessário, de juros (representando embora um encargo administrativo para a sociedade em causa). Contrariamente ao decidido antes⁴, aceita-se agora que, se a sociedade optar pelo pagamento diferido, o risco de não pagamento da dívida invocado pelo respectivo EM pode ser resolvido através da exigência da prestação de uma garantia bancária.

Em 2009, e ainda neste âmbito das pessoas colectivas, a Comissão interpõe uma acção por incumprimento à Espanha, acusando-a de violação dos artigos 49.º do TFUE e 31.º do EEE— disposições fiscais segundo as quais as sociedades que deixem de ter o seu domicílio fiscal em Espanha ou transfiram os seus ativos para outro Estado têm que proceder ao pagamento imediato de um imposto de saída. O Processo foi o *Comissão/Espanha* -C-64/11, de 25 de Abril de 2013, com condenação deste Estado. A análise mais detalhada dos seus contornos é efectuada, nestas Jornadas, pelo meu colega Doutor Manuel Iglésias, na sua comunicação.

Seguiu-se-lhe o Caso *Comissão vs Portugal*, C-38/10, de 06.09.2012, e dele trataremos de seguida, fazendo apenas referência ao mais recente caso que nesta data conhecemos, e que acima referimos, o caso *Comissão*

⁴ No Caso *N* já referido (pessoas singulares), o TJUE tinha proibido a possibilidade de diferimento do pagamento condicionado à prestação de uma garantia.

Europeia contra RFA, C-591/13, de 16 de Abril de 2015. A RFA permite, ao nível nacional, a suspensão de tributação de mais valias de bens afectos a uma actividade empresarial sempre que haja reinvestimento em outros bens afectos à actividade, situação comum em muitas legislações. Considera serem o mesmo o bem substituído e o de substituição, pelo que o bem em causa se entende como estando no balanço de uma maneira ininterrupta (o que equivale a admitir que o bem de substituição integra o património do mesmo sujeito passivo, mantendo-se o poder tributário do Estado alemão). Tendo em conta a CDT celebrada, ao abrigo da qual um estabelecimento estável é uma entidade autónoma, o mesmo é dizer, qualifica esse estabelecimento como um diferente sujeito passivo, então ocorrerá poder tributário de dois EM diferentes.

A questão, mais uma vez, é que domesticamente a vantagem concedida, *ab initio*, com o reinvestimento, é compensada pela tributação posterior, o que não acontece transfronteiriçamente, podendo entender-se que conceder neste contexto o mesmo tratamento seria estimular a deslocalização da produção, pelo que a legislação alemã determina que se o reinvestimento for feito em bens que estão afectos a um EE do sujeito passivo situado noutra EM, a suspensão não é permitida, exigindo tributação imediata das mais valias verificadas nos bens substituídos.

A isto a Comissão argumenta com a violação da liberdade de estabelecimento, justificando-se a Alemanha com os habituais argumentos: diferença de situações; diferença justificada por imperiosas razões de interesse geral; princípio da territorialidade e preservação da coerência do sistema fiscal (a suspensão só se justifica se houver possibilidade posterior de tributar as mais valias do bem de substituição).

A decisão do TJUE foi a de que o simples facto de uma vantagem fiscal não poder ser concedida, segundo as mesmas técnicas, numa situação transfronteiriça e numa situação puramente interna, não legitima de todo um tratamento diferenciado das situações, pelo que o exigível pagamento imediato do imposto constitui medida desproporcionada: estamos perante uma medida restritiva da liberdade de estabelecimento, provocando, sem diferença objectiva, desvantagens de tesouraria, sendo certo que, não obstante a disciplina das CDT, o bem de substituição continua afecto à actividade económica do sujeito passivo e contribui *ipso facto* para promover o investimento na empresa e a sua reestruturação podendo, desta forma, garantir a continuidade dessa actividade económica. Em consequência entendeu o TJUE que o argumento de que num reinvestimento fora do território nacional a (mera) circunstância de não tributação dos ganhos gerados pela alienação do bem de substituição não procede, lembrando a sua jurisprudência segundo a qual um objectivo de carácter puramente económico,

tal como a preocupação de aumentar as receitas fiscais ou diminuir essas receitas, não pode ser considerado uma razão imperiosa de carácter geral para justificar uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (*Verkooijen* C-35/98), concluindo, a final, pela violação do artigo 49 do TFUE e pela violação do artigo 31 do Acordo EEE.

IV. A SITUAÇÃO EM PORTUGAL ANTES DO ACÓRDÃO *COMISSÃO VS PORTUGAL, C-38/10, DE 06.09.2012*

Em Portugal, a tributação à saída não estava prevista até que a Lei do Orçamento de Estado para 2006 a introduziu, por decisão do legislador nacional, visando assegurar que os acréscimos de valor verificados durante o período em que uma sociedade esteve sujeita a tributação em território português “continuassem” sujeitos ao exercício da soberania fiscal portuguesa.

Ao pertencer a um Estado Social, e Fiscal, e respectivo financiamento, uma pessoa (física ou jurídica) beneficia da fruição de um conjunto de bens e direitos, que legitimam a posterior cobrança de um imposto de saída quando se quebra essa relação, associando à perda de residência, enquanto factor subjetivo de ligação do indivíduo ou da empresa a determinado ordenamento jurídico e fiscal, o elemento objetivo, que legitima a cobrança do imposto. A residência (domicílio, sede ou direcção efectiva), elemento subjetivo e legitimador da tributação estadual numa base universal, quando alterada, retira ao Estado a possibilidade de tributar o contribuinte pelos rendimentos obtidos a nível global – “*world wide income*”. Ao aplicar um *exit tax*, o Estado de partida assume-se como competente, agora como Estado da Fonte (do rendimento), alterando-se a natureza da obrigação fiscal do contribuinte que passa de pessoal (residente) a real (não residente). O *exit tax* tem pois como pressupostos a existência de uma expectativa do Estado em tributar os seus residentes, e o facto de, após a emigração, se tornar difícil, e por vezes impossível, cobrar o imposto, motivos por que determina, consequentemente, a tributação imediata, no momento da saída, de todo o seu activo, incluindo as mais-valias latentes ou potenciais.

A justificação do legislador português era similar à dos outros Estados que a instituíram: uma repartição equilibrada dos poderes tributários sobre os activos da empresa migrante, de acordo com o princípio da territorialidade fiscal, associado a um elemento temporal.

De facto, no Relatório do Orçamento de Estado para 2006, estabelecia-se a necessidade de prever mecanismos de desincentivo à deslocalização das empresas, através de alteração ao Código do IRC e ao Estatuto dos

Benefícios Fiscais. E a argumentação era feita nos seguintes termos:

“O sistema da tributação do rendimento das pessoas colectivas consagrado pelo Código do IRC não previu, de modo explícito, um tratamento fiscal específico para a transferência da residência das pessoas colectivas, tendo presente que, nos termos do art. 3º, nº 5 do Código das Sociedades Comerciais, a sua emigração não implica a dissolução e liquidação, mantendo-se a personalidade jurídica da sociedade.

As determinações constantes do Código do IRC não constituem base adequada para esse tratamento, com a consequência de poderem surgir importantes lacunas de tributação, sem justificação bastante, tanto mais que a montante podem ter ocorrido hipóteses de desagravamentos fiscais.

A necessidade de proceder à transposição para a ordem jurídica nacional das disposições da Directiva n.º 2005/19/CE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005, que altera a Directiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes, justifica que se aproveite a oportunidade para colmatar essa importante lacuna de tributação, consagrando simultaneamente a regulação que é exigida pela transposição da referida Directiva quanto à transferência de sede da Sociedade Europeia e da Sociedade Cooperativa Europeia.

Com efeito, nos termos do art. 2º, n.º 1 da Directiva 2005/19/CE, até 1 de Janeiro de 2006 torna-se necessário pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento às disposições pertinentes da Directiva relativas à transferência da sede de uma Sociedade Europeia ou de uma Sociedade Cooperativa Europeia, bem como às da alínea a) do anexo da mesma Directiva.

Em consequência, simultaneamente com a transposição desta regulação determinada pela Directiva, procede-se à consagração de um regime específico para a transferência de residência das pessoas colectivas e outras entidades.

O regime proposto estabelece, então, que a mudança de domicílio fiscal (deslocação da sede e direcção efectiva para o estrangeiro) determina a relevância como componentes positivas ou negativas do lucro tributável das diferenças entre os valores de mercado e os valores contabilísticos fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais, à data da cessação, no exercício em que se verifica essa mudança (e consequente cessação de actividade).

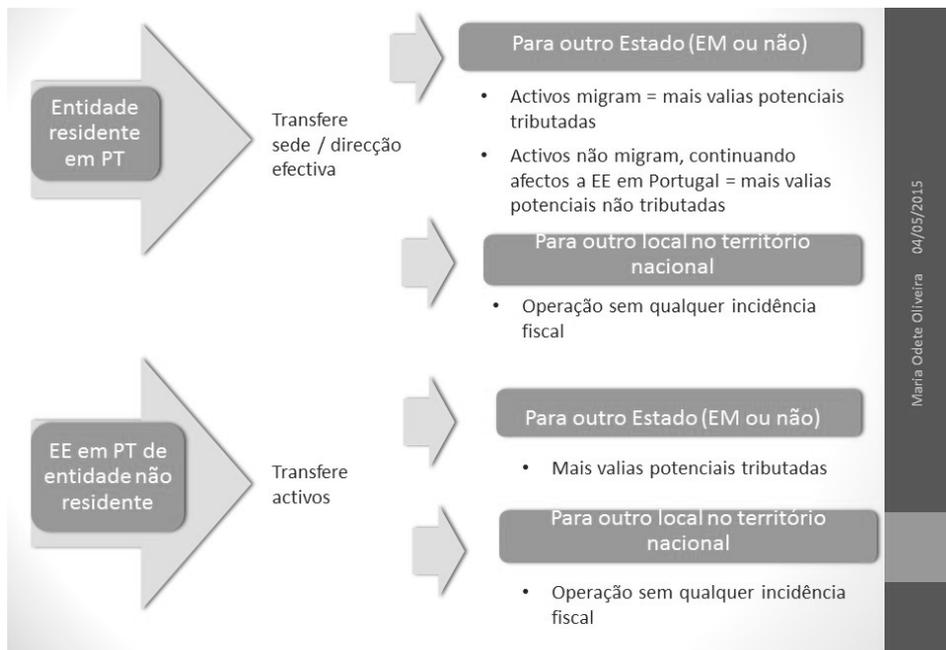
Caso, porém, essa sociedade mantenha em território português um estabelecimento estável a que afecte os elementos patrimoniais e respeite um princípio da continuidade fiscal, não tem lugar a aplicação daquela tributação que é diferida para o momento da cessação de actividade do próprio estabelecimento estável.

Com estas soluções, previnem-se as situações de deslocalizações de empresas por razões fiscais, já que a mudança de domicílio fiscal passará a assumir sempre os contornos de facto tributário relevante”.

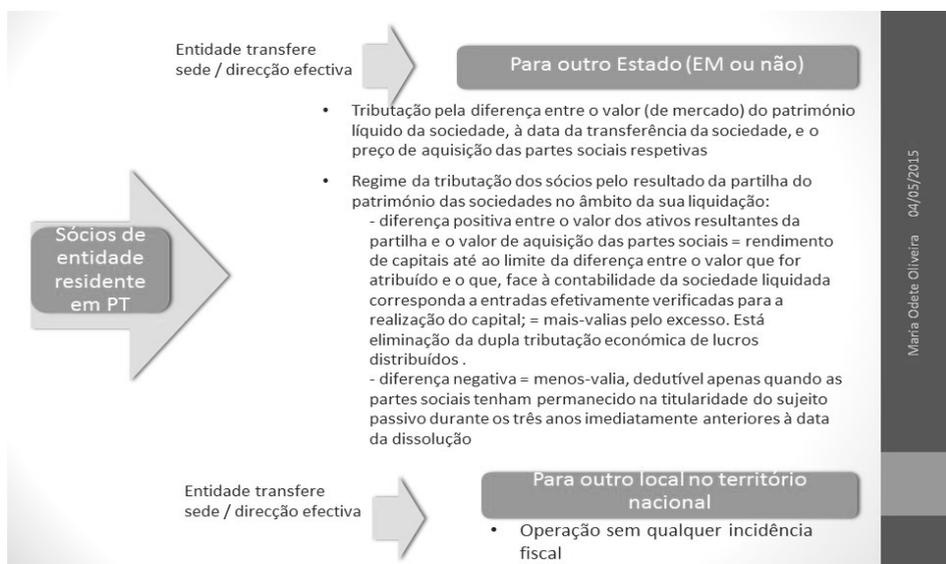
A nova tributação, no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC), vem a estabelecer, a partir de 2006, a tributação das mais valias, ainda que não realizadas, apuradas no momento da transferência da sede da pessoa colectiva para fora do território nacional. A mesma tributação resulta aplicável no caso de transferência parcial ou total, por uma sociedade não residente em Portugal, de activos de um Estabelecimento Estável (EE) situado em território português para outro EM⁵.

⁵ À data, artigos 76º - A, 76º -B e 76º -C do CIRC.

Em termos esquemáticos:



No que toca aos respectivos sócios, pessoas singulares, o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) estabelece a correlativa tributação na sua esfera.



É neste contexto que a Comissão Europeia entende que o regime português comportava um entrave à liberdade de estabelecimento, nos termos antes referidos, com uma tributação transfronteiriça que se não verificava internamente, além de que exigia o respectivo pagamento imediato. Questiona então Portugal sobre a diferença de tratamento entre a tributação de residentes que permanecem em território nacional e residentes que saem para outro EM.

Portugal justifica as medidas com as razões já apontadas, e comuns entre os Estados Membros, e não procede a qualquer alteração, ao que a Comissão Europeia responde com uma acção por incumprimento (artigo 258.º do TFUE), pedindo ao TJUE a condenação de Portugal por não respeito do artigo 49.º do TFUE e do artigo 31.º do Acordo EEE

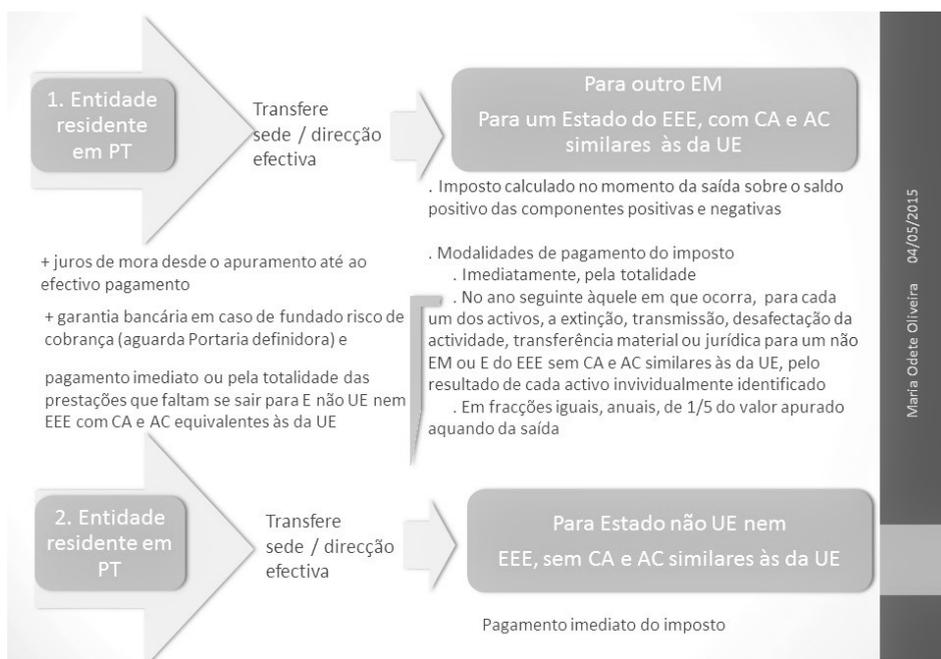
A Decisão do Tribunal de Justiça, seguindo a doutrina do caso *National Grid Indus*, considerou as regras portuguesas como um obstáculo à liberdade de estabelecimento (penalização das situações intracomunitárias em relação às puramente domésticas), rejeitando o argumento da diferença de situações e opinando que a actividade da empresa continuava, só que noutra EM, centrando a sua atenção na mera transferência da sede da sociedade e do local de afectação dos activos. Rejeita a exigência de pagamento imediato do imposto e entende que a legislação nacional deve conceder opção entre pagamento imediato e diferimento de pagamento. Desvaloriza o incumprimento não alargado ao Acordo EEE e ao plano dos sócios das pessoas colectivas, em razão das Conclusões do Advogado Geral Paolo Mengozzi, pelo facto de a notificação da CE a Portugal não referir expressamente o Acordo EEE e não explicitar, claramente, o alcance da infracção à liberdade de estabelecimento imputada a propósito da situação tributária dos sócios.

Ou seja, resultam desconsiderados os argumentos do Estado Português da necessidade de prevenção da evasão fiscal e das dificuldades e encargos administrativos no cálculo do imposto e no acompanhamento dos activos transferidos (pelo facto de possuírem diferentes naturezas e serem muito diferentes e de elevado número). A decisão é a de que as normas violam a liberdade de estabelecimento quando tributam de forma imediata mais-valias não realizadas, podendo existir medidas menos gravosas passíveis de serem adoptadas, como são o diferimento do pagamento; a faculdade de exigência de garantia bancária; a existência de mecanismos de troca de informações e assistência na cobrança; e o parcelamento do pagamento do tributo⁶.

⁶ As possibilidades abertas nas Conclusões do Advogado Geral são a da consagração da opção pelo pagamento diferido da dívida fiscal apurada no momento da

V. AS ALTERAÇÕES APÓS A DECISÃO DO TJUE

Em resultado da Decisão do TJUE, Portugal vem a alterar, em 2013, a sua legislação⁷. No CIRC, os anteriores artigos 76º-A, 76º-B e 76º-C do CIRC deram origem aos “novos” artigos 83º, 84º e 85º estabelecendo-se a diferente disciplina nos termos seguintes, de forma esquemática:

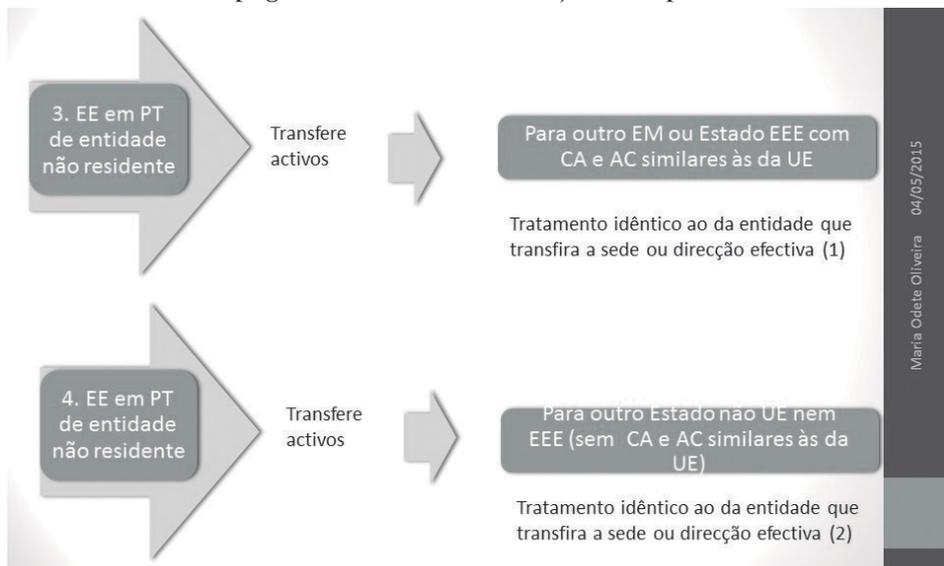


As opções são exercidas na declaração da saída com identificação de cada elemento do activo. A garantia bancária é pelo valor do imposto acrescido de 25%. Exercida a opção, o sujeito passivo deve enviar anualmente, por transmissão electrónica de dados, a declaração com a situação verifica-

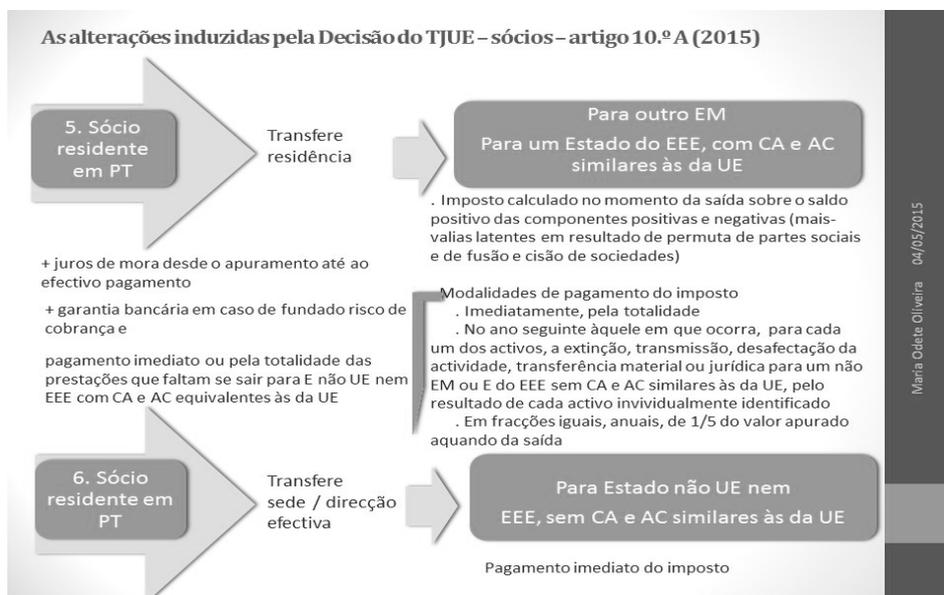
transferência da sede e/ou opção pelo escalonamento do pagamento da dívida fiscal apurada no momento da transferência da sede.

⁷ Todavia, e tendo em conta o caso *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH y Finanzamt Hamburg-Mitte* (TJUE de 23 de Janeiro de 2014, Caso C-164/12), em que o TJUE equipara operações de reestruturação não neutras a transferência de residência, levantando a questão de saber se os regimes de tributação de mais valias latentes resultantes de operações de reestruturação, envolvendo entidades residentes noutros EM da UE, devem prever obrigatoriamente a opção pelo pagamento diferido de imposto e caso o não façam passam a ser consideradas restrições não proporcionadas à liberdade de estabelecimento ou de circulação de capitais, o regime português, que tributa de imediato as mais valias latentes resultantes de operações transfronteiriças não neutras de permutas de acções e entrada de activos, parece continuar a não se conformar com o direito comunitário.

da e, se devido, o pagamento acrescido dos juros respectivos.



Quanto aos sócios, as alterações foram introduzidas conjuntamente com a Reforma operada na tributação do rendimento das pessoas singulares, no Orçamento para 2015.



De forma similar, as opções são exercidas na declaração da saída, com identificação de cada elemento do activo. A garantia bancária é pelo valor do imposto acrescido de 25%. Exercida a opção, o SP deve enviar anualmente, por transmissão electrónica de dados, a declaração com a situação verificada e, se devido, o pagamento acrescido dos juros respectivos.

VI. DOS ACÓRDÃOS DO TJUE, QUE RESPOSTAS?

Da jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça parece poderem retirar-se algumas respostas e muitas dúvidas.

Resulta aceite que a liberdade de estabelecimento engloba liberdade de entrar e sair de um e num EM. Aceites são também os argumentos dos EM que introduziram e mantêm impostos de saída, repousando na repartição equilibrada do poder tributário (aceite com base no princípio de territorialidade aliado a um elemento temporal) e na coerência do sistema fiscal (embora nem sempre de forma conclusiva)⁸.

Dúbios continuam sendo os argumentos da prevenção de *tax fraud* e da prevenção de *tax avoidance*. E dúvidas permanecem também quanto à medida da aceitação do critério da proporcionalidade, quanto à determinação da base tributável (inclusão ou não das perdas posteriores⁹) e quanto à extensão e medida da admissibilidade da exigência imediata do imposto, a qual foi em alguns casos considerada desproporcionada (casos *N* e *Lysterie*), e noutros aceite com diferimento sujeito a condições, condições em que a imposição da prestação de garantia se considerou ora desproporcionada ora aceitável (e o mesmo em relação aos juros se previstos e aplicáveis a operações internas idênticas).

Dúvidas ainda sobre a forma como na jurisprudência europeia são tratadas, nesta sede, a temática das pessoas singulares e a das colectivas. Estabelecida a identidade de tratamento de pessoas singulares e colectivas no contexto da liberdade de estabelecimento no artigo 54.º do TFUE, o TJUE, nos Acórdãos *Cartesio* e *Daily Mail*, estabeleceu diferenças entre pessoas físicas e pessoas colectivas, opinando que as pessoas físicas são sempre pes-

⁸ Momento do apuramento do imposto: Momento da saída? Momento da realização? O TJUE admite a compatibilidade em termos da proporcionalidade do apuramento na saída. Mas internamente é na realização? Situações não comparáveis a justificar diversidade de tratamento?

⁹ A inclusão das perdas posteriormente verificadas não foi aceite em alguns casos, como foi no Caso (*Lasteyrie*), enquanto que em outros elas foram aceites “para uma equilibrada repartição do poder tributário, e para prevenir a dupla tributação e a dupla não tributação (a efectuar pelo EM saída a menos que o EM acolhimento as considere – Caso *N* e já antes no Caso *Marks & Spencer* – pelo menos 1 EM deve considerá-las – ou como efectua-las nesse EM de saída – com recurso à CDT existente? E se não existir CDT?)”

soas enquanto as pessoas colectivas apenas o são em função da respectiva legislação nacional e só existem por ela. Ou seja, em geral o TJUE não estabelece fronteira, equiparando ou separando quando entende apropriado, apenas tendo feito uma correlação entre umas e outras, quanto à liberdade de estabelecimento, no Acórdão *Sevic* (C-378/10, de 12 de Julho de 2012), com aplicação da doutrina *Lasteyrie*, em consonância com o artigo 54.º do TFUE.

E mais dúvidas sobre a definição concreta dos factores ou elementos de conexão para o exercício do poder tributário pelos Estados envolvidos. A saída da sociedade deverá considerar-se cessação de actividade? É que se assim for a questão não terá implicação na liberdade de estabelecimento. Se, porém, ela se mantém, verificando-se mera transferência do local de exercício da mesma, então a temática envolve a liberdade de estabelecimento. É óbvio que, em cada Estado, a questão sempre dependerá da legislação comercial/fiscal aplicável. Mas qual a *lex societatis*? Rege-se a sociedade pela lei do local da sua constituição ou antes pela do local da sua sede ou direcção efectiva? E havendo divergência entre a legislação comercial e a legislação fiscal, como decidir? Como articular os diferentes conceitos de residência fiscal no Estado de partida e no de acolhimento? E como articular as diferenças em termos de definição da matéria colectável, e consequentemente as situações de dupla tributação ou de dupla não tributação? Como operar a valorização dos activos? Como entrar com as flutuações de valor dos activos, aquando da realização? E como tratar as menos valias?

E o recurso às CDT? Se em matéria de *exit taxes* o montante do ganho latente é fixado definitivamente no momento da transferência (quaisquer que sejam a variação do valor posterior dos activos considerados ou as regras de tributação do EM de acolhimento), há que ter em atenção que relativamente às mais valias, o artigo da Convenção Modelo da OCDE atribui ao Estado de residência o direito de tributar a mais valia realizada, nada estabelecendo sobre o seu *quantum*. Contrariamente ao artigo sobre as remunerações, que liga o direito de tributar ao exercício de uma actividade assalariada no território do Estado a quem se atribui este direito, nada está previsto para as mais valias, pelo que o Estado de residência tem direito de tributar conformemente às suas regras de direito interno a integralidade da mais valia realizada aquando da cessão. Em consequência, a dupla tributação da mesma matéria fiscal não será evitada a menos que as regras de tributação no EM de chegada determinem o valor da mais valia a partir do valor que tinham os activos em causa no dia da transferência, ou então se for tomada em consideração a tributação já feita no EM de saída¹⁰.

¹⁰ A preocupação de evitar da dupla tributação é exactamente o objectivo da Resolução adoptada pelo Conselho de Ministros das Finanças de 2008, que se seguiu à Comunicação que a Comissão fez em 2006 para a coordenação dos impostos à saída.

VII. REFLEXÃO FINAL

Depois de tudo isto, e independentemente de todo o dito, a primeira questão que se nos levanta é primária : se estamos num espaço (europeu) que proclama aos quatro ventos a liberdade de circulação de pessoas, de bens e capitais, assim como a liberdade de estabelecimento, então por que razão o facto de uma pessoa mudar de residência deve arrastar uma tributação?

Todavia, e se a única resposta que se nos afigura real é a da necessidade de angariação de receitas, também não podemos pensar que uma completa supressão dos impostos de saída por parte dos EM resulta provável sem a correlativa adopção de medidas destinadas a compensar a perda de receitas consequente, de modo que a solução de uma problemática implicaria o nascimento de outra, certamente de distinta natureza, mas de indubitável repercussão sobre os contribuintes.

A verdade é que, mesmo sem outra justificação, uma vez que nem o Direito Internacional Tributário nem o Direito Comunitário – conforme a interpretação do TJUE – prevêm um princípio em virtude do qual se prescreva, de forma absoluta e categórica, a tributação na emigração, também não resulta neles estabelecida a sua proibição, pelo que seremos conduzidos, na linha das posições comunitárias analisadas, a concluir pela validade da sua exigência, condicionada embora a requisitos que a compatibilizem com aquelas liberdades, isto é com o Direito Comunitário.

Se uma interpretação restrita das liberdades fundamentais parece opor-se à exigência dos *exit taxes*, o princípio fiscal da territorialidade e da equitativa distribuição da competência tributária entre os EM aparecem como argumentos válidos. Aliás, e como se viu, o TJUE não proibiu os impostos de saída em nenhum dos seus acórdãos, não obstante declarar a inadequação de algumas das suas regras de desenvolvimento. No Caso *N* o TJUE aceita, de forma expressa, o argumento da justa repartição de soberania tributária entre os Estados implicados, como justificação válida para os impostos de saída, exigindo apenas que os mesmos respeitem as exigências de proporcionalidade.

E é ainda o TJUE, que admite para a tributação de saída razões “legítimas” no combate à fraude fiscal, quando a respectiva disciplina seja bem delineada para tal objectivo e resulte proporcionada nesse contexto.

Todavia, e não obstante o valioso contributo das decisões do TJUE, a magnitude do problema exige uma actuação europeia concertada, uma disciplina positiva e não um mosaico de disciplinas pela negativa. Porque, pensamos ser indubitável que o que acontece hoje é que, embora

cumprindo as decisões do Tribunal de Justiça, quando caso disso, os EM mantêm os seus impostos de saída, com modalidades, tempos e montantes completamente distintos; o mesmo é dizer, convivemos, ao cabo e ao resto, com um mosaico de *exit taxes*, com repercussões sentidas ao nível da mobilidade societária (e pessoal) que não deveriam coexistir com um Mercado interno. Não resultaram os esforços da Comissão Europeia em tentar estabelecer uma relação dos impostos de saída não só em sede das diversas modalidades que podem apresentar mas também quanto aos fins que os EM visam com a sua exigência. Também não foi grande a valia do contributo do Conselho Europeu, nos termos antes descritos.

Com estas premissas, e com respeito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para acomodar a estrutura e características dos impostos de saída ao direito europeu, pensamos poder, em jeito de conclusão esboçar algumas ideias que reputamos úteis. Limitando-nos aos impostos à saída que recaem sobre ganhos patrimoniais ainda não realizados, salientamos os seguintes aspectos:

- i. É indispensável tratar o tema dos impostos de saída através de uma abordagem coordenada e conjunta das instituições europeias e dos Estados Membros que os envolva em soluções articuladas e não, como até agora tem acontecido, em soluções meramente nacionais, cabendo à Comissão Europeia, na base do princípio da subsidiariedade, propor um instrumento jurídico vinculante, como seria uma Directiva ou um Regulamento. A busca de solução deve ser encontrada com recurso a uma abordagem global, em consonância com o Mercado interno, mais do que numa abordagem por país (*per country approach*);
- ii. Nesse contexto, a mudança de residência deve ser concebida numa perspectiva conjugada nos dois EM envolvidos, o Estado de origem e o Estado de destino, uma vez que a perda da antiga e a aquisição da nova, residência não são factos separados;
- iii. A tributação de saída não deve exigir uma tributação imediata, mas sempre possibilitar o diferimento do respectivo pagamento.
- iv. Da tributação operada com os *exit taxes* não deve resultar nem uma dupla tributação internacional nem uma dupla ausência de tributação. Uma adequada “modelação” das bases tributáveis, na medida do possível, complementada por um tempestivo e efectivo uso dos mecanismos de cooperação administrativa e assistência mútua, de acordo com as Directivas europeias so-

bre a matéria, seriam instrumentos não despiciendos. As CDT, para as quais tem apontado o TJUE, e que também foram reconhecidas neste âmbito pela Comissão Europeia, constituem por definição um instrumento não comunitário¹¹, limitando-se à qualificação de meros acordos ente Estados, pelo que devem ser repensadas nesta temática.

Terminamos com as palavras de Casalta Nabais¹² logo em 2005: “A tributação de saída reclama uma solução racional de compromisso entre a necessidade de eliminar as disparidades fiscais existentes entre os EM e a autonomia destes em sede da sua competência legislativa ou jurisdicional”.

¹¹ Embora estivessem previstas no artigo 293 do antigo TUE, desapareceram no actual TFUE.

¹² “A Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas”, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*. Almedina, Coimbra, 2005.

**LÍMITES DERIVADOS DEL REPARTO
DE LA POTESTAD TRIBUTARIA ENTRE EL
ESTADO CENTRAL Y LOS ENTES SUBCENTRALES
EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

JUAN JOSÉ NIETO MONTERO

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Sumario: *I. Introducción: autonomía y mercado interior. II. Los conflictos entre las normas tributarias infraestatales y el Derecho de la Unión Europea. 2.1. La creación de fronteras interiores. 2.2. La vulneración del Derecho de la Competencia. 2.3. La colisión con las libertades fundamentales. 2.4. La vulneración del Derecho derivado por las Comunidades Autónomas. III. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN: AUTONOMÍA Y MERCADO INTERIOR

El objeto del presente trabajo es el análisis de la incidencia que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el reparto de la potestad tributaria en el ámbito interno de los Estados Miembros, básicamente desde la perspectiva de un ejercicio de poderes tributarios por entes infraestatales que hayan podido chocar con la definición del Mercado Interior, instrumento absolutamente central en la definición de la propia Unión Europea.

Se trata, pues, esencialmente, de la colisión entre dos fuerzas opuestas: por una parte, la tendencia a la centralización y uniformización de legislaciones que mueve a la propia Unión Europea, y –por otra– la tendencia

a la descentralización y separación de legislaciones que se vive en algunos Estados Miembros como consecuencia de movimientos regionales autonomistas o independentistas. En este escenario no resulta extraño que la mayoría de los conflictos actuales tenga como origen normas estatales belgas o españolas, sin perjuicio de que en todos los Estados descentralizados se hayan producido situaciones más o menos dudosas que hayan podido ser resueltas por la jurisprudencia europea.

Esta situación se deriva básicamente de la posible colisión entre dos principios organizativos de la propia Unión, ya que mientras el art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) reconoce la absoluta libertad de cada uno de los Estados Miembros para configurar su organización interna, siendo obligación de los Estados conseguir el cumplimiento del Derecho de la UE, como se deriva del art. 4.3 TUE y como ha sentado la jurisprudencia a través, entre otras, de la STJCE de 2 de octubre de 2003, *Weber's Wine World Handels-HmbH*, que construye dicha sujeción a través de los principios de equivalencia y efectividad¹. No obstante, en previsión de la eventual dificultad de traslación a los entes territoriales, el art. 5 TUE establece expresamente la sumisión de los diversos entes infraestatales al derecho europeo, que por lo tanto devienen obligados, en cuanto parte integrante del Estado, a cumplir la normativa derivada de la Unión con independencia de cualesquiera otro criterios, como también ha sentado claramente la jurisprudencia en resoluciones como la STJCE de de 12 de junio de 1990, *República Federal de Alemania-Comisión*, y el Auto TJCE de 21 de marzo de 1997, *Región Valona-Comisión*².

¹ STJCE de 2 de octubre de 2003, *Weber's Wine World Handels-HmbH*, C-147/01. Expresamente dispone esta resolución que “mientras no existan normas comunitarias [...], corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado regular las modalidades procesales aplicables [...] siempre que, sin embargo, no sean menos favorables que las que regulen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

² STJCE de de 12 de junio de 1990, *República Federal de Alemania-Comisión*, C-8/88 (“incumbe a la totalidad de las autoridades de los Estados miembros, ya sean centrales, federales u otras de índole territorial, garantizar la observancia de las normas del Derecho comunitario dentro del ámbito de sus competencias”). En sentido similar, más matizado, el Auto TJUE de de 21 de marzo de 1997, *Región Valona-Comisión*, C-95/97, que señala que “si bien incumbe a la totalidad de las autoridades de los Estados miembros, ya sean centrales, federales u otras de índole territorial, garantizar la observancia de las normas del Derecho comunitario dentro del ámbito de sus competencias, no corresponde a las Instituciones comunitarias pronunciarse sobre el reparto de competencias establecido por las normas institucionales de cada Estado miembro ni sobre las obligaciones que pueden incumbir a las autoridades del Estado federal ni a las del

Ante la ausencia de medidas directas adoptadas por la Unión, el sometimiento en última instancia de los entes territoriales al Derecho de la Unión depende básicamente de la labor jurisprudencial. Tarea que ha de hacer frente a cuatro posibles vías de colisión entre la normativa tributaria derivada de los entes subcentrales y el Derecho europeo, en la medida en que a través de cualquier norma dichos entes puedan dar lugar a la creación de una frontera interior, a una vulneración de las libertades fundamentales de circulación y establecimiento, al establecimiento de alguna medida que distorsione la libre competencia en el Mercado Interior o, finalmente, a una infracción de las normas o principios del Derecho derivado de la UE.

Tal situación, lógicamente, sólo puede producirse en Estados descentralizados que tengan atribuidas a los entes infraestatales competencias normativas en la materia tributaria susceptibles de incidir en cualquiera de las posibilidades mencionadas. Tal escenario se dará, salvo el último supuesto, con carácter prácticamente exclusivo en el ámbito de la fiscalidad directa, dado el alto grado de armonización existente en la tributación indirecta y que suele implicar la ausencia de competencias normativas.

Por último, aunque el análisis desarrollado en el presente trabajo se centrará básicamente en el ámbito de los entes territoriales de segundo nivel (Comunidades o Regiones Autónomas, Estados federados, etc.), no debe olvidarse que la distorsión puede producirse en cualquier nivel territorial que tenga competencias tributarias y que las ejerza en sentido contrario a alguna de las pautas que se derivan del Derecho de la UE. Por otra parte, también quedarán excluidas del análisis, salvo menciones específicas y puntuales, aquellas entidades infraestatales que por razones de otra índole podrían adoptar medidas que en caso de ser ejercidas por otro tipo de entes darían lugar a conflictos con el Derecho europeo. Nos referimos básicamente a las regiones ultraperiféricas del Unión, que al amparo de sus especialidades pueden ver limitadas las exigencias que derivan del Derecho de la Unión entre otros en el ámbito fiscal, conforme dispone el art. 349 TFUE.

II. LOS CONFLICTOS ENTRE LAS NORMAS TRIBUTARIAS INFRAESTATALES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Como ya hemos indicado, son tres los principales escenarios de discordancia entre las normas tributarias regionales y el Derecho originario de

Estado federado”.

la Unión: la creación de fronteras interiores, la vulneración del Derecho de la competencia y la colisión con las libertades fundamentales. Junto a estos supuestos, pueden existir incumplimientos o distorsiones menores, que supongan una vulneración del Derecho derivado. Nos referiremos a todas estas posibilidades de forma separada y las confrontaremos con la normativa dictada por las Comunidades Autónomas españolas, que utilizaremos a título ejemplificativo y sin ánimo de exhaustividad, dadas las pretensiones y alcance del presente trabajo.

2.1. La creación de fronteras interiores

Cuando nos referimos a la posible creación de fronteras interiores estamos planteando básicamente una limitación a la libre circulación de mercancías en el ámbito de la Unión, pero concretada en la vulneración de la prohibición de tributos aduaneros y exacciones de efecto equivalente contenida en el art. 30 TFUE. En este sentido, si no existe un efecto equivalente al aduanero, una norma que estableciese un tributo que simplemente obstaculizase de algún modo la libre circulación de mercancías entre Estados o regiones, debería ser enjuiciada bajo el prisma de la restricción a la libertad fundamental correspondiente y no desde la perspectiva de la vulneración del art. 30 TFUE, como ha señalado el Tribunal en la STJCE de 23 de abril de 2002, *Niels Nygård*³ o en el Auto TJCE de 8 de octubre de 2002, *Viacom Outdoor SrL*⁴.

Aunque las formalidades y tributos aduaneros se reservan en general a los Estados, cabe la existencia de tributos de entes menores que, sin ser

³ La STJCE de 23 de abril de 2002, *Niels Nygård*, C-234/99 hace referencia a un impuesto que “no está comprendido en la prohibición de exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana de exportación en el sentido de los artículos 9 del Tratado CE (actualmente artículo 23 CE, tras su modificación), 12 del Tratado CE (actualmente artículo 25 CE, tras su modificación) y 16 del Tratado CE (derogado por el Tratado de Ámsterdam). Por el contrario, dicho impuesto puede calificarse de tributo interno discriminatorio, prohibido por el artículo 95 del Tratado CE (actualmente artículo 90 CE, tras su modificación), siempre y cuando las ventajas derivadas del destino de su producto compensen parcialmente la carga que grava los cerdos producidos para ser sacrificados en el Estado miembro de que se trata, desfavoreciendo así a la producción de cerdos destinados a ser exportados vivos a otros Estados miembros”.

⁴ El Auto TJCE de 8 de octubre de 2002, *Viacom Outdoor SrL*, C-190/02, vino a establecer que “la falta de precisión en cuanto al hecho generador del impuesto no permite verificar si éste habría de percibirse por el hecho de atravesar una mercancía una frontera entre Estados miembros, requisito para la aplicación del artículo 23 CE, o si impide u obstaculiza las actividades de un prestador o de un destinatario establecido en un Estado miembro distinto”.

formalmente aduaneros, funcionen en la práctica como tales. Evidentemente, este supuesto sería el más burdo de los posibles conflictos entre normas tributarias infraestatales y el Derecho europeo y, por lo tanto, el más sencillo de detectar y atajar. Tal vez por eso han requerido una menor atención por parte de la jurisprudencia del TJUE, que no obstante ha sentado una doctrina clara al respecto. Así, en la STJCE de 9 de agosto de 1994, *Lancry y otros*, el Tribunal establece que “un tributo proporcional al valor en aduana de los bienes, percibido por un Estado miembro sobre todas las mercancías introducidas en una región de su territorio, constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la importación, no sólo en tanto en cuanto grava las mercancías introducidas en esta región procedentes de otros Estados miembros, sino también en la medida en que se percibe sobre las mercancías introducidas en dicha región procedentes de otra parte de ese mismo Estado”⁵. En un sentido similar pueden verse, referidas a tributos de tipo infrarregional o municipal, la STJCE de 14 de septiembre de 1995, *Simitzi*⁶, y la STJCE de 9 de septiembre de 2004, *Carbonati Apuani SrL c/ Comune di Carrara*⁷.

En otras palabras, como afirma la STJCE de 7 de diciembre de 1995, *Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta y Ayuntamiento de Ceuta*, el Derecho de la UE “se opone a que un Estado miembro recaude un arbitrio que, aunque presente la apariencia de un tributo interno, esté en realidad configurado de tal modo que, ya por el tenor de las normas que lo

⁵ STJCE de 9 de agosto de 1994, *Lancry y otros*, C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 y C-411/93.

⁶ STJCE de 14 de septiembre de 1995, *Simitzi*, C-485/93 y C-486/93. Según esta resolución, relativa a ciertos tributos de tipo municipal aplicables en el Dodecaneso, “un tributo *ad valorem* percibido por un Estado miembro sobre las mercancías importadas de otro Estado miembro por su entrada en una región del territorio del primer Estado miembro constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la importación, aunque grave igualmente las mercancías introducidas en dicha región procedentes de otra parte del territorio de ese mismo Estado y aunque las mercancías exportadas desde dicha región sean también gravadas por un tributo *ad valorem*”. De igual modo, señala que “un tributo *ad valorem* percibido por un Estado miembro sobre las mercancías exportadas a otro Estado miembro por su salida de una región del territorio del primer Estado miembro constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la exportación, aunque grave también las mercancías que salen de esta región con destino a otra parte del territorio de ese mismo Estado”.

⁷ STJCE de 9 de septiembre de 2004, *Carbonati Apuani SrL c/ Comune di Carrara*, C-72/03: “un impuesto proporcional al peso de una mercancía, percibido solamente en un municipio de un Estado miembro y que grava una categoría de mercancías por el hecho de que éstas son transportadas fuera de los límites territoriales del municipio, constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la exportación en el sentido del artículo 23 CE, con independencia de que el impuesto grave también aquellas mercancías cuyo destino final se halle en el interior del Estado miembro de que se trate”.

imponen, ya por el modo en que lo aplique la Administración, grave los productos importados o determinadas categorías de dichos productos, con exclusión de los productos locales de la misma categoría”⁸. Además, no resulta determinante en dicha configuración la finalidad del tributo o el destino de las cantidades recaudadas, como indica claramente el Tribunal en la STJCE de 21 de junio de 2007, *Comisión/Italia*⁹. Por otra parte, no debe perderse de vista que no todo gravamen va a producir el efecto equivalente prohibido, puesto que como ha indicado el Tribunal, “un gravamen que constituya la retribución de un servicio efectivamente prestado al operador económico que esté obligado a pagar dicho gravamen, de un importe proporcionado al referido servicio, no constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana”¹⁰.

Desde la perspectiva específica de las Comunidades Autónomas españolas, parece poco probable, analizando las competencias normativas autonómicas, la posibilidad de creación de fronteras fiscales interiores, en el sentido más estricto del término. Además, tanto la normativa europea como la propia dicción constitucional son lo suficientemente claras como para sostener la práctica imposibilidad de que se produzca tal situación. Lógicamente, en caso de establecerse por alguna Comunidad Autónoma (o por un Territorio Histórico del País Vasco) un tributo propio que pudiese considerarse como una exacción de efecto equivalente, dicho tributo debería ser expurgado del ordenamiento tanto por imperativo constitucional como por exigencias del TFUE, siguiendo la línea de las resoluciones citadas.

2.2. La vulneración del Derecho de la Competencia

Como resulta sabido, uno de los fundamentos básicos del Mercado Interior es la prohibición de la introducción por parte de los Entes Públicos de cualquier tipo de distorsión en la libre competencia entre empresas. A tal fin, los art. 107 y ss. TFUE regulan el régimen de prohibición de ayudas es-

⁸ STJCE de 7 de diciembre de 1995, *Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta y Ayuntamiento de Ceuta*, C-45/94.

⁹ STJCE de 21 de junio de 2007, *Comisión/Italia*, C-173/05. En ella afirma expresamente que “las exacciones de efecto equivalente están prohibidas con independencia de cualquier consideración relativa a la finalidad para la que se hayan establecido así como del destino de los ingresos que producen”.

¹⁰ STJCE de 9 de septiembre de 2004, *Carbonati Apuani SrL c/ Comune di Carrara*, citando en su apoyo las sentencias de 26 de febrero de 1975, *Cadsky*, C-63/74, de 9 de noviembre de 1983, *Comisión/Dinamarca*, C-158/82, y de 22 de abril de 1999, *CRT France International*, C-190/98.

tatales a las empresas, disponiendo que “salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. De dicho régimen sólo estarán excluidas (y serán por tanto compatibles con el Derecho de la Unión) las ayudas que respondan a alguno de los motivos contemplados en los apartados 2.º y 3.º del art. 107 TFUE o que no alcancen el importe “de minimis” establecido por la normativa de desarrollo¹¹.

Ante la existencia de ayudas, el TFUE y sus normas de desarrollo¹² contemplan un régimen jurídico completo que va desde la necesidad de la notificación de la ayuda con carácter previo a su adopción hasta su posible consideración como incompatible y la obligación consiguiente de devolución. No procede en este punto un análisis de dicho régimen jurídico, pues excede el objeto del presente trabajo, que sólo exige detenerse en algunos aspectos conceptuales de las ayudas de Estado para delimitar su aplicación al ámbito de los entes territoriales menores.

En este sentido, puede partirse del establecimiento por parte de la jurisprudencia de las exigencias que debe cumplir una norma para ser calificada como ayuda estatal incompatible. Así, la STJCE de 15 de junio de 2006, *Air Liquide Industries Belgium SA*, determinó que los requisitos que deben darse son “la financiación de tal medida por el Estado o mediante recursos estatales, la existencia de una ventaja para una empresa, la selectividad de la citada medida, así como la repercusión de esta última sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros y la distorsión de la competencia resultante de ésta”¹³.

¹¹ Cfr. Reglamento 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis*. Esta norma establece con carácter general el importe de 200.000 euros para una misma empresa por un mismo Estado en un período de tres años, si bien existen importantes excepciones al mismo.

¹² Fundamentalmente constituida por el Reglamento 1407/2013, de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis*; el Reglamento 651/2014, de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado; y el Reglamento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE (modificado por el Reglamento (UE) n.º 734/2013 del Consejo, de 22 de julio de 2013).

¹³ STJCE de 15 de junio de 2006, *Air Liquide Industries Belgium SA*, C-393/04 y C-41/05.

De estos requisitos interesan, a los efectos del presente trabajo, básicamente dos: el relativo a la referencia a recursos estatales y el de la selectividad de la medida. Con relación al primero, y descontado el hecho de que las medidas tributarias pueden considerarse como susceptibles de generar una ayuda, aunque no supongan un trasvase directo de fondos estatales¹⁴, la cuestión se centra básicamente en la concreción de si los beneficios fiscales otorgados por un ente infraestatal se pueden entender como otorgados “por el Estado o mediante recursos estatales”. A esta cuestión ha respondido de modo afirmativo la jurisprudencia, entre otras, en la propia STJCE de 15 de junio de 2006, *Air Liquide Industries Belgium SA*¹⁵, así como en las que más directamente van a ser objeto de nuestra atención en los párrafos siguientes.

Por lo tanto, la cuestión se centra en nuestra opinión en el alcance que se debe dar a la noción de selectividad. Esta exigencia quiere decir simplemente que para calificar como ayuda de Estado a una medida, ésta “debe beneficiar a un subconjunto de empresas, las cuales tienen que tener una situación jurídico-económica comparable a la del resto”¹⁶, lo cual excluye de esta noción a las medidas que afecten al total de empresas.

Y es aquí donde surge el quid de la cuestión relativa a las ayudas de Estado territoriales, puesto que por definición el ámbito al que se aplican no es el general de las empresas de un Estado Miembro, sino las de alguno de sus entes territoriales. En ese sentido, al margen de la selectividad material, la Comisión Europea entendía tradicionalmente que una norma que establecía un beneficio fiscal en un ámbito territorial inferior al del Estado, generaba inmediatamente un supuesto de selectividad territorial, lo que suponía de forma automática el cumplimiento de uno de los requisitos exigidos para ser calificada como ayuda de Estado incompatible.

Pero es precisamente en este terreno de la selectividad territorial donde la labor del TJUE ha supuesto un cambio radical de esta concepción en tiempos relativamente recientes, básicamente en la última década. El

¹⁴ Cfr., entre otras, las sentencias TJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, de 15 de julio de 2004, *España/ Comisión*, C-501/00, de 15 de diciembre de 2005, *Italia/Comisión*, C-66/02 y de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros*, C-222/04.

¹⁵ En concreto, señala esta resolución que “la exención de un impuesto municipal o provincial [...] puede calificarse de ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE”.

¹⁶ L. GARCÍA GUIJO (2012), “Las Ayudas de Estado en la Unión Europea: Concepto, Requisitos e Implicaciones”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.21, n.º 2, pág. 102.

inicio de la nueva línea jurisprudencial debe fijarse en la STJCE de 6 de septiembre de 2006, *Portugal-Comisión*¹⁷, relativa al régimen fiscal del archipiélago de los Azores. Los criterios sentados en dicha sentencia han sido utilizados para resolver diversos conflictos generados sobre normas tributarias del País Vasco¹⁸, Gibraltar¹⁹ y Cerdeña²⁰.

¹⁷ STJCE de 6 de septiembre de 2006, *República Portuguesa/Comisión de las Comunidades Europeas*, C-88/03.

¹⁸ STJCE de 11 de septiembre de 2008, *UGT de La Rioja*, C-428/06 a C-434/06. Nuestra opinión en torno a esta sentencia puede verse en J. J. NIETO MONTERO (2008), “La normativa tributaria foral vasca y la recepción de la Sentencia Azores: crónica de un final anunciado. A propósito de la STJCE de 11 de septiembre de 2008”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 17. n.º 1, pág. 175-204. También pueden verse los trabajos de I. MERINO JARA (2009), “Ayudas de Estado y poder tributario foral”, *Hacienda Canaria*, n.º 27, pág. 103-123; y S. LARRAZÁBAL BASÁNEZ (2009), “Los retos del Concierto Económico Vasco tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de Septiembre de 2008”, *Academia Vasca de Derecho-Boletín JADO*, n.º 17, pág. 37-84. Asimismo, como referiremos posteriormente, ha analizado normas tributarias dictadas por los entes territoriales vascos la STJUE de 9 de junio de 2011, *Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión*, C-465/09P a C-470/09P.

¹⁹ STPIUE de 18 de diciembre de 2008, *Government of Gibraltar/Comisión*, T-211/2004 y T-215/2004. Esta sentencia ha sido anulada –sin afectar por ello a los criterios sobre selectividad territorial– por la STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Comisión/Government of Gibraltar*, C-106/09P y C-107/09P. Sobre la traslación de los criterios de Azores al caso de Gibraltar, véase LUJA, R.H.C. (2007), “Tax Related Difficulties of State Aid Rules”, en *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law* (dir. LANG/VANISTENDAEL), EATLP/IBFD, 2007, pág. 91. Sobre la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, *vid.* E. GARCÍA AGUADO y J. J. PIERNAS LÓPEZ (2009), “Comentario de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 en los asuntos acumulados T-211/2004 y T-215/2004, Gobierno de Gibraltar c. Comisión de las Comunidades Europeas”, *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, n.º 8, pág. 91-106; N. PUEBLA AGRAMUNT (2010), “El TPI confirma que Gibraltar cuente con un régimen tributario propio y diferente del británico sin que ello signifique una ayuda de Estado incompatible con el Tratado (Comentario de la STPI - Sala tercera ampliada - de 18 de diciembre de 2008, As. T-211/04 y T-215/04)”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 308, pág. 139-145; y V. HERNÁNDEZ GUERRERO (2004), “Aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a regímenes tributarios: reflexiones al hilo de los casos gibraltareños”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 19, pág. 869-903.

²⁰ STJUE de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei ministri/Regione Sardegna*, C-169/08. También ha enfocado normativa sarda la STGUE de 20 de septiembre de 2011, *Regione autonoma della Sardegna y otros/Comisión*, T-394/08, T-408/08, T-453/08 y T-454/08, que a pesar de ser posterior en el tiempo tiene su origen en normas y hechos anteriores. Esta sentencia ha sido ratificada por la STJUE de 13 de junio de 2013, *HGA srl y otros/ Comisión*, C 630/11P a C 633/11P. En este segundo caso, se trata de ayudas de Estado parcialmente ilegales e incompatibles por haberse excedido la norma de la autorización concedida por la Comisión y que tenía su origen en la eventual selectividad territorial existente. Creemos importante hacer notar que una vez que en la Sentencia de 2009 se ha venido a reconocer la superación por parte de Cerdeña del

En este pronunciamiento, el Tribunal analiza por primera vez de modo directo la compatibilidad de las medidas infraestatales en el marco del Derecho europeo de la competencia, rompiendo la aplicación inmediata de la ecuación formulada por la Comisión conforme a la cual el régimen tributario específico de un ente infraestatal implicaba la existencia de un régimen selectivo.

Debe partirse de la existencia de tres posibles escenarios a considerar ante una norma que establezca un beneficio fiscal en un determinado territorio y su calificación como ayuda de Estado. El primer supuesto sería el de una decisión del gobierno central que estableciese ese régimen más favorable en una zona del territorio. En tal caso, sería clara la existencia de selectividad territorial, ya que al tratarse de una norma dictada por el gobierno central, no cabe otro marco de referencia que el conjunto del territorio estatal.

La segunda opción posible sería la que podría denominarse como “autonomía simétrica”, en la que las competencias tributarias se encontrasen distribuidas de forma homogénea entre todas las entidades infraestatales de un mismo nivel, que gozarían de libertad para establecer el tipo de gravamen que considerasen adecuado dentro de su territorio. En este supuesto no cabe alcanzar conclusión alguna sobre la selectividad territorial de las normas, en la medida en que no existe la que podría denominarse como “tributación normal” de la que se puedan apartar las normas regionales.

El tercer escenario previsto por la sentencia es el que podríamos denominar como de “autonomía asimétrica”. Se trata del supuesto de que algún ente infraestatal establezca la norma tributaria favorable, en el ejercicio de una competencia propia de la que no disponen las demás entidades de idéntico nivel en el territorio del Estado. En este caso el Tribunal considera que la clave del asunto se encuentra en el efectivo grado de autonomía de que gocen los entes infraestatales en cuestión. Así, si se puede afirmar que la medida fiscal más favorable ha sido introducida en cualquier modo por el Estado, habrá de considerarse que estamos ante un caso de medida selectiva y, por ello, contraria a las pautas del Derecho de la Unión. Por el

triple test de autonomía, tal vez el conflicto que dio origen a la sentencia de 2011 no se habría producido en los mismos términos, pues la eventual ausencia de selectividad territorial podría haber permitido enfocar el tema sólo desde la perspectiva de una eventual selectividad material o sectorial, cuya valoración no resulta posible por la ausencia de datos en la sentencia comentada. Sobre la incidencia de estos y otros planteamientos jurisprudenciales en Italia, véase P. MASTELLONE (2012), “Fiscal Federalism: A Response of Contemporary European Democratic Nations to the Global Economic Crisis”, *European Taxation*, July, pág. 335-345, en especial pág. 341-343.

contrario, si la medida escapa totalmente de la competencia estatal, tanto en su adopción como en sus consecuencias, no podrá considerarse selectiva.

Por lo tanto el TJUE establece –siguiendo las conclusiones de la Abogada General– que el razonamiento que debe seguirse es el siguiente: no podrá considerarse que una norma es selectiva cuando sea adoptada por un ente que “desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas”, lo cual implica básicamente que la medida no será selectiva si es adoptada por “una entidad infraestatal [que] cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central” en la determinación del régimen jurídico aplicable a las empresas. Si este requisito se cumple, entonces el ámbito territorial en el que debe medirse la selectividad de la norma discutida no será el territorio nacional, sino el de ese ente infraestatal.

Sentada esta conclusión, la cuestión clave pasa por determinar cuándo un ente tiene un grado de autonomía como el descrito. Y en este punto, la STJCE a la que nos referimos ha venido a establecer un criterio relativamente claro, conocido posteriormente como el triple test de autonomía, que consiste en entender que el ente será lo suficientemente autónomo cuando cuente con autonomía institucional (la entidad que adopta la medida cuenta con un estatuto constitucional, político y administrativo propio independiente del Gobierno central)²¹, autonomía procedimental (las normas se adoptan sin que el Gobierno central pueda intervenir directamente en su contenido, tanto desde un punto de vista formal como material) y autonomía económica (las consecuencias económicas de la medida no recaen sobre el Gobierno central, de modo directo o indirecto –compensación a través de fondos, subvenciones, etc.–).

En definitiva, “para el Tribunal de Justicia resultará que, a mayor grado de autonomía, menores probabilidades tendrá la medida de ser considerada contraria al art. 87 TCE, siempre y cuando la medida de que se trate no introduzca adicionales elementos que la hagan selectiva”²².

²¹ A juicio de la doctrina, no es necesario que la autonomía en cuestión sea de corte federal, bastando cualquier autonomía institucional. Además, no será necesario que esa autonomía permita construir un “sistema” tributario propio completo, sino simplemente bastará que el ente en cuestión pueda definir normativa tributaria propia. C. GARCÍA NOVOA (2006), “La sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, n.º 1, pág. 232-233.

²² J. M. CALDERÓN CARRERO y V. RUIZ ALMENDRAL (2006), “Autonomía Financiera de las CC.AA. vs. Derecho Comunitario (la doctrina del TJCE en el caso Azores)”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 17.

Esto es, habrá que añadir, lógicamente, que en el propio ámbito territorial que ahora actúa como referente, la medida no sea a su vez selectiva, sino que se aplique por igual a todos los operadores establecidos y a todos los bienes producidos en dicho territorio²³.

Sentados en estos términos los criterios, el TJUE ha continuado manteniendo su aplicación posteriormente a diversas situaciones, si bien con conclusiones diferentes en los distintos supuestos, como hemos señalado. Una de las principales cuestiones que han aportado los pronunciamientos posteriores ha sido –con relación al caso del País Vasco– la relativa a la consideración del requisito establecido por el Tribunal de que el ente territorial “desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas”. En concreto, con relación a dicha cuestión el TJUE ha dejado claro que no se trata ni de un requisito previo que deba superarse de cara a la aplicación del triple test de autonomía ni de una exigencia adicional, sino que es en realidad una consecuencia. Así, en la STJCE de 11 de septiembre de 2008, *UGT de La Rioja*, el Tribunal ha indicado que “cuando una entidad infraestatal es suficientemente autónoma, es decir, cuando dispone de autonomía institucional, de procedimiento y económica, desempeña un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas. Ese papel fundamental es consecuencia de la autonomía y no un requisito previo de ésta”.

Por su parte, en lo referido al régimen fiscal de Gibraltar, la jurisprudencia no supuso avance conceptual alguno, puesto que se resolvió el conflicto, en última instancia, a través de la consideración de las normas como materialmente selectivas, lo que exoneró al TJUE de entrar en la posible selectividad territorial, aunque el Tribunal de Primera Instancia había considerado que Gibraltar superaba el test de autonomía²⁴.

²³ J-D. BRAUN y J. KÜHLING (2008), “Article 87 EC and the Community Courts: from Revolution to Evolution”. *Common Market Law Review*, n.º 45, pág. 480.

²⁴ La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008, *Government of Gibraltar/Comisión*, se refiere al régimen tributario de sociedades establecidas en Gibraltar, formado por un impuesto sobre el número de empleados, otro sobre la superficie ocupada y la tasa de registro. Además, para ciertas actividades se preveía un impuesto adicional sobre los beneficios. Sin embargo, se preveía que no se tributaría en los dos primeros impuestos hasta que se obtuviesen beneficios y que la tributación máxima conjunta por ambos quedaría limitada al 15%. La Comisión consideró que se trataba de una ayuda incompatible por existir selectividad territorial. No obstante, el Tribunal aplicó los criterios de Azores y estableció el cumplimiento de los tres requisitos de autonomía, sin que se apreciase selectividad en el marco de referencia Gibraltar. Sin embargo, el TJUE casa la sentencia (STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Comisión/ Government of Gibraltar y otros*), admitiendo que la vinculación a la obtención de beneficios y el límite del 15% no son selectivos en cuanto es el régimen general, pero resulta

Sin embargo, el otro gran avance jurisprudencial en la materia se ha producido al analizar el impuesto sardo sobre escalas turísticas de aeronaves y embarcaciones de recreo, que afectaba de modo exclusivo a los no residentes. Aunque la calificación del mismo desde el punto de vista de la vulneración de las libertades fundamentales habría sido muy sencilla, el TJUE lo califica doblemente como ayuda de Estado incompatible y como restricción a la libre prestación de servicios. En este sentido, debe destacarse que en la STJUE de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei ministri/Regione Sardegna*, el razonamiento empleado para determinar la existencia de una discriminación no justificada en la libertad de prestación de servicios se usa para determinar la existencia de una ventaja fiscal selectiva, y por tanto una ayuda de Estado, poniendo de relieve la intersección conceptual entre ambas nociones.

Creemos que este planteamiento puede implicar, en el futuro, que una misma norma pueda ser enjuiciada por ambas vías en múltiples casos, lo que permitirá, por ejemplo, que una norma dictada por un ente suficientemente autónomo en el sentido de la sentencia Azores y que no sería, por lo tanto, calificable como ayuda incompatible, pueda ser considerada contraria al Derecho de la Unión por la vía de las libertades. Estamos, pues, ante la posibilidad de que la selectividad territorial pueda volver a apreciarse, si bien a través de un enjuiciamiento diferente y con unas consecuencias jurídicas muy distintas en un caso y en el otro²⁵.

Una vez delimitada la elaboración jurisprudencial, corresponde plantearnos la posible traslación a las Comunidades Autónomas españolas de las consecuencias derivadas de estos pronunciamientos. Al respecto, cabe distinguir tres posibles situaciones, según la Comunidad que adoptase la medida.

En primer lugar, si la medida selectiva fuese adoptada por los órganos de una Comunidad Foral parece indiscutible que la superación del triple test es clara. Es cierto que algunos autores han mostrado reticencias sobre la eventual definición del marco territorial de referencia establecido por el TJUE (territorios históricos más Comunidad Autónoma del País Vas-

“beneficioso” para las sociedades extraterritoriales, que no tienen empleados ni locales, por lo que existe selectividad material, sin que se pueda justificar por la naturaleza y estructura del sistema fiscal.

²⁵ Véase al respecto, por todos, L. GARCÍA GUIJO (2013), “Las ayudas de Estado de naturaleza fiscal en la realización del mercado interior. Breve aproximación a la relación entre las ayudas de Estado y las libertades de circulación”, *Jornadas sobre Mercado Interior y Derecho de la Unión Europea*. Documentos. Instituto de Estudios Fiscales, n.º 15.

co)²⁶ –opinión que no compartimos y que ha sido rechazada por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y del Tribunal Supremo²⁷–, pero que en todo caso decaería en el caso de la Comunidad Foral de Navarra. En estos casos entendemos que no habría selectividad regional por comparación con el resto del territorio estatal, lo que sin embargo no impediría la existencia de selectividad material o incluso territorial dentro del propio marco de referencia, como por otra parte ha venido a confirmar el TJUE sentencia de 9 de junio de 2011, *Territorio histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya/Comisión*²⁸.

En segundo lugar debe plantearse qué ocurriría ante la adopción de una medida similar por la Comunidad Autónoma de Canarias. En este caso la doctrina entiende que la Comunidad no superaría el triple test de Azores²⁹ y sus normas no podrían ampararse en la inexistencia de selectividad territorial, aunque quedarían a salvo de la eventual incompatibilidad con el TFUE en virtud de la consideración como región ultraperiférica, situación aceptada de modo unánime y que justifica el Régimen Especial Canario.

Por último, si la medida que puede calificarse como regionalmente selectiva la adopta una de las Comunidades de Régimen Común, aplicando el triple test de Azores, y a pesar de algunas opiniones doctrinales en con-

²⁶ V. RUIZ ALMENDRAL (2012), “Poder financiero foral y Unión Europea: apunte de problemas pendientes”, en VV.AA. *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional: retos y desafíos* (coord. GORDILLO PÉREZ), Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pág. 170.

²⁷ Cfr. SSTSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2008. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de abril de 2012 resuelve con claridad estimando que el ente conformado por los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco supera los tres elementos exigidos por el test de Azores. No obstante, debe tenerse presente la existencia de tres votos particulares a dicha Sentencia. De hecho, el TS señala que “la Sala de lo Contencioso sigue en este punto la interpretación sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que vincula a los órganos jurisdiccionales internos, incluyendo al Tribunal Supremo”, por lo que no pueden prosperar las alegaciones en contra de dicha definición del ente de referencia.

²⁸ Esta resolución vino a considerar las conocidas como vacaciones fiscales vascas como ayuda de Estado incompatible con el Mercado Interior. Sin embargo, con relación a dicho pronunciamiento, coincidimos con García de Pablos al entender que no supone cambio alguno de criterio, dado que las medidas enjuiciadas resultaban selectivas dentro del ámbito territorial a considerar. GARCÍA DE PABLOS, J.F. (2011), “Las ayudas fiscales de las Diputaciones Forales vascas como posibles ayudas de Estado. Comentario a la STJUE de 9 de junio de 2011”, *Tribuna Fiscal*, n.º 253, pág. 16-17.

²⁹ C. PORTUGUÉS CARRILLO (2006), “El criterio de selectividad en las ayudas fiscales regionales: análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 sobre el Régimen Fiscal de las Islas Azores y su relevancia para el Régimen Económico-Fiscal de Canarias». *Hacienda Canaria*, n.º 17/2006, pág. 199.

tra, creemos que debe concluirse que –fundamentalmente por no superar el criterio de la autonomía económica, aunque también en cierto modo la procedimental– no cumplen con los requisitos para su superación y, por lo tanto, el marco de referencia a tomar en consideración sería todo el territorio español, por lo que no cabría otra opción que afirmar la existencia de selectividad regional y, por ende, la incompatibilidad con el TFUE³⁰.

Asimismo debe reseñarse que existen importantes dudas sobre la capacidad de las Comunidades de Régimen Común para crear situaciones calificables de ayudas de Estado, en la medida en que ostentan escasas competencias tributarias sobre empresas. Sin embargo, consideramos, junto a otros autores, que existe dicha posibilidad, tanto a través de los impuestos propios autonómicos³¹ como incluso del ejercicio de competencias normativas sobre tributos cedidos (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –IRPF– e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –ISD–). De hecho, si se aplicase la conceptualización que el TJUE ha utilizado con relación a las normas sardas en la sentencia STJUE de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei ministri/Regione Sardegna*, muy probablemente cualquier tipo de beneficio fiscal que pueda establecer una Comunidad en dichos tributos y que se vincule a la residencia en su territorio, podría ser enfocada desde el régimen de las ayudas de Estado incompatibles con el TFUE, y dado que el ente no superaría el test de autonomía, dichas medidas podrían ser declaradas finalmente como incompatibles. Evidentemente, y tal vez con

³⁰ En sentido similar, M. A. CAAMAÑO ANIDO (2007), “La reducción del tipo de gravamen en el IRPF por parte de la Comunidad de Madrid: una medida posiblemente contraria al Derecho comunitario”, *Impuestos*, I, pág. 355 y ss.; B. PÉREZ BERNABÉU (2010), “Cumplimiento por las Comunidades Autónomas de los requisitos de autonomía enunciados por el TJCE en el caso Azores a la luz del nuevo sistema de financiación autonómica”, *Quincena Fiscal*, n.º 14, pág. 84; E. MANZANO SILVA (2009), “Ayudas de Estado de carácter fiscal: régimen jurídico”, *Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria*, n.º 55, pág. 34; y S. MORENO GONZÁLEZ (2011), “La prohibición general de ayudas de Estado y el poder tributario de las Comunidades Autónomas de régimen común: ¿es aplicable la jurisprudencia Azores?”, *Impuestos*, n.º 14, pág. 17 a 20 de la versión electrónica. Muy contundentemente, dudando incluso de la superación de estos requisitos por las comunidades forales, V. RUIZ ALMENDRAL, “Poder financiero foral y Unión Europea: apunte de problemas pendientes”, *op. cit.*, pág. 174 y siguientes, en especial, la 177.

³¹ Así, con relación a los impuestos sobre emisiones contaminantes, apuntan en esta dirección A. ANTÓN ANTÓN y I. BILBAO ESTRADA (2009), “La coordinación del régimen de comercio de derechos de emisión y los impuestos autonómicos sobre emisiones atmosféricas: ¿un supuesto de ayuda de Estado ilegal no compatible”, *Crónica Tributaria*, n.º 133, pág. 7-58; y con relación a los denominados cánones eólicos o los impuestos sobre bolsas de plástico, entre otros, A. MARTÍN JIMÉNEZ (2012), “La prohibición de ayudas de Estado y los impuestos directos: ¿evolución, revolución, ... o, simplemente, intervención?”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 155, pág. 13.

menor complejidad, dichas normas también podrían ser enfocadas desde la perspectiva de la eventual lesión de alguna de las libertades fundamentales.

2.3. La colisión con las libertades fundamentales

Como hemos señalado, la tercera vía de colisión entre las normas tributarias de los entes subcentrales y el Derecho de la Unión viene de la mano de la posible vulneración de las libertades fundamentales de circulación y establecimiento enumeradas en el art. 26.2 TFUE. Estas libertades, que pretenden garantizar el Mercado Interior, exigen que las normas tributarias respeten el principio de neutralidad, de modo que se eviten cualesquiera distorsiones en las decisiones de los agentes económicos que deriven de los sistemas tributarios, salvo que resulten justificadas y proporcionadas. Bien es cierto que dicho objetivo aún dista de ser alcanzado, especialmente en el ámbito de la fiscalidad directa, ya que es un campo que siendo competencia de los Estados miembros, aunque estos deben ejercerla respetando el Derecho de la Unión, como ha señalado reiterada jurisprudencia³². No obstante, es este sector del ordenamiento tributario el que ha sido objeto de especial atención por parte de la jurisprudencia del TJUE.

Por otra parte, esta labor jurisprudencial ha dejado tradicionalmente al margen las normas infraestatales, en la medida en que en buena parte de los supuestos la restricción o discriminación que se producían tenía la consideración, para el Tribunal, de cuestión meramente interna. Además, dado que en la mayoría de las Constituciones existen normas que garantizan el mercado interior en cada uno de los Estados Miembros, el Tribunal no ha considerado necesario entrar en dichas cuestiones. No obstante, creemos, como ya dijimos en otra ocasión que

“como cuestión pendiente en el desarrollo del Mercado Interior desde la perspectiva de las eventuales vulneraciones de las libertades comunitarias está la a nuestro juicio necesaria superación de la distinción entre situaciones meramente internas y aquellas otras en las que se encuentra implicado algún elemento de extranjería. Entendemos que sólo se podrá hablar de un Mercado Interior cuando desde los máximos garantes del mismo (Comisión y TJUE, fundamentalmente) sea posible incidir en todas las distorsiones que se produzcan en dicho ámbito. Sería necesario, si no un mecanismo de acción directa, sí la posibilidad de exigir a los Estados la corrección de esas situaciones «puramente internas», más allá de los eventuales mecanismos constitucionales que en cada

³² Cfr., por ejemplo, las STJCE de 11 de agosto de 1995, *Wielockx*, C-80/94 y de 15 de julio de 2004, *Weidert y Paulus*, C-242/03.

uno de los Estados miembros existan. Siendo conscientes de sus dificultades, el paso ha sido dado por el TJUE en el marco de la consideración de las normas regionales como ayudas de Estado y entendemos que es inexcusable que se extienda al resto de las eventuales colisiones entre ordenamientos regionales y Derecho de la Unión”³³.

En esta línea, algunos pronunciamientos relativamente recientes del TJUE parecen apuntar hacia esta superación de la idea de cuestiones meramente internas. En efecto, algunas sentencias han entrado a valorar la compatibilidad entre las libertades fundamentales y normas tributarias infraestatales, si bien en todos los supuestos acogiéndose a la existencia de un elemento de extranjería en la cuestión litigiosa. Según algunos autores, el primer pronunciamiento que ha de tomarse en consideración en este punto es la STJE de 25 de octubre de 2007, *Geurts y Vogten*³⁴, que al declarar la contravención de la libertad de establecimiento por una norma introducida por el gobierno flamenco en el Código del Impuesto sobre Sucesiones belga ha obviado el carácter regional de la norma, ausencia de mención que es destacada por la doctrina como un indicio de cambio en la línea jurisprudencial mencionada³⁵. Una situación similar se produce en las sentencias TJUE de 11 de septiembre de 2008, *Hans Eckelkamp*³⁶ y de 10 de febrero de 2011, *Missionswerk Werner Heukelbach eV*³⁷, también con normas regionales belgas (flamenca y valona, respectivamente) y consideradas por el Tribunal como contrarias a la libre circulación de capitales. Finalmente, en la misma línea debe mencionarse la STJUE de 3 de septiembre de 2014, *Comisión Europea/Reino de España*³⁸, que consideró incompatible con el Derecho de la Unión el tratamiento que se daba en España a los no residentes en el Impuesto sobre Sucesiones como consecuencia de la cesión de competencias normativas a las Comunidades Autónomas en el mismo.

³³ J. J. NIETO MONTERO (2012), “Las Haciendas Territoriales en el marco del Derecho de la Unión Europea”, en VV.AA. *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional: retos y desafíos*. (coord. GORDILLO PÉREZ), Universidad de Deusto, Bilbao, pág. 125. Realmente, podría afirmarse que una vez superado el obstáculo que supone la idea de “situaciones meramente internas” en el ámbito de las ayudas de Estado y de la posible creación de fronteras interiores sólo resta un reducto en el punto que ahora analizamos.

³⁴ STJE de 25 de octubre de 2007, *Geurts y Vogten*, C-464/05.

³⁵ J. F. P. NOGUEIRA (2009), “Autónomas, *ma non troppo*... Reflexiones sobre la autonomía fiscal de los entes infra-estatales, a la luz de la Sentencia Geurts (STJUE de 25 de Octubre de 2007, C-464/05)”, *Contabilidad y Tributación*, n.º 20, pág. 110.

³⁶ STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Hans Eckelkamp*, C-11/07.

³⁷ STJUE de 10 de febrero de 2011, *Missionswerk Werner Heukelbach eV*, C 25/10.

³⁸ STJUE de 3 de septiembre de 2014, *Comisión Europea/Reino de España*, C-127/12.

En todo caso, esta penetración de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito regional es todavía anecdótica, aunque consideramos que existen pronunciamientos que permiten vislumbrar una clara limitación de los poderes tributarios regionales en el momento en que sean enjuiciados, fundamentalmente por la presencia de cualquier elemento transfronterizo en la cuestión litigiosa.

A efectos de ejemplificar lo que acabamos de enunciar, y del mismo modo que hemos hecho con el Derecho de la Competencia, vamos a aproximarnos a las situaciones que en la actualidad se producen en el Derecho español para ver hasta qué punto los entes territoriales (básicamente las Comunidades Autónomas) vulneran con reiteración las exigencias derivadas de las libertades fundamentales.

En general se ha venido afirmando que las Comunidades Autónomas españolas tienen pocas posibilidades de vulnerar las exigencias del Derecho Europeo a través de su normativa tributaria, con la única excepción de las Comunidades de Régimen Foral (País Vasco y Navarra) y del Régimen Especial de Canarias (que se suele eximir de sometimiento al prisma del Derecho de la Unión –como hemos dicho– por el hecho del carácter ultraperiférico de dicha Comunidad). Esta afirmación se ha basado tradicionalmente en la escasa repercusión que las normas tributarias autonómicas pueden tener sobre los sujetos activos del mercado (las empresas) y por el hecho de que la propia Constitución y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas –LOFCA–³⁹ garantizan la unidad del mercado interno⁴⁰.

También en este punto creemos necesario partir de la distinción entre Comunidades Autónomas de Régimen Común y de Régimen Foral.

Comenzando por las Comunidades de Régimen Común, se podrían detectar supuestos conflictivos en dos de las figuras básicas del sistema de financiación de las mismas: los tributos propios y los tributos cedidos por

³⁹ Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

⁴⁰ En efecto, tanto la Constitución española como la LOFCA se preocupan de establecer un sistema de financiación autonómico que no suponga ningún tipo de barreras en el Mercado Interior, señalando expresamente la CE que las CCAA no podrán adoptar medidas tributarias “que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios” (157.2 CE). Tal idea es ampliada por la LOFCA, que se preocupa de indicar que el sistema de ingresos de las CCAA “deberá establecerse de forma que no pueda implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales ni suponer la existencia de barreras fiscales en el territorio español” (art. 2.1.a) LOFCA), y en concreto, para los impuestos propios de las CCAA se determina que “no podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español” (art. 9 LOFCA).

el Estado (en la medida en que ejercen competencias normativas y además podrían establecer recargos sobre los mismos).

Así, con relación a los tributos propios, se han planteado por la doctrina reticencias sobre algunos impuestos propios autonómicos. A título de ejemplo, baste citar las dudas que a ciertos autores han suscitado los denominados impuestos turísticos y su compatibilidad con la libertad de circulación de personas⁴¹, los impuestos autonómicos sobre depósitos en entidades de crédito⁴² y su posible choque con la libertad de circulación de capitales⁴³ o con el régimen de ayudas de Estado⁴⁴ o los impuestos sobre grandes superficies con relación a la libertad de establecimiento⁴⁵.

En tercer lugar nos hemos de referir al ejercicio de competencias normativas en el ámbito de los tributos cedidos, que a nuestro juicio puede generar dudas sobre su compatibilidad con las libertades fundamentales en ámbitos como la existencia de regímenes de tributación diferentes en empresarios individuales por IRPF y la incidencia diversa del ISD en la transmisión de empresas. Asimismo estas medidas pueden resultar contrarias al Derecho de la Unión –aunque al margen de las propias libertades–, en el marco de los Impuestos Especiales, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –ITPAJD– y en la posibilidad teórica de establecimiento de recargos sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido –IVA–, cuestión a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

⁴¹ P. M. HERRERA MOLINA (2001), “El Impuesto Balear sobre Estancias en Empresas Turísticas de Alojamiento (Problemas constitucionales y de Derecho Comunitario)”, *Revista Técnica Tributaria*, n.º 55, pág. 73.

⁴² Este hecho imponible ha sido asumido por el Estado, que optó por crear un impuesto similar, con un tipo de gravamen cero, a través del artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica. Por ello, al tratarse de un tributo estatal (y por ello ya no exigible como impuesto propio de las Comunidades Autónomas) el tema ha decaído en este punto.

⁴³ J. CALVO VÉRGEZ (2003), “Algunas consideraciones acerca del impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de Extremadura”, *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, n.º 2.

⁴⁴ Véase C. GARCÍA NOVOA (2009), “Reflexiones sobre los impuestos propios de carácter medioambiental en el ámbito de la tributación autonómica”, en VV.AA. *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía* (coord. PITA GRANDAL), Marcial Pons, Madrid, pág. 449-450. También MANZANO SILVA, E. (2009), “Ayudas de Estado de carácter fiscal: régimen jurídico”, *op. cit.*, pág. 36.

⁴⁵ M.-J. GAROT (2004), “El Impuesto sobre Las Grandes Superficies desde una Perspectiva del Derecho Comunitario”, *IE Working Paper Derecho*, Instituto de Empresa, Madrid. Referenciado en *Social Science Research Network* (<http://ssrn.com/abstract=1024503>).

Con relación al IRPF, las Comunidades Autónomas pueden establecer básicamente dos tipos de medidas que podrían colisionar con las libertades fundamentales. En primer lugar, la aprobación de las escalas autonómicas, que llevan a la existencia de tipos de gravamen diferentes entre los distintos territorios, sin límites de tipo jurídico en cuanto a su formulación, podría chocar, según opinión de algunos autores⁴⁶, con la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 12 de junio de 2003, *Arnoud Gerritse*, que expresamente ha establecido que “en lo que atañe a la norma de progresividad, los no residentes y los residentes se encuentran en una situación comparable, de modo que la aplicación a los primeros de un tipo de gravamen del impuesto sobre la renta más elevado que el aplicable a los residentes y asimilados constituye una discriminación indirecta prohibida por el Derecho comunitario”⁴⁷, pues constituiría una restricción a la libre circulación de capitales.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas pueden establecer beneficios fiscales en forma de deducciones en la cuota del mismo impuesto, existiendo diversos supuestos que podrían contravenir la doctrina del TJUE, básicamente por exigir un vínculo de tipo territorial entre el beneficio fiscal y el propio territorio. Así, por ejemplo, cabe mencionar hasta cuatro supuestos diferentes. El primero sería el relativo a las deducciones por donaciones o inversiones realizadas a favor de entes públicos o entidades sin ánimo de lucro cuya finalidad sea la Investigación, el Desarrollo o la Innovación Tecnológica y cuyo disfrute se vincula a la localización territorial en el ámbito de la Comunidad que lo establece, como ocurre con la establecida en Galicia⁴⁸, que permite practicar una deducción en la cuota íntegra autonómica del impuesto el 25 %, hasta el límite del 10 % de dicha cuota, de los donativos monetarios que se hagan a favor de centros de investigación adscritos a universidades gallegas y de los promovidos o participados por la Comunidad Autónoma de Galicia que tengan por objeto el fomento de la investigación científica y el desarrollo y la innovación tecnológicos. En esta medida se estaría vulnerando la libre prestación de servicios conforme a lo establecido por la STJCE de 10 de marzo de 2005, *Laboratoires Fournier SA*, ya que el Derecho de la Unión “es contrario a la legislación de un Esta-

⁴⁶ A.J. del BLANCO GARCÍA (2015), “El conflicto entre la potestad tributaria de las comunidades autónomas y el Derecho de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, n.º 6 (BIB 2015\709).

⁴⁷ STJCE de 12 de junio de 2003, *Arnoud Gerritse*, C-234/01.

⁴⁸ Todas sus normas se encuentran recogidas en el Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

do miembro que reserva exclusivamente a las actividades de investigación realizadas en el territorio de este Estado miembro el beneficio de un crédito fiscal en materia de investigación”⁴⁹, o bien la libre circulación de capitales, en el sentido marcado por la STJUE de 16 de junio de 2011, *Comisión/Austria*, que califica como restricción a esta libertad una medida “que limita la deducibilidad de las donaciones en el impuesto sobre la renta a las entregadas a organismos que tengan su sede en Austria”⁵⁰.

En segundo término, algunas Comunidades Autónomas han establecido medidas de fomento del autoempleo o para la adquisición de acciones o participaciones en empresas que a nuestro juicio difícilmente soportarían su enjuiciamiento desde la perspectiva europea. Valgan como ejemplos de ambos casos las normas establecidas por la Comunidad Autónoma de Galicia. Con relación a la denominada “deducción por fomento del autoempleo”⁵¹, la norma previó –hoy se encuentra derogada– una deducción en la cuota autonómica del IRPF de 300 euros en el período impositivo en que se produjese el alta para aquellos contribuyentes que se diesen de alta por primera vez en el censo de empresarios, profesionales y retenedores y mantuviesen dicha situación durante un año natural. Hasta aquí no habría mayor problema. Sin embargo, se exigía un ulterior requisito en cuanto a la localización en Galicia del lugar de desarrollo de su actividad, lo cual podría ser un obstáculo a la libertad de establecimiento. Lógicamente, un ciudadano con residencia en Galicia y que decidiese iniciar su actividad económica fuera de la Comunidad no podría disfrutar del beneficio, impidiéndosele, por ejemplo, establecerse en territorio portugués, y siendo por tanto una restricción a su libertad de establecimiento en territorio de otro Estado miembro.

Mucho más evidente, sobre todo si lo sometemos a un juicio de comparabilidad con otras situaciones ya resueltas por el TJUE, resulta el supuesto de la denominada “deducción por inversión en la adquisición de acciones o participaciones sociales en entidades nuevas o de reciente creación”⁵², conforme a la cual un contribuyente por el IRPF con residencia en

⁴⁹ STJCE de 10 de marzo de 2005, *Laboratoires Fournier SA*, C-39/04.

⁵⁰ STJUE de 16 de junio de 2011, *Comisión/Austria*, C-10/10.

⁵¹ Normas similares han sido aprobadas por las Comunidades de Andalucía, Asturias, Extremadura, la Región de Murcia, Baleares, Madrid y Castilla y León.

⁵² Soluciones parecidas han sido adoptadas por las Comunidades de Andalucía, Aragón, Cataluña, Baleares y Madrid. Es más, otra deducción gallega, denominada “Deducción por inversión en la adquisición de acciones o participaciones sociales en entidades nuevas o de reciente creación y su financiación”, incrementa para tales supuestos cuantías y porcentajes, manteniendo –en lo esencial– similares requisitos.

Galicia podrá deducir “en la cuota íntegra autonómica, y con un límite de 4.000 euros, el 20% de las cantidades invertidas durante el ejercicio en la adquisición de acciones o participaciones sociales como consecuencia de acuerdos de constitución de sociedades o de ampliación de capital en sociedades anónimas, limitadas, sociedades laborales y cooperativas” cuando se cumplan algunos requisitos establecidos en su norma reguladora, entre los que debemos destacar, por lo que aquí interesa, que la entidad “debe tener el domicilio social y fiscal en Galicia y mantenerlo durante los tres años siguientes a la constitución o ampliación”, y “debe contar, como mínimo, con dos personas ocupadas con contrato laboral y a jornada completa, dadas de alta en el régimen general de la Seguridad Social y con residencia habitual en Galicia, durante los tres años siguientes a la constitución o ampliación”, exigiendo el mismo requisito pero en cómputo de incremento de personal para los casos de ampliación de capital⁵³.

Si se compara la exigencia de requisitos con la que dio origen a la sentencia del caso *Geurts y Vogten*, resulta evidente el paralelismo y mucho nos tememos que la solución no puede ser otra que declarar la incompatibilidad con la libertad de establecimiento o con la de circulación de capitales (recuérdese que en *Geurts y Vogten*, el TJUE optó por fijarse sólo en la libertad de establecimiento, al entender que la eventual violación de la libre circulación de capitales sería “la consecuencia ineludible de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento”⁵⁴). Conclusión distinta se daría si, utilizando los argumentos por el TJUE en la sentencia de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei ministri*, enfocásemos la cuestión también desde la perspectiva de las ayudas de Estado, ya que probablemente dicha medida podría verse justificada bien por no exceder el ámbito de la regla *de minimis* o bien por la vía del art. 107.3 TFUE (ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico regional).

Por último, en tercer lugar, las Comunidades Autónomas han establecido bonificaciones en la cuota del IRPF vinculadas a la adquisición

⁵³ Concretamente, dispone la norma que “En caso de que la inversión se realizase mediante una ampliación de capital, la sociedad mercantil debió haber sido constituida en los tres años anteriores a la fecha de esta ampliación, y que además, durante los veinticuatro meses siguientes a la fecha del inicio del período impositivo del impuesto sobre sociedades en el que hubiese realizado la ampliación, su plantilla media con residencia habitual en Galicia se hubiese incrementado, al menos en dos personas, con respecto a la plantilla media con residencia habitual en Galicia de los doce meses anteriores, y que dicho incremento se mantenga durante un período adicional de otros veinticuatro meses”.

⁵⁴ STJCE de 25 de octubre de 2007, *Geurts y Vogten*, C-464/05.

de vivienda. Estas medidas podrían contravenir, al exigir que se localice en el territorio, la doctrina sentada por la STJCE de 18 de enero de 2007, *Comisión/Suecia*, que consideró contraria a la libre circulación de personas y de capitales una norma que vinculaba el diferimiento de un tributo a la adquisición de un inmueble situado en el territorio sueco⁵⁵.

Por otra parte, como hemos indicado, estaría la posible vulneración de las libertades fundamentales a través de la regulación del ISD. Baste recordar que la imposición sucesoria ha sido objeto de especial atención jurisprudencial por el TJUE, especialmente en la última década, pudiendo computarse más de una docena de resoluciones de gran trascendencia relativas a estos impuestos⁵⁶.

En el caso español, el solo hecho de haber ejercido las competencias normativas cedidas produjo a una diferenciación importante de trato de situaciones idénticas entre unos territorios y otros, pero sobre todo a un trato claramente diferente entre los adquirentes residentes (que disfrutaban de los beneficios fiscales autonómicos) y los no residentes (a los que se aplicaba la ley estatal). De hecho, la sucesión o la donación en la que interviniese un causahabiente o un donatario, o un causante que no residiese en el territorio español, o bien una sucesión o una donación que tuviese por objeto un bien inmueble situado fuera del territorio español, no podría beneficiarse de las reducciones fiscales autonómicas. La situación resultó tan clara que la Comisión instó del Tribunal de Justicia que se declarase el incumplimiento por parte de España del Derecho Europeo.

Ante esta pretensión de la Comisión, España invoca la aplicación de la doctrina establecida en la Sentencia Azores, al considerar que existe un escenario de simetría en el reparto de las competencias normativas entre las Comunidades Autónomas y que por ello no hay marco de comparabilidad. No obstante, dicho planteamiento es rechazado por la Comisión alegando

⁵⁵ STJCE de 18 de enero de 2007, *Comisión/Suecia*, C-104/06.

⁵⁶ Pueden destacarse, entre otras: STJCE de 11 de diciembre de 2003, *Herederos del Sr. H. Barbier*, C-364/01; STJCE de 23 de febrero de 2006, *Herederos de M.E.A. van Hilten-van der Heijden*, C-513/03; STJCE de 25 de octubre de 2007, *Geurts y Vogten*, C-464/05; STJCE de 17 de enero de 2008, *Jäger*, C-256/06; STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Hans Eckelkamp*, C-11/07; STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Arens-Sikken*, C-43/07; STJUE de 12 de febrero de 2009, *Margarte Block*, C-67/08; STJUE de 22 de abril de 2010, *Vera Mattner*, C-510/08; STJUE de 10 de febrero de 2011, *Missionswerk Werner Heukelbach eV*, C-25/10; STJUE de 19 de julio de 2012, *Manianne Scheunemann*, C-31/11; STJUE de 17 de octubre de 2013, *Yvon Welte*, C-181/12; STJUE de 3 de septiembre de 2014, *Comisión Europea/Reino de España*, C-127/12; STJUE de 4 de septiembre de 2014, *Comisión Europea/Alemania*, C-211/13; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Q*, C-133/13; y STJUE de 16 de julio de 2015, *Comisión/Francia*, C-485/14.

que no se trata de un supuesto semejante, en tanto estamos ante un incumplimiento de las obligaciones derivadas de las libertades fundamentales y no ante una ayuda estatal, añadiendo además que aún en caso de que fuese aplicable dicha doctrina, no podría asumirse en el supuesto, dada la insuficiencia de autonomía de las Comunidades Autónomas españolas de régimen común en el sentido de aquella sentencia. En concreto, la Comisión considera que existe una discriminación en el sentido declarado por la STJCE de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*⁵⁷, al no existir diferencia objetiva que fundamentase una diferencia de trato entre los residentes y los no residentes, o entre los residentes que poseyesen un bien inmueble en España y los que lo poseyesen en el extranjero.

Fruto de ello, el Tribunal, en la sentencia de de 3 de septiembre de 2014, *Comisión Europea/Reino de España*, admitió la propuesta de la Comisión y declaró el incumplimiento por parte de España, considerando que

“la normativa de un Estado miembro que hace depender la aplicación de una reducción de la base imponible de la sucesión o de la donación del lugar de residencia del causante y del causahabiente en el momento del fallecimiento, o del lugar de residencia del donante y del donatario en el momento de la donación, o también del lugar en el que está situado un bien inmueble objeto de sucesión o de donación, cuando da lugar a que las sucesiones o las donaciones entre no residentes, o las que tienen por objeto bienes inmuebles situados en otro Estado miembro, soporten una mayor carga fiscal que las sucesiones o las donaciones en las que sólo intervienen residentes o que sólo tienen por objeto bienes inmuebles situados en el Estado miembro de imposición, constituye una restricción de la libre circulación de capitales”.

Dicho fallo fue bastante mal recibido por la doctrina española, indicando algunos autores que el análisis del TJUE no fue lo suficientemente completo de la normativa reguladora del Impuesto (que permitiría que las Comunidades Autónomas incrementasen la tributación de los residentes frente a los no residentes)⁵⁸, por la no comparabilidad de las situaciones entre residentes y no residentes⁵⁹, o por la solución inadecuada dada en el marco del Espacio Económico Europeo⁶⁰, ya que el TJUE no se plantea distinciones en función de si hay o no CDI en vigor o si tiene Cláusula de

⁵⁷ STJCE de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93.

⁵⁸ A. MENÉNDEZ MORENO (2014), “¡Pobres residentes!”, *Quincena Fiscal*, n.º 19, (BIB 2014\3733)

⁵⁹ E. SIMÓN ACOSTA (2014), “Incompatibilidad del Impuesto sobre Sucesiones y donaciones con el ordenamiento comunitario”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 891 (BIB 2014\3386).

⁶⁰ J. A. BARCIELA PÉREZ (2015), “El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y la libre circulación de capitales”, *Quincena Fiscal*, n.º 6 (BIB 2015\711).

Intercambio de Información, mientras que sí consideró tales situaciones para entender justificados límites con relación a Islandia, Liechtenstein y Noruega en la STJUE de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*⁶¹ y en la STJUE de 5 de mayo de 2011, *Comisión/Portugal*⁶². De hecho, varias de estas críticas doctrinales han sido recogidas también por el *Opinion Statement* de la *Confédération Fiscale Européenne*, que incide especialmente en la escasa rigurosidad del Tribunal en los términos de la comparabilidad de situaciones⁶³.

En todo caso, el legislador español reaccionó con prontitud y a través de una enmienda en la tramitación parlamentaria de la reforma del IRPF se afrontó la necesaria reforma, que vio la luz a través de la DF 3ª de Ley 26/2014, de 27 de noviembre⁶⁴. Ante la alternativa entre la reunificación o centralización del impuesto o la modificación de las normas de cesión, el legislador optó por un camino intermedio que supuso modificar los puntos de conexión y la normativa aplicable, generando una casuística bastante compleja que parte de distinguir todas las situaciones posibles⁶⁵.

Esta compleja solución legal, al margen de su valoración desde principios como el de seguridad jurídica, ha suscitado diversas críticas, básicamente porque en algunos casos (señaladamente los que implican aplicar la normativa de la Comunidad Autónoma en la que se encuentren la mayoría de los bienes) pueden producirse situaciones poco deseables, como la apli-

⁶¹ STJUE de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07.

⁶² STJUE de 5 de mayo de 2011, *Comisión/Portugal*, C-267/09.

⁶³ CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE, “ECJ-TF 1/2015 concerns the decisions of the EU Court of Justice in two infringement cases on inheritance tax, C-127/12, Commission v. Spain, and C-211/13, Commission v. Germany. It has been prepared by the CFE’s ECJ Task Force”. (Disponible en: <http://www.cfe-eutax.org/sites/default/files/CFE%20Opinion%20Statement%20ECJ-TF%201-2015%20on%20two%20inheritance%20taxation%20cases.pdf>).

⁶⁴ Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

⁶⁵ Así, en el ámbito de las sucesiones los puntos de conexión parten de distinguir entre tres situaciones de causantes (no residente comunitario, no residente extracomunitario o residente en una Comunidad Autónoma) que se combinan a su vez con la posibilidad de que existan o no bienes en territorio español y con todas las variables de sujetos pasivos (residentes, no residentes comunitarios y no residentes extracomunitarios) para dar lugar a soluciones diferentes en cada caso. De igual modo, en las transmisiones inter vivos el punto de conexión variará en función de si se refieren a inmuebles o a otros bienes o derechos, distinguiendo su situación en España, en la UE o el EEE o en otros Estados y combinando también los distintos supuestos posibles de donatarios residentes y no residentes, comunitarios y extracomunitarios.

cación de la norma y los criterios interpretativos por una Administración diferente de la que correspondería, y puede provocar efectos perniciosos, tanto desde el punto de vista de la influencia en las inversiones extranjeras, los importantes conflictos de valoración y, en ciertos escenarios, la discriminación de los residentes frente a los no residentes.

No obstante, y a pesar de la corrección general a la que hemos hecho referencia, las Comunidades Autónomas de Régimen Común han mantenido disposiciones que, en muchos casos, nos generan serias dudas de cumplimiento de las exigencias de las libertades comunitarias. Baste mencionar algunos supuestos a título meramente ejemplificativo.

En el ámbito de las transmisiones mortis causa, algunas Comunidades⁶⁶ mantienen bonificaciones en la transmisión de empresas situadas en su territorio, bien por establecer una redacción autonómica que mejora los porcentajes de la estatal, bien por crear algunas para explotaciones agrícolas o forestales con determinadas características. Esta situación podría llevar, si no existe una razón que justifique la ausencia de comparabilidad en los términos establecidos por la doctrina de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, Q, a considerar que existe una restricción a la libertad de circulación de capitales⁶⁷.

Más evidentes son, a nuestro juicio, las dudas de cumplimiento del Derecho de la UE en algunas bonificaciones establecidas para transmisiones inter vivos. Así, podríamos encontrar una bonificación de las donaciones dinerarias a descendientes destinadas a adquirir la vivienda habitual establecida por la Comunidad de Galicia y que vincula la exigencia de que la vivienda se encuentre situada en territorio gallego, a la que podría ser aplicable el razonamiento realizado por el Tribunal en la Sentencia de 18 de enero de 2007, *Comisión/Suecia*.

Más grave, desde el punto de vista del Mercado Interior, es la segunda situación, relativa a la bonificación establecida para la donación de dinero destinado a constituir o adquirir una empresa, negocio o participaciones de entidades, puesto que las Comunidades que la han establecido exigen que la empresa de que se trate tenga domicilio social y fiscal en su territorio (por ejemplo, en Cataluña se bonifica al 95% dicha transmisión, con un límite máximo de 125.000 euros, incrementado para las personas con discapacidad⁶⁸). Con una regulación como esta probablemente estare-

⁶⁶ Existen normas de este tipo en Galicia, Asturias, La Rioja, Región de Murcia, Comunidad Valenciana, Canarias, Extremadura, Castilla y León, Cataluña y Aragón.

⁶⁷ STJUE de 18 de diciembre de 2014, Q, C-133/13.

⁶⁸ Cfr. art. 47 a 49 de la Ley (del Parlamento de Catalunya) 19/2010, de 7 de

mos ante una restricción a la libertad de establecimiento que, en cuanto se enfrente a un componente de internacionalidad difícilmente superaría el enjuiciamiento por el TJUE.

Asimismo, con relación a esta disposición, en cuanto se trata de favorecer el establecimiento de tejido empresarial en una determinada zona, puede plantearse también su eventual encaje con el régimen de la prohibición de ayudas de Estado. Resulta evidente que estamos ante una norma que beneficia el establecimiento de empresas, a través de una medida tributaria y que reduce los costes de la inversión empresarial, constituyendo por tanto una ventaja. Ello puede implicar lógicamente una incidencia en la competencia y, dado su ámbito territorial parece clara la selectividad de la medida. Como hemos señalado, entendemos que las Comunidades Autónomas de Régimen Común no superarían el triple test de Azores y, por lo tanto, la medida podría considerarse territorialmente selectiva y contraria al art. 107 TFUE. Además, creemos que tampoco podría justificarse en la necesidad de desarrollo regional ni en ninguna otra de las causas previstas en el Tratado. En definitiva, que esta medida no soportaría tampoco un juicio desde el punto de vista del régimen de ayudas de Estado.

Por último, debemos plantearnos la posibilidad de que la contravención de las libertades fundamentales se produzca a través de alguna norma foral. Evidentemente, muchas de las posibles confrontaciones, dada la intersección conceptual entre Derecho de la Competencia y libertades fundamentales, podrían ser enfocadas desde ambas vías. Y si la opción fuese esta segunda, la redefinición que del marco de referencia ha hecho el TJUE y de la que resulta un importante amparo para los territorios forales en el ámbito de la prohibición de ayudas de Estado decaería, dejando a estos entes en la misma situación que los demás territorios subcentrales.

De hecho, en esta línea, la Comisión instó a España a modificar las normas forales reguladoras del ISD de los Territorios Históricos de Álava y Vizcaya por considerar que constituían una vulneración de la libre circulación de capitales al establecer un trato fiscal diferente y favorable en el gravamen sucesorio para la deuda pública emitida por la Comunidad Autónoma del País Vasco, las Diputaciones Forales y las Entidades Locales de los tres Territorios Históricos. Dado el enfoque de la Comisión, que acabó llevando el asunto ante el TJUE⁶⁹, probablemente la cuestión –de

junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

⁶⁹ La Comisión insta a España a modificar las normas en febrero de 2013. Álava suprimió la norma controvertida por la Norma Foral 13/2013, de 15 de abril, de medidas tributarias para el año 2013. Pero ante el incumplimiento de Vizcaya, la Comisión

haberse resuelto– se habría centrado en dos aspectos básicos: la existencia o inexistencia de comparabilidad en la situación o las causas de justificación de la medida (coherencia del sistema tributario, eficacia de los controles fiscales...) y todo ello tamizado a través del correspondiente juicio de proporcionalidad de la medida.

2.4. La vulneración del Derecho derivado por las Comunidades Autónomas

Finalmente, existen –como hemos indicado– algunos supuestos en los que la normativa autonómica, sin vulnerar directamente las libertades fundamentales, incumple de algún modo la normativa derivada de la Unión Europea. A diferencia de lo que ocurre en los demás ámbitos, en los que la fiscalidad directa presenta un mayor protagonismo, en buena lógica en esta situación vamos a encontrar fundamentalmente incumplimientos que se manifiestan en la fiscalidad indirecta, bien por no alcanzar la necesaria armonización, bien por desvirtuarla por dictar normas que no cumplan las pautas del Derecho europeo.

Dada la mayor facilidad para el surgimiento de conflictos de este tipo y la cantidad de resoluciones del Tribunal en este ámbito, utilizaremos simplemente unos ejemplos de normas autonómicas españolas que ilustren esta situación. Tomaremos como referencia dos situaciones reales y una que, aunque inviable en la actualidad, ha podido producirse.

En primer lugar, en el ámbito del ITPAJD la cesión de competencias normativas a las Comunidades Autónomas en la fijación del tipo de gravamen de la cuota variable de Actos Jurídicos Documentados ha sido señalada por la doctrina como un posible supuesto de vulneración de la Directiva, en la medida en que se ha producido una elevación de los tipos de gravamen en las transmisiones de inmuebles en los que se ejercita la opción de renuncia a la exención en el IVA, compensando de este modo la pérdida de recaudación que el ente infraestatal sufre por la exoneración en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas⁷⁰. En efecto, si conectamos esta con-

lleva el caso al TJUE el 26 de noviembre de 2014. Sólo entonces Vizcaya suprimió la norma discutida a través del Decreto Foral Normativo 4/2014, de 2 de diciembre. A la vista de esto, el asunto se cerró el 16 de julio de 2015.

⁷⁰ A.J. del BLANCO GARCÍA (2015), “El conflicto entre la potestad tributaria de las comunidades autónomas y el Derecho de la Unión Europea”, *op. cit.*

secuencia con la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 15 de julio de 2010, *Pannon Gép Centrum kft*⁷¹, podríamos asumir dicha conclusión, en cuanto el Tribunal es claro al determinar que la deducción del IVA forma parte del propio mecanismo del impuesto y no debe ser limitada de modo alguno por disposiciones o prácticas nacionales.

Un segundo supuesto, este resuelto por la Jurisprudencia Europea, ha sido el del derogado Impuesto especial sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, contemplado como un tributo cedido a las Comunidades Autónomas, que tenían competencias normativas sobre el mismo, y que complementaba al Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. Dado que este tributo carecía realmente de la finalidad específica con la que se decía había sido creado y además contemplaba el devengo en la fase minorista, tras múltiples vicisitudes fue declarado contrario al Derecho de la Unión por la STJUE de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora, S.L./Generalitat de Catalunya*⁷². No obstante, la previa derogación por el legislador español del impuesto y su integración en el Impuesto Especial de Hidrocarburos minimiza la trascendencia de este fallo, aunque el TJUE estableció la inexistencia de límite temporal con relación a la sentencia, por lo que faculta a los sujetos que hubiesen satisfecho el impuesto para instar la devolución de lo indebidamente pagado.

Otro posible punto de fricción en el ámbito de los tributos cedidos vendría dado por una posibilidad teórica que nunca fue desarrollada y que actualmente se encuentra impedida por la normativa⁷³. Nos referimos al establecimiento de recargos por parte de las CCAA sobre tributos susceptibles de cesión, entre los que se encuentra el IVA. En ese punto podría chocarse con la prohibición de establecimiento de otros impuestos sobre el volumen de ventas diferentes del propio IVA⁷⁴. Sin embargo, la interpretación que de

⁷¹ STJUE de 15 de julio de 2010, *Pannon Gép Centrum kft*, C368/09.

⁷² STJUE de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora, S.L./Generalitat de Catalunya*, C82/12.

⁷³ La posibilidad se encuentra hoy truncada en la medida en que el art. 12.1 LOFCA exige que para establecer recargos sobre el IVA las Comunidades Autónomas deban tener competencias normativas sobre el tipo de gravamen de dicho impuesto, lo que en la actualidad no está previsto en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

⁷⁴ Art. 401 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al Sistema Común del Impuesto sobre el Valor Añadido: “Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o establecimiento por parte de un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros y sobre los juegos y apuestas, impuestos especiales, derechos de registro y, en general, de cualquier impuesto, derecho o

esa prohibición ha hecho el Tribunal de Justicia, que ha entendido que sólo estaría prohibido un impuesto que reuniese las características esenciales del IVA (postura que ha sido calificada como desalentadora por cuanto “no evita que se creen tributos que, aunque no presentan las mismas características del IVA, generan sobreimposiciones”⁷⁵), permite llegar a la solución contraria, es decir, a afirmar que un recargo autonómico, en función de las diversas circunstancias en presencia, no sería sin más contrario a las disposiciones europeas⁷⁶. En este sentido, no debe olvidarse que la STJCE de 9 de marzo de 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, ha indicado que la normativa armonizadora del IVA “se opone al mantenimiento o al establecimiento de derechos de registro u otros tipos de impuestos, derechos y tasas, que presentan las características esenciales del IVA”, pero no a la existencia de un impuesto que “no constituye un impuesto general, puesto que su objeto no es abarcar el conjunto de operaciones económicas realizadas en el Estado miembro de que se trata”⁷⁷.

III. CONCLUSIONES

Una vez analizadas las principales vías de colisión entre las normas tributarias infraestatales y el Derecho de la Unión Europea, se constata la urgencia de dar un paso decidido en pro de la adecuación de estas normas a sus principios y exigencias, de modo que los esfuerzos en el establecimiento y mantenimiento de un auténtico Mercado Interior que han realizado los Estados no queden debilitados por la actuación de los entes territoriales menores.

Resulta claro que una norma de un ente subcentral con potestad legislativa en materia tributaria puede vulnerar tanto las libertades fundamentales como el régimen de prohibición de ayudas de Estado. Si a ello sumamos la capacidad para desvirtuar los logros armonizadores, resulta de

gravamen que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre que la recaudación de impuestos, derechos o gravámenes no dé lugar, en los intercambios entre Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera”.

⁷⁵ C. GARCÍA NOVOA (1998), “Financiación autonómica y Derecho Comunitario”, *Crónica Tributaria*, n.º 85, pág. 13.

⁷⁶ De hecho, la regulación anterior de la LOFCA, que vinculaba dicha opción de recargo sólo a la fase minorista del IVA no llegaba, a nuestro juicio, a plantear dudas de compatibilidad con la norma comunitaria. Véase J. J. NIETO MONTERO (1999), «Los recargos autonómicos sobre tributos estatales», *Información Fiscal*, n.º 35, pág. 94.

⁷⁷ STJCE de 9 de marzo de 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, C-437/97. En sentido similar, puede verse la STJCE de 10 de marzo de 2005, *Stadt Frankfurt am Main*, C-491/03.

todo punto evidente que se produce una situación no deseable desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Es patente además que las Comunidades Autónomas españolas (tanto las de régimen común como las forales) son en este punto entes con una importante capacidad –derivada de la propia estructura del sistema de financiación– para deshacer los avances de la tarea de armonización y aproximación de las legislaciones. Y también es evidente que la pasividad de quienes pueden atajar dicha situación desde el punto de vista interno, exigiendo el cumplimiento de los principios derivados del orden constitucional, no facilita la consecución de los objetivos deseados. Sólo una profunda reflexión y reformulación del sistema de financiación autonómica, con una clara delimitación competencial y en el que la lealtad institucional sea pieza clave, podrán poner fin a esta situación.

En consonancia con esto, creemos que otro de los puntos clave estará en superar la concepción de estos supuestos como asuntos meramente internos. A la Comisión, en su labor de vigilancia y exigencia de cumplimiento del Derecho de la Unión, y en última instancia al Tribunal de Justicia, corresponde mantener el Mercado Interior libre de tales obstáculos y distorsiones, como por otra parte ha comenzado a suceder en tiempos recientes, tal y como hemos visto en el presente trabajo.

Cierto es que ello supone una “limitación” de la autonomía de los entes territoriales, pero no es menos cierto que estos entes, en cuanto parte integrante del Estado, deben respetar los principios y normas derivados de la integración supranacional, que limitan también las competencias de los propios Estados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTÓN ANTÓN, A. y BILBAO ESTRADA, I. (2009), “La coordinación del régimen de comercio de derechos de emisión y los impuestos autonómicos sobre emisiones atmosféricas: ¿un supuesto de ayuda de Estado ilegal no compatible?”, *Crónica Tributaria*, n.º 133.
- BARCIELA PÉREZ, J.A. (2015), “El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y la libre circulación de capitales”, *Quincena Fiscal*, n.º 6 (BIB 2015\711).
- BLANCO GARCÍA, A.J. del (2015), “El conflicto entre la potestad tributaria de las comunidades autónomas y el Derecho de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, n.º 6.
- BRAUN, J-D. y KÜHLING, J. (2008), “Article 87 EC and the Community Courts: from Revolution to Evolution”. *Common Market Law Review*, n.º 45.
- CAAMAÑO ANIDO, M.A. (2007), “La reducción del tipo de gravamen en el IRPF por parte de la Comunidad de Madrid: una medida posiblemente contraria al Derecho comunitario”, *Impuestos*, I.

- CALDERÓN CARRERO, J.M. y RUIZ ALMENDRAL, V. (2006), “Autonomía Financiera de las CC.AA. vs. Derecho Comunitario (la doctrina del TJCE en el caso Azores)”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 17.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2003), “Algunas consideraciones acerca del impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de Extremadura”, *Aranzadi Jurisprudencia tributaria*, n.º 2.
- CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE, “ECJ-TF 1/2015 concerns the decisions of the EU Court of Justice in two infringement cases on inheritance tax, C-127/12, Commission v. Spain, and C-211/13, Commission v. Germany. It has been prepared by the CFE’s ECJ Task Force”. (Disponible en: <http://www.cfe-eutax.org/sites/default/files/CFE%20Opinion%20Statement%20ECJ-TF%201-2015%20on%20two%20inheritance%20taxation%20cases.pdf>)
- GARCÍA AGUADO, E.; PIERNAS LÓPEZ, J.J. (2009), “Comentario de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 en los asuntos acumulados T-211/2004 y T-215/2004, Gobierno de Gibraltar c. Comisión de las Comunidades Europeas”, *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, n.º 8.
- GARCÍA DE PABLOS, J.F. (2011), “Las ayudas fiscales de las Diputaciones Forales vascas como posibles ayudas de Estado. Comentario a la STJUE de 9 de junio de 2011”, *Tribuna Fiscal*, n.º 253.
- GARCÍA GUIJO, L. (2012), “Las Ayudas de Estado en la Unión Europea: Concepto, Requisitos e Implicaciones”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.21, n.º 2.
- (2013), “Las ayudas de Estado de naturaleza fiscal en la realización del mercado interior. Breve aproximación a la relación entre las ayudas de Estado y las libertades de circulación”, *Jornadas sobre Mercado Interior y Derecho de la Unión Europea*. Documentos. Instituto de Estudios Fiscales, n.º 15.
- GARCÍA NOVOA, C. (1998), “Financiación autonómica y Derecho Comunitario”, *Crónica Tributaria*, n.º 85.
- (2006), “La sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, n.º 1.
- GARCÍA NOVOA, C. (2009), “Reflexiones sobre los impuestos propios de carácter medioambiental en el ámbito de la tributación autonómica”, en VV.AA. *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía* (coord. PITA GRANDAL), Marcial Pons, Madrid.
- GAROT, M.-J. (2004), “El Impuesto sobre Las Grandes Superficies desde una Perspectiva del Derecho Comunitario”, *IE Working Paper Derecho*, Instituto de Empresa, Madrid. Referenciado en Social Science Research Network (<http://ssrn.com/abstract=1024503>).
- HERNÁNDEZ GUERRERO, V. (2004), “Aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a regímenes tributarios: reflexiones al hilo de los casos gibraltareños”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 19.
- HERRERA MOLINA, P.M. (2001), “El Impuesto Balear sobre Estancias en Empresas Turísticas de Alojamiento (Problemas constitucionales y de Derecho Comunitario)”, *Revista Técnica Tributaria*, n.º 55.
- LARRAZÁBAL BASÁÑEZ, S. (2009), “Los retos del Concierto Económico Vasco tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de Septiembre de 2008”, *Academia Vasca de Derecho-Boletín JADO*, n.º 17.

- LUJA, R.H.C. (2007), “Tax Related Difficulties of State Aid Rules”, en *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law* (dir. LANG/VANISTENDAEL), EATLP/IBFD, 2007.
- MANZANO SILVA, E. (2009), “Ayudas de Estado de carácter fiscal: régimen jurídico”, *Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria*, n.º 55.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012), “La prohibición de ayudas de Estado y los impuestos directos: ¿evolución, revolución,... o, simplemente, intervención?”, *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 155.
- MASTELLONE, P. (2012), “Fiscal Federalism: A Response of Contemporary European Democratic Nations to the Global Economic Crisis”, *European Taxation*, July.
- MENÉNDEZ MORENO, A. (2014), “¡Pobres residentes!”, *Quincena Fiscal*, n.º 19, (BIB 2014\3733).
- MERINO JARA, I. (2009), “Ayudas de Estado y poder tributario foral”, *Hacienda Canaria*, n.º 27.
- MORENO GONZÁLEZ, S. (2011), “La prohibición general de ayudas de Estado y el poder tributario de las Comunidades Autónomas de régimen común: ¿es aplicable la jurisprudencia Azores?”, *Impuestos*, n.º 14.
- NIETO MONTERO, J.J. (1999), «Los recargos autonómicos sobre tributos estatales», *Información Fiscal*, n.º 35.
- NIETO MONTERO, J.J. (2008), “La normativa tributaria foral vasca y la recepción de la Sentencia Azores: crónica de un final anunciado. A propósito de la STJCE de 11 de septiembre de 2008”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 17. n.º 1.
- (2012), “Las Haciendas Territoriales en el marco del Derecho de la Unión Europea”, en VV.AA. *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional: retos y desafíos*. (Coord. GORDILLO PÉREZ) Universidad de Deusto, Bilbao.
- NOGUEIRA, J.F.P. (2009), “Autónomas, *ma non troppo*... Reflexiones sobre la autonomía fiscal de los entes infra-estatales, a la luz de la Sentencia Geurts (STJUE de 25 de Octubre de 2007, C-464/05)”, *Contabilidad y Tributación*, n.º 20.
- PÉREZ BERNABÉU, B. (2010), “Cumplimiento por las Comunidades Autónomas de los requisitos de autonomía enunciados por el TJCE en el caso Azores a la luz del nuevo sistema de financiación autonómica”, *Quincena Fiscal*, n.º 14.
- PORTUGUÉS CARRILLO, C. (2006), “El criterio de selectividad en las ayudas fiscales regionales: análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 sobre el Régimen Fiscal de las Islas Azores y su relevancia para el Régimen Económico-Fiscal de Canarias». *Hacienda Canaria*, n.º 17/2006.
- PUEBLA AGRAMUNT, N. (2010), “El TPI confirma que Gibraltar cuente con un régimen tributario propio y diferente del británico sin que ello signifique una ayuda de Estado incompatible con el Tratado (Comentario de la STPI - Sala tercera ampliada - de 18 de diciembre de 2008, As. T-211/04 y T-215/04)”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 308.
- RUIZ ALMENDRAL, V. (2012), “Poder financiero foral y Unión Europea: apunte de problemas pendientes”, en VV.AA. *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional: retos y desafíos* (coord. GORDILLO PÉREZ), Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.
- SIMÓN ACOSTA, E. (2014), “Incompatibilidad del Impuesto sobre Sucesiones y donaciones con el ordenamiento comunitario”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 891 (BIB 2014\3386).

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STJCE de 26 de febrero de 1975, *Cadsky*, C-63/74.
- STJCE de 9 de noviembre de 1983, *Comisión/Dinamarca*, C-158/82.
- STJCE de 12 de junio de 1990, *República Federal de Alemania-Comisión*, C-8/88.
- STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92.
- STJCE de 9 de agosto de 1994, *Lancry y otros*, C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 y C-411/93.
- STJCE de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93.
- STJCE de de 11 de agosto de 1995, *Wielockx*, C-80/94.
- STJCE de 14 de septiembre de 1995, *Simitzi*, C-485/93 y C-486/93.
- STJCE de 7 de diciembre de 1995, *Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta y Ayuntamiento de Ceuta*, C-45/94.
- Auto TJCE de de 21 de marzo de 1997, *Región Valona-Comisión*, C-95/97.
- STJCE de 22 de abril de 1999, *CRT France International*, C-190/98.
- STJCE de 9 de marzo de 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, C-437/97.
- STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99.
- STJCE de 23 de abril de 2002, *Niels Nygård*, C-234/99.
- Auto TJCE de 8 de octubre de 2002, *Viacom Outdoor SrL*, C-190/02.
- STJCE de 12 de junio de 2003, *Arnoud Gerritse*, C-234/01.
- STJCE de 2 de octubre de 2003, *Weber's Wine World Handels-HmbH*, C-147/01.
- STJCE de 11 de diciembre de 2003, *Herederos del Sr. H. Barbier*, C-364/01.
- STJCE de 15 de julio de 2004, *España/ Comisión*, C-501/00.
- STJCE de de 15 de julio de 2004, *Weidert y Paulus*, C-242/03.
- STJCE de 9 de septiembre de 2004, *Carbonati Apuani SrL c/ Comune di Carrara*, C-72/03.
- STJCE de 10 de marzo de 2005, *Stadt Frankfurt am Main*, C-491/03.
- STJCE de 10 de marzo de 2005, *Laboratoires Fournier SA*, C-39/04.
- STJCE de 15 de diciembre de 2005, *Italia/Comisión*, C-66/02.
- STJCE de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros*, C-222/04.

- STJCE de 23 de febrero de 2006, *Herederos de M.E.A. van Hilten-van der Heijden*, C-513/03.
- STJCE de 15 de junio de 2006, *Air Liquide Industries Belgium SA*, C-393/04 y C-41/05.
- STJCE de 6 de septiembre de 2006, *República Portuguesa/Comisión de las Comunidades Europeas*, C-88/03.
- STJCE de 18 de enero de 2007, *Comisión/Suecia*, C-104/06.
- STJCE de 21 de junio de 2007, *Comisión/Italia*, C-173/05.
- STJCE de 25 de octubre de 2007, *Geurts y Vogten*, C-464/05.
- STJCE de 17 de enero de 2008, *Jäger*, C-256/06.
- STJCE de 11 de septiembre de 2008, *UGT de La Rioja*, C-428/06 a C-434/06.
- STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Hans Eckelkamp*, C-11/07.
- STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Arens-Sikken*, C-43/07.
- STPIUE de 18 de diciembre de 2008, *Government of Gibraltar/Comisión*, T-211/2004 y T-215/2004.
- STJUE de 12 de febrero de 2009, *Margarte Block*, C-67/08.
- STJUE de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei ministri*, C-169/08.
- STJUE de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07.
- STJUE de 22 de abril de 2010, *Vera Mattner*, C-510/08.
- STJUE de 15 de julio de 2010, *Pannon Gép Centrum kft*, C368/09.
- STJUE de 10 de febrero de 2011, *Missionswerk Werner Heukelbach eV*, C 25/10.
- STJUE de 5 de mayo de 2011, *Comisión/Portugal*, C-267/09.
- STJUE de 9 de junio de 2011, *Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión*, C-465/09P a C-470/09P.
- STJUE de 16 de junio de 2011, *Comisión/Austria*, C-10/10.
- STGUE de 20 de septiembre de 2011, *Regione autonoma della Sardegna y otros/Comisión*, T-394/08, T-408/08, T-453/08 y T-454/08.
- STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Comisión/Government of Gibraltar*, C-106/09P y C-107/09P.
- STJUE de 19 de julio de 2012, *Manianne Scheunemann*, C-31/11.
- STJUE de 13 de junio de 2013, *HGA srl y otros/ Comisión*, C 630/11P a C 633/11P.
- STJUE de 17 de octubre de 2013, *Yvon Welte*, C-181/12.

STJUE de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora, S.L./Generalitat de Catalunya*, C82/12.

STJUE de 3 de septiembre de 2014, *Comisión Europea/Reino de España*, C-127/12.

STJUE de 4 de septiembre de 2014, *Comisión Europea/Alemania*, C- 211/13.

STJUE de 18 de diciembre de 2014, Q, C-133/13.

STJUE de 16 de julio de 2015, *Comisión/Francia*, C-485/14.

(Página deixada propositadamente em branco)

O Grupo Crise, Sustentabilidade e Cidadanias é um dos grupos de investigação do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e tem como principais núcleos temáticos de pesquisa a transestatalidade, a sustentabilidade ambiental e energética, a sustentabilidade económica e financeira, a sustentabilidade social e a sustentabilidade política.

O seu plano de trabalhos para o quinquénio 2015-2020 concentra-se no estudo de cinco problemas: a superação da crise através de novas ideias estratégicas e da reformulação das estruturas administrativas e orientações da *governance*; o desafio da justiça intergeracional e social no contexto nacional e europeu; os problemas normativos da transestatalidade; as reformas fiscais em resposta aos desafios da justiça e da competitividade; a reforma do Estado e das organizações políticas na Sociedade aberta, global e em rede.