



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

COMITATO DI DIREZIONE

Prof. Raffaele Perrone Capano (DIRETTORE)

Prof. Carlo Amatucci

Prof. Daria Coppa

Prof. Lorenzo Del Federico

Prof. Eugenio Della Valle

Prof. Maria Cecilia Fregni

Prof. Alessandro Giovannini

Prof. Maurizio Logozzo

Prof. Enrico Marelo

Prof. Giuseppe Melis

Prof. Salvatore Muleo

Prof. Mario Nussi

Prof. Marco Versiglioni

Prof. Marilena Rispoli (Diritto commerciale)

Prof. Francesco Santoni (Diritto del lavoro)

Prof. Alessandra Stefanelli (Diritto dell'economia)

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Carlos Maria Lopez Espadafor Università di Jaén

Prof. Angeles Garcia Frias Università di Salamanca

Prof. Daniel Gutman - Università Paris Sorbonne Pantheon

Prof. Carlos Vargas Vasserot - Università di Almeria

Prof. J. A. Rozas Valdes - Università di Barcellona

Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi

Prof. Andrea Amatucci

Prof. Fabrizio Amatucci

Prof. Emilio Balletti
Prof. Massimo Basilavecchia
Prof. Alessandro Bellavista
Prof. Gian Luigi Bizioli
Prof. Marina Brollo
Prof. Silvia Cipollina
Prof. Alberto Comelli
Prof. Angelo Contrino
Prof. Roberto Cordeiro Guerra
Prof. Alfonsina De Felice
Prof. Luigi Ferlazzo Natoli
Prof. Valerio Ficari
Prof. Stefano Fiorentino
Prof. Franco Fichera
Prof. Gianfranco Gaffuri
Prof. Franco Gallo
Prof. Alessandro Garilli
Prof. Cesare Glendi
Prof. Antonia Irace
Prof. Agostino E. La Scala
Prof. Stefano Liebman
Prof. Raffaello Lupi
Prof. Corrado Magnani
Prof. Alberto Marcheselli
Prof. Giuseppe Marini
Prof. Giovanni Marongiu
Prof. Maurizio Sebastiano Messina

Prof. Severino Nappi

Prof. Leonardo Perrone

Prof. Roberto Pessi

Prof. Angela Principe

Prof. Giovanni Puoti

Prof. Gaetano Ragucci

Prof. Francesco Randazzo

Prof. Maurizio Ricci

Prof. Claudio Sacchetto

Prof. Livia Salvini

Prof. Salvatore Sammartino

Prof. Vittorio Santoro

Prof. Roberto Schiavolin

Prof. Dario Stevanato

Prof. Giuliano Tabet

Prof. Francesco Tesauo

Prof. Giuseppe Tinelli

Prof. Loris Tosi

Prof. Alessandro Turchi

Prof. Lucia Venditti

Prof. Giuseppe Zizzo

Prof. Antonello Zoppoli

REDAZIONE

Prof. Clelia Buccico (Coordinamento), Dott. Ernesto Aceto, Dott. Gabriella Gimigliani, Dott. Valeria Maresca, Dott. Gennaro Rotondo, Dott. Roberto Sgobbo, Dott. Maria Villani, Dott. Salvatore Villani.

Innovazione e Diritto – Rivista di Diritto tributario, dell'economia e del lavoro – si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali da pubblicare sulla base di una valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla Direzione e si avvale anche di esperti esterni al suddetto Comitato. Al fine di garantire l'anonimato, nell'ultimo numero di ciascun anno solare verrà pubblicato l'elenco dei Professori ordinari che hanno collaborato alla rivista in qualità di referee. I lavori sottoposti a revisione sono contrassegnati con un asterisco (*).

INDICE

PARTE PRIMA

- Editoriale: ricordo del Professor Gustavo Minervini p. 7
di Marilena Rispoli
- L'obbligo di forma scritta nei contratti bancari: gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario p. 14
di Talita Desiato
- Brain drain* e agevolazioni alle imprese che investono in ricerca e sviluppo p. 34
di Rosa Geraci
- Problemas del federalismo fiscal en Espana con respecto a los municipios: el empuesto sobre actividades economicas p. 58
(Problemi Del Federalismo Fiscale In Spagna Con Riferimento Ai Comuni: L'imposta Sulle Attività Economiche)
di Carlos María López Espadafor
- Economia digitale e imposizione indiretta p. 85
di Giuseppe Melis

- Recenti misure per la riduzione del cuneo fiscale p. 127
di Carmen Mione
- “L’obbligo del contraddittorio nel procedimento tributario” p. 142
di Salvatore Muleo
- Il taglio del costo del lavoro attenua ma non risolve la crisi p. 182
dell’Irap e ne amplifica le contraddizioni
di Raffaele Perrone capano
- La penalizzazione del risparmio nella legislazione tributaria p. 204
del 2014
di Federico Rasi
- La nuova legge bancaria spagnola del 2014 p. 226
di Alberto Javier Tapia Hermida

PARTE SECONDA

- Effettività del contraddittorio preventivo nell’accertamento p. 305
tributario e previsione di nullità dell’avviso ante tempus, nella
recente pronuncia della Consulta (Corte Cost., sent. 7 luglio
2015, n. 132
di Valeria Maresca

Editoriale: Ricordo del Professor Gustavo Minervini

di Marilena Rispoli Farina

"L'uomo che onora il suo Maestro, onora se stesso"

Il 4 aprile 2015 è scomparso il Prof. Gustavo Minervini, Decano dei giuscommercialisti italiani, referente culturale per generazioni di studiosi. Per chi come me ha avuto la fortuna di averlo come Maestro non è semplice ricordare i tratti della sua figura, senza rischiare di essere influenzata dal rapporto che si crea appunto tra maestro e allievo e che può condurre a un giudizio condizionato dalla venerazione che solitamente il secondo ha nei confronti del primo. Di sicuro, come è emerso nelle due giornate napoletane che gli sono state dedicate, la prima promossa dalla Federico II presso l'Aula Magna della ex Facoltà di Economia, in via Partenope, nella splendente veste di marmi e boiserie degli anni '30, la seconda presso la storica sede dell'Istituto Banco di Napoli Fondazione, in via de' Tribunali, in molti hanno sottolineato che Gustavo Minervini, al di là della apparente indole austera mostrava un talento forse inaspettato, considerato il suo piglio severo, nel coltivare i rapporti personali con allievi, colleghi e collaboratori e si mostrava vicino alle persone nei momenti delicati della loro vita a dividerne gioie e preoccupazioni. Insomma... era *presente* e cercava di ricordare di ognuno le vicende che destavano maggiori affanni. Questo lato della sua personalità è risultato più evidente negli anni della maturità scientifica e professionale che in quelli giovanili, in cui era fortemente impegnato, come allievo del grande Alessandro Graziani, fondatore della scuola napoletana del Diritto Commerciale, a redigere le numerose opere che costituiscono ancora oggi studi basilari per il Diritto Commerciale quali "Lo sconto bancario", "Il mandato la commissione la spedizione", "Gli amministratori

di società per azioni”, “Il lavoro nautico”, “Concorrenza e consorzi”, “L’imprenditore: fattispecie e statuti”. Ma non dubito che anche negli anni ’70 dello scorso secolo, quando si è affermato come protagonista nello scenario della dottrina giuscommercialistica italiana, abbia manifestato questo peculiare approccio personale che gli studiosi come Giuseppe Benedetto Portale, da Minervini portato in cattedra, dichiarano di conservare come un bagaglio prezioso della propria memoria.

Della prestigiosa attività accademica si può dire che, nato il 17 maggio 1923 a Napoli, è diventato professore ordinario nel 1953. Come tutti gli studiosi della sua generazione ha insegnato in molte sedi lontane da quella di origine: nelle Università di Messina, Modena, Bari, nell’Istituto Universitario Navale (ora Partenope), Napoli Economia e Commercio, della quale è stato anche Preside durante vari anni. Dal 1979 al 2005 è stato professore ordinario di Diritto Commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma “La Sapienza”. Poi professore emerito nella stessa Facoltà. Ha insegnato per incarico Diritto del Lavoro e Diritto Industriale. È stato durante tre Anni Accademici professore di Diritto Bancario nella Facoltà di Giurisprudenza della Libera Università Internazionale di Scienze Sociali (LUISS) di Roma. Gli è stata conferita la laurea specialistica “Honoris causa” presso la Facoltà di Economia “E. Godwin” dell’Università di Siena il 22 maggio 2006 in Economia e Gestione degli Intermediari Finanziari, con una dissertazione su “La banca d’Italia oggi”. Negli anni romani ha approfondito in particolare temi di diritto bancario e del mercato finanziario: ha curato, in collaborazione col prof. Giulio Vesperini, una raccolta di leggi sul “Controllo del mercato finanziario”; ha curato altresì i volumi collettanei su “Banche in crisi: 1960-1985”, “Le attività finanziarie. I controlli” e “Il diritto della borsa nella prospettiva degli Anni novanta”, frutto di un Gruppo di ricerca del quale è stato il coordinatore nazionale. Il Ministro dell’Università gli ha conferito la medaglia d’oro dei “Benemeriti della scuola, della cultura e dell’arte”. I dati che riporto sono elencati dallo stesso Minervini nel curriculum dallo stesso redatto nel

2006 con sintesi e puntualità, com'era sua abitudine.

Alla intensa attività scientifica si è accompagnata quella professionale: è stato avvocato iscritto all'albo della Corte di Cassazione, specialista in materia di imprese, società, banche e mercato finanziario. Consulente di varie società e banche. Iscritto nel registro dei revisori contabili. Esperto della Commissione delle Comunità Europee per la elaborazione del primo progetto di Società Europea, nonché in materia di concorrenza. Ha rappresentato altresì il Governo Italiano in riunioni presso la Commissione Europea in tema di società. È stato anche Consigliere Speciale della Commissione Europea per vari anni, in materia di società. È stato componente della Commissione ministeriale per la riforma delle società per azioni, nominata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1978; e del Gruppo di lavoro sulla stessa materia, nominato parimenti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1993. È stato Presidente della Commissione ministeriale per lo studio dei mezzi per contrastare i fenomeni di corruzione, nominata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1996. È stato componente del Consiglio Tecnico-Scientifico della Programmazione presso il Ministero del Bilancio e della Programmazione Economica. È stato consulente della Banca d'Italia e della Consob, e componente del Comitato Scientifico della Consob. È stato Consigliere di Amministrazione della SME s.p.a. e dell'INA s.p.a., Presidente del Consiglio di Amministrazione di Autostrade Meridionali s.p.a., e sindaco della Sogin s.p.a. e dell'ENEL s.p.a. (1992-2004). E' stato presidente della Fondazione Banco di Napoli e consigliere della Fondazione Teatro di S. Carlo Attività.

L'Università "Federico II" nell'incontro del 13 maggio, affollatissimo di studiosi provenienti da tutta Italia, di personalità napoletane e colleghi che hanno condiviso l'esperienza napoletana degli anni '70, ha voluto ricordare in particolare il contributo che Minervini ha dato al prestigio dell'Ateneo federiciano. Il Prof Gustavo Minervini ha insegnato presso la Facoltà di Economia e Commercio di Napoli dal 1961 al 1979 svolgendo un ruolo molto significativo oltre che per l'indiscusso valore della sua

produzione scientifica, anche per il contributo allo sviluppo della Facoltà, da allora in fase di continua crescita. All'epoca l'Istituto di Diritto privato, collocato in Piazza Vittoria negli anni 1970-1980, e diretto oltre che da Minervini, che ne fu il principale animatore, da altri prestigiosi docenti come Sabino Cassese, Fabio Mazziotti, Ugo Maiello, ha assunto rilevanza a livello nazionale per la ricca biblioteca, per essere luogo d'incontro di studiosi di provenienza nazionale e internazionale e sede di attività di ricerca in vari rami del diritto privato, del lavoro, commerciale e bancario. La direzione Minervini ha consentito ad un gruppo di giovani studiosi, di cui ho fatto parte, di svolgere una intensa attività di ricerca, e di partecipare a seminari tenuti da docenti ed esperti del diritto Commerciale e dell'Economia su temi di assoluta novità per l'epoca, come la grande impresa, i gruppi imprenditoriali, le imprese a partecipazione statale, i controlli interni ed esterni sulle Società, pubblicati poi nella collana dell'Istituto. Sotto la sua guida ho condotto uno studio di carattere storico sulle origini della nominatività obbligatoria dei titoli azionari, tema caro ad Alessandro Graziani, sulla cui base ho redatto un volume per la Collana della Rivista delle Società, che contiene atti parlamentari e documenti d'archivio sulla formazione della legge ed è preceduto da un saggio dello stesso Minervini sulla storia del provvedimento, dagli anni del governo Giolitti a quelli della Seconda Guerra quando la legge fu varata, secondo Galeazzo Ciano nei suoi "diari", per colpire gli industriali italiani che ormai abbandonavano il regime. Ricordo che Minervini mi spronava a documentare le mie intuizioni, sia con il materiale d'archivio sia con colloqui con storici come Paolo Ungari, Simona Colarizi. Per scrupolo lessi tutto quello che all'epoca era disponibile sulla politica economica del Fascismo e devo riconoscere che ancora adesso quel bagaglio di conoscenze mi è utile. Tanto è che gli amici delle discipline storiche della Facoltà di Economia mi coinvolgono in incontri e convegni su questi temi e su quelli della riforma bancaria del '36, cui mi dedicai successivamente quando Minervini fece il mio nome a Mario Porzio che intendeva condurre una ricerca storica su questo tema. Ricordo che il Professore era molto

soddisfatto della ricerca cui mi ero dedicata con fervore giovanile e con molta curiosità, non possedendo oltre a tutto una formazione specifica, e mi spronava a continuare su quel filone poiché era convinto che bisogna “fare quello che riesce bene” cioè seguire la propria passione. Un consiglio prezioso. Lo ringrazio per questo.

Minervini si dedicò anche alle attività del Centro studi sulle comunità europee, presieduto dal prof. Francesco Capotorti, allora direttore dell'Istituto di Diritto Pubblico. La dimensione europea dei temi di studio è stata sempre sua costante attenzione, come anche l'attività di ricerca e di formazione degli allievi, coniugando sempre rigore degli studi e attenta valutazione del merito, nonché l'apertura a nuovi temi e metodologie di lavoro. Ha sempre sostenuto l'importanza della interdisciplinarietà della ricerca, che ha sperimentato molte volte negli anni, credo soprattutto nella Facoltà di Economia di Napoli. Per quanto riguarda l'attività in questa Facoltà, Minervini, come ha ricordato l'attuale Rettore Gaetano Manfredi, ha dato un apporto fondamentale negli anni 1968-80 sia come docente che come Preside, favorendo le nuove forme di partecipazione dei docenti ai Consigli di facoltà (fu allora adottata la c.d. risoluzione Minervini) rendendoli pubblici per la maggior parte delle questioni. Ancora rilevante il contributo alla risoluzione dei problemi edilizi, diventati scottanti per la forte crescita degli iscritti, con la proposta approvata nel 1972 di costruzione di un nuovo insediamento nelle zone di Fuorigrotta - Monte Sant'Angelo per le Facoltà di Economia e di Scienze, che troverà realizzazione solo dopo molti anni, ma che affronta da allora non solo il problema della struttura, ma anche quello logistico. Diventato Preside nel 1972, interpretando anche le istanze degli studenti e dei docenti, promosse un significativo rinnovamento, delle metodologie e delle forme didattiche, per rispondere alla diversa domanda richiesta alla struttura universitaria, senza però alcuna concessione ad automatismi e/o semplificazione dei programmi. Significative in tal senso le forme di semestralizzazione dei corsi, di raddoppiamento degli insegnamenti per predisporre

un adeguato rapporto docente - discente, di promozione di attività interdisciplinari per connotare la formazione dei laureati in Economia e commercio che in quegli anni si presentavano sul mercato del lavoro con un bagaglio formativo molto apprezzato. Il suo apporto ha anticipato molte delle novità che saranno realizzate con la riforma universitaria introdotta con la legge n. 382 del 1980.

Infine deve ricordarsi l'attività politica: è stato Deputato al Parlamento per la Sinistra Indipendente nell'VIII e nella IX Legislatura (1979-1987), ricoprendo la carica di Vice-presidente nella prima della Commissione "Bilancio", nella seconda della Commissione "Finanze e Tesoro". In quegli anni è stato promotore di numerosi progetti di legge con particolare riguardo alle riforme del diritto del mercato finanziario particolarmente sentite all'alba del processo di "finanziarizzazione" dell'economia che stava investendo anche l'Italia. Determinante fu l'incontro con Gerardo Chiaromonte, scrivono le cronache, per il rapporto intenso ed il ruolo che svolse nell'introduzione ai complessi meccanismi della vita parlamentare. Insieme diedero vita ed animarono un agguerrito gruppo di intellettuali impegnati nell'azione politica, tra cui Altiero Spinelli, Stefano Rodotà, Franco Bassanini, Luigi Spaventa, Vincenzo Visco, Luciano Guerzoni.

Giorgio Napolitano, Marco Onado e Stefano Rodotà ne hanno ricordato l'impegno civile, e politico nel secondo incontro napoletano dell'8 giugno, presso l'Istituto Banco di Napoli Fondazione, di cui è stato presidente, guidandola, come è stato ricordato in quella sede, "con professionalità, autorevolezza e stile, nella sua fase più drammatica e delicata". Come Presidente dell'Istituto Banco di Napoli Fondazione, dal '95 al '97 si prodigò per il salvataggio del Banco S.p.A., intervento generoso che non fu coronato da successo. <<Il professor Minervini ha difeso in tutti i modi il Banco di Napoli – ha ricordato Adriano Giannola, già presidente dell'Istituto – e visse quella fase in modo traumatico>>. Noi tutti che gli siamo stati vicini sappiamo che quella sconfitta gli è sempre bruciata, poiché la sua lungimiranza gli faceva comprendere quali problemi avrebbe dovuto affrontare la città di Napoli, con la sua

realtà così complessa, perdendo la propria banca di riferimento. Nello svolgimento dell'attività parlamentare Minervini presentò un disegno di legge sulla trasparenza bancaria, che fu poi molto ridimensionato nella versione finale, ma che conservò, all'art. 8, una norma molto significativa per la rivendicazione dell'equiparazione tra Nord e Sud sul versante del costo del credito. La norma, mai applicata, fu poi soppressa, ma testimonia come l'impegno di attento studioso e profondo conoscitore della materia bancaria e finanziaria di Minervini abbia trovato riscontro nella sua attività di legislatore.

Innovatore negli studi e nella metodologia della ricerca lascia un grande vuoto come nella società civile e politica, anche nel cuore dei suoi allievi.

L'obbligo di forma scritta nei contratti bancari: gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario*

di Talita Desiato

ABSTRACT

The written form required of bank contracts it outlines that a basic requirement of contracts is to ensure transparency and honesty in the relationships between banks and customers. The bank contracts from entering into law in 154/1992 must be written in a certain way, under penalty of nullity (art. 117 Testo Unico delle leggi bancarie e creditizie).

The first objective of the format of these contracts is to have correct and complete information of the customers. The second requirement is to observe the needs of legal regulations.

In case of violation of the written form the art. 127 of the TUB provides for relative nullity of contracts.

Then, the guidelines of the Arbitro Bancario Finanziario, which have commented at different times on this delicate and debated issue, were analysed.

SINTESI

L'obbligo di forma scritta dei contratti bancari si delinea come un requisito fondamentale per assicurare la trasparenza e la correttezza nei rapporti tra banche e clienti. I contratti bancari, dall'entrata in vigore della legge n. 154/1992, devono essere redatti per iscritto sotto pena di nullità (art. 117 Testo Unico delle leggi bancarie e creditizie). Il primo obiettivo della previsione del requisito di forma scritta è l'interesse ad una corretta e completa informazione del cliente; in secondo luogo, rileva l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici. In caso di violazione della forma scritta l'art. 127 del TUB prevede la nullità relativa del contratto.

In questo lavoro vengono presi in considerazione gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario, che ha avuto modo di esprimersi più volte su questa tematica così delicata e dibattuta.

SOMMARIO: 1. Premessa. L'obbligo di forma scritta dei contratti bancari: le norme di riferimento 2. Forma scritta ex art. 117 t.u.b negli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario 3. Mancanza del requisito di forma scritta 4. I contratti relativi agli strumenti di pagamento 5. La forma del contratto di apertura credito 6. Nullità delle singole clausole 7. Le decisioni del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario

1. Premessa. L'obbligo di forma scritta dei contratti bancari: le norme di riferimento

La trasparenza e la correttezza nei rapporti tra banche e clienti sono perseguite tramite una serie di norme specifiche che regolano e disciplinano le varie fasi in cui si articolano tali relazioni. Proprio nei rapporti contrattuali difatti si manifesta la posizione di forza della banca nei confronti del cliente che finisce per assumere così il ruolo di contraente debole, meritevole di tutela.

I contratti bancari, dall'entrata in vigore della legge n. 154/1992, devono essere redatti per iscritto sotto pena di nullità (art. 117 Testo unico delle leggi bancarie e creditizie, in seguito "TUB"). La previsione del requisito di forma scritta, sembra tutelare una serie di interessi specifici della contrattazione in ambito bancario.

In primo luogo, viene in evidenza l'interesse ad una corretta e completa informazione sull'offerta contrattuale, assicurato dal fatto che il cliente ha diritto a ricevere una bozza del contratto prima della stipula, e che tale documento deve conseguentemente contenere tutte le condizioni economiche del rapporto¹. In

¹ Provvedimento Banca d'Italia, 29 luglio 2009 (ultimo aggiornamento, 22 giugno 2012), *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, Sezione II, par. 6.

secondo luogo, rileva l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici², con particolare riferimento alla facilità per il cliente di verificare ed esigere che la banca rispetti durante il rapporto le condizioni pattuite al momento della stipula. Inoltre, il rispetto della forma scritta da parte delle banche costituirebbe, in qualche modo, espressione del principio di buona fede³.

Venendo alle norme del TUB, va detto anzitutto che in base al 2° co. dell'art. 117 il CICR può prevedere deroghe alla regola di forma scritta, per « motivate ragioni tecniche ».

La delibera CICR 4 marzo 2003 a sua volta delega la Banca d'Italia a individuare « forme diverse da quella scritta per le operazioni e i servizi effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto, nonché per le operazioni e i servizi, oggetto di pubblicità ai sensi della precedente delibera, che hanno carattere occasionale ovvero comportano oneri di importo contenuto per il cliente ».

La Banca d'Italia a sua volta, ha attuato la delega del CICR, prevedendo che la forma scritta non sia obbligatoria per: « a) le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di contratti redatti per iscritto; b) le operazioni e i servizi prestati in via occasionale – quali ad esempio, acquisto e vendita di valuta estera contante, emissione di assegni circolari – purché il valore complessivo dell'operazione non ecceda i 5.000 euro e a condizione che l'intermediario mantenga evidenza dell'operazione compiuta; consegni o invii tempestivamente al cliente conferma dell'operazione in forma scritta o su altro supporto durevole, indicando il prezzo praticato, le commissioni e le spese addebitate; c) l'emissione di prodotti di moneta non ricaricabili, ovvero nei casi previsti dall'art. 25, 6° co., lett. d), d.lgs. 21 novembre

² De Poli, *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 528 ss.; Silveti, in Calandra Buonauro, Perassi, Silveti, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, VI, Padova, 2001, p. 386.

³ Fauceglia, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 430.

2007, n. 231»⁴.

Le norme sulla trasparenza disciplinano quindi la pubblicità e l'informazione *pre* contrattuale, la forma e il contenuto dei contratti e le comunicazioni alla clientela relativamente alle operazioni e ai servizi disciplinati dal TUB offerti ai clienti dalle banche.

Deve osservarsi che, in caso di violazione della forma scritta, la conseguenza sul piano civilistico è più severa rispetto a quella prevista per la violazione delle norme in materia di contenuto obbligatorio del contratto. Il 3° co. dell'art. 117 TUB prevede infatti la nullità totale del contratto.

L'art. 127, co. 2, TUB, qualifica la nullità per carenza di forma scritta come "relativa", potendo essere fatta valere solo dal cliente, oppure d'ufficio dal giudice qualora comporti un vantaggio per il cliente stesso (art. 127 co. 4, TUB).

2. Forma scritta ex art. 117 t.u.b negli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario

Come abbiamo accennato, con l'entrata in vigore dell'art. 3 della L. 17-02-1992 n. 154, poi recepito nell'art. 117 del TUB, tutti i contratti bancari devono necessariamente stipularsi per iscritto a pena di nullità.

Su questa tematica così delicata e dibattuta, l'Arbitro Bancario Finanziario (in seguito "ABF") ha avuto modo di esprimersi più volte. Varie sono state le fattispecie prospettate.

Con riferimento all'art. 117, co. 1, TUB nella parte in cui prevede che "i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente" (norma richiamata dall'art. 124 in materia di contratti di credito al consumo), l'ABF afferma che l'intermediario non è riuscito a provare di aver concluso il contratto di finanziamento nel rispetto dei requisiti imposti dalla legge in materia di forma dei contratti conclusi tra intermediari e clientela. Limitandosi, anzi, ad esibire una accettazione che non

⁴ Provvedimento Banca d'Italia, 29 luglio 2009, cit., Sezione III, 2, 20.

solo contiene condizioni contrattuali per una polizza assicurativa non richiesta, ma non appare in alcun modo speculare e sicuramente riconducibile alla proposta inviata dal cliente.

La documentazione esibita dall'intermediario può quindi essere considerata accettazione non conforme alla proposta equivalendo così – secondo la regola generale di cui all'art. 1326, ult. co., c.c. – quale nuova proposta. L'intermediario non può invocare un'accettazione per *facta concludentia* proprio per la rigidità formale di protezione posta dalla normativa richiamata.

Da quanto sopra, l'ABF ne ha fatto conseguire la nullità del contratto di finanziamento per difetto di forma ex art. 117 TUB. Secondo l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza si tratta di un'ipotesi di nullità relativa di protezione che opera a vantaggio del cliente e che, seppure non eccepita, può essere rilevata d'ufficio nell'interesse dello stesso⁵.

Dalla nullità del contratto consegue, in base alle regole del codice civile, l'obbligo a carico delle parti di procedere alla restituzione delle prestazioni eseguite, secondo i principi propri della ripetizione dell'indebitato (art. 2033 c.c.). La somma ricevuta in prestito deve essere quindi restituita dal cliente, essendo stata accertata la mancanza di un contratto valido, idoneo a giustificare l'acquisizione da parte dello stesso, sia pure non a titolo definitivo (art. 1422 c.c.).

In casi del genere, la decisione del Collegio di Coordinamento n. 3257 del 2012, ricollegandosi l'obbligazione restitutoria dell'*accipiens*, conseguente all'accertata inefficacia del contratto, afferma che il relativo assetto sinallagmatico non può non influire sulla complessiva configurazione della obbligazione restitutoria medesima.

Risulta allora chiaro come, per il mutuo oneroso e i contratti affini, la pretesa restitutoria nascente dall'accertamento della inefficacia del contratto non possa limitarsi alla sola somma-capitale, restando, altrimenti, priva di reintegrazione quella

⁵ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 272/2013.

convenzionalmente concessa dilazione della restituzione del capitale prestato che vale proprio a caratterizzare – sul piano della corrispettività delle prestazioni e, quindi, sotto il profilo causale – i contratti creditizi.

Conclusioni, questa, a maggior ragione obbligata, ovviamente, in un'ottica ricostruttiva tendente, per i contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto il godimento di un bene (come, ad esempio, la locazione di un immobile) a considerare senz'altro il valore d'uso del bene stesso come costituente l'obbligazione restitutoria primaria (con la conseguenza che il mutuatario, dichiarata la nullità del contratto, risulta sicuramente tenuto alla restituzione della somma-capitale e alla corresponsione degli interessi per il periodo in cui ha avuto il godimento della somma medesima).

Secondo una simile ricostruzione, dunque, la corresponsione degli interessi risulta elemento costitutivo imprescindibile dell'obbligazione restitutoria gravante sull'*accipiens*⁶.

Il Collegio di Roma⁷ si è espresso in merito alla violazione da parte dell'intermediario delle regole imposte dal TUB a tutela della trasparenza. In particolare, si ha riguardo all'art. 117 co. 1 TUB nella parte in cui prevede che "i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente" (disposizione richiamata dall'art. 124 in materia di contratti di credito al consumo) e all'art. 127 TUB. Nel caso in cui l'intermediario non riesca a provare di aver concluso il contratto di finanziamento nel rispetto dei requisiti imposti dalla legge in materia di forma dei contratti conclusi tra intermediari e clientela, riconosce espressamente di non avere reperito la copia del contratto di finanziamento stipulato limitandosi a produrre le condizioni generali di contratto e i "documenti di sintesi" inviati a fine anno. Tale documentazione in nessun caso può essere ritenuta idonea a provare il contenuto del contratto, posta l'esistenza della regola di forma.

L'obbligo restitutorio, conseguente all'accertata nullità del contratto per difetto di

⁶ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 6183/2013.

⁷ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 272/2013.

forma, comporta, oltre alla restituzione del capitale, anche l'obbligo di corresponsione di interessi in ragione dell'utilizzo del denaro prestato di cui il cliente ha comunque usufruito, calcolati in base al tasso legale vigente nel periodo considerato.

3. Mancanza del requisito di forma scritta

La circostanza dell'apertura di un conto corrente in assenza della disposizione scritta da parte del cliente appare sicuramente da censurare in quanto posta in essere in violazione di una norma imperativa che esprime un'esigenza ineludibile del sistema dei contratti bancari⁸.

Sul punto, il Collegio di Napoli⁹ ha chiarito come non possa essere condiviso l'indirizzo interpretativo, pure autorevolmente espresso a livello giurisprudenziale, secondo cui, atteso il rigore di forma che caratterizza i contratti tra banca e cliente, sarebbe impossibile considerare concluso il contratto anche nei casi in cui l'intermediario produca in giudizio il documento contrattuale regolarmente sottoscritto dal cliente, ma mancante di formale accettazione. Tale interpretazione non considera, infatti, che in casi del genere sembra comunque rispettata la *ratio* a cui obbedisce la previsione di una forma scritta *ad substantiam* per tali contratti, ovvero che sia il cliente – presumibilmente, parte debole del rapporto – a dover essere consapevole del particolare significato dell'atto che compie e dei particolari impegni che assume; una consapevolezza che allora certamente sussiste quando la copia del contratto reca la sua sottoscrizione e che non viene meno, nel caso di esecuzione del rapporto, per l'eventualità che la banca non vi abbia apposto poi la propria. Nella circostanza, invece, che non vi sia traccia dell'effettivo ricevimento

⁸ In un caso, sebbene il contratto richiedesse la forma scritta a pena di nullità, l'intermediario stesso ha ammesso che il conto corrente era stato attivato e poi estinto senza che il cliente avesse sottoscritto lo stesso (in violazione dell'art. 117, co. 1 e 3, TUB); cfr. Collegio di Roma, dec. n. 1668/2013.

⁹ Cfr. Collegio di Napoli dec. n. 804/2013.

della proposta contrattuale, dirimente sembra il rilievo che intanto si può ammettere la sostituzione di una clausola di esercizio dell'*ius variandi* solo quando la clausola che si intende sostituire sia stata originariamente e validamente pattuita, sicché la sua nullità è solo sopravvenuta per effetto di una modifica normativa, ma non certo anche quando la nullità sia, per così dire, originaria.

4. I contratti relativi agli strumenti di pagamento

Il Collegio di Milano¹⁰ ha ricordato come la Banca d'Italia, con comunicato del 20.4.2010, abbia espressamente richiamato gli intermediari alla scrupolosa osservanza del divieto di inviare strumenti di pagamento in assenza di esplicita richiesta del cliente formulata per iscritto.

Va rilevato che le questioni giuridiche che si pongono nel contesto delle carte c.d. *revolving* attengono al diritto dei contratti, in quanto la consegna e l'utilizzo della carta presuppongono la conclusione di un apposito accordo in cui vengano fissate le regole che disciplinano il rapporto.

Le carte *revolving* sono concesse con una certa facilità senza la sussistenza di quelle tutele tipiche di altre forme di credito e non sempre i loro titolari sono pienamente consapevoli degli oneri che comportano tali strumenti.

Nella fase antecedente alla conclusione del contratto, ciò che rileva è l'informazione del cliente cui è tenuto l'intermediario, il quale deve mettere a disposizione del cliente le "informazioni europee di base sul credito ai consumatori" (art. 124 TUB), che consistono in determinate notizie standardizzate provenienti dal finanziatore e indirizzate al finanziato¹¹.

Alla carenza della forma scritta del contratto non può in alcun modo compensare il generico riferimento ad un precedente contratto di finanziamento personale,

¹⁰Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 1624/2013.

¹¹ A. Minto, *Il nuovo documento denominato "Informazioni europee di base" nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 98 s.

contenente una mera previsione della “possibilità” di rilasciare al cliente una carta di credito *revolving*.

Né d'altro canto può rimediare a tale carenza l'indicazione, contenuta negli estratti conto mensili, inviati *ex post*, del fido accordato e del tasso di interesse applicato al rapporto. Ne discende che, in mancanza della forma scritta, il contratto relativo alla carta *revolving* va considerato nullo ai sensi dell'art. 117 TUB.

È accaduto, in alcune occasioni, che le società finanziarie abbiano inviato carte di credito a domicilio, senza che prima sia stato stipulato un apposito contratto. Anche tale prassi, va ritenuta illegittima in quanto i prestatori di servizi di pagamento hanno l'obbligo di astenersi dall'inviare strumenti di pagamento non specificamente richiesti¹². Non è prevista però alcuna sanzione per il caso di inosservanza della norma.

Al riguardo, appare ragionevole la tesi secondo la quale, in situazioni come quella descritta, nessun onere possa essere preteso dal soggetto finanziato, in quanto il comportamento del finanziatore si pone in contrasto con la legge. In sostanza, quando le carte di credito *revolving* vengono inviate al domicilio del cliente, ai sensi dell'art. 117 del TUB, non può ritenersi validamente concluso un contratto per effetto della mera spedizione dello strumento di pagamento. L'intermediario non può quindi pretendere oneri sulla base di un contratto non esistente¹³.

5. La forma del contratto di aperture credito

Il Collegio di Napoli¹⁴ ritiene di dovere aderire all'indirizzo interpretativo che valuta non necessaria la forma scritta per la conclusione del contratto di apertura di credito, sul presupposto che costituisce sufficiente garanzia per il cliente che sia previsto e regolato per iscritto il contratto di conto corrente che funge da contratto normativo.

¹² Art. 8 comma 1 lett. b d.lgs. N. 11/2010.

¹³ V. Sangiovanni, *Questioni giuridiche connesse all'emissione e all'uso delle carte di credito revolving*, i *Contratti*, 2014.

¹⁴ Cfr. Collegio di Napoli, dec. n. 3668/2013.

Com'è stato sottolineato dalla Corte di legittimità: "dal 1992 a tutt'oggi le disposizioni della Banca d'Italia, a tanto autorizzata dal C.I.C.R. hanno sempre previsto, pur nel variare dei testi normativi, che non fosse richiesta la forma scritta per i contratti relativi ad operazioni e servizi già previsti in contratti redatti per iscritto, tra cui il contratto di conto corrente, in base alla considerazione che costituisce sufficiente garanzia per il cliente che il contenuto normativo del contratto sia redatto per iscritto, mentre poi la sua concreta stipulazione, alle condizioni riportate nel contratto scritto, potrà avvenire in altra forma nel rispetto delle esigenze di celerità ed operatività che taluni tipi di contratti esigono" (Cass., 15 settembre 2006, n. 19941).

Ad esempio, l'aver effettivamente utilizzato la linea di credito posta a disposizione del cliente dall'intermediario, il tentativo di definire transattivamente l'esposizione debitoria dimostrando piena consapevolezza circa l'effettivo utilizzo della linea di credito, la mancata contestazione dell'apertura di credito concessa sino al momento del reclamo sono tutte circostanze che attestano come il consenso tra le parti in ordine alla conclusione del contratto di apertura di credito si sia puntualmente perfezionato, senza possibilità, per il ricorrente, di contestare vizi genetici in ordine alla insorgenza del rapporto contrattuale.

Anche la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14470 del 9 luglio 2005, ha aderito a questo indirizzo ricordando che la legge sulla trasparenza bancaria (art. 3, co. 3, della legge n. 154 del 1992) e il testo unico bancario (art. 117, co. 2), pur prevedendo la forma scritta a pena di nullità per il contratto di apertura di credito, al contempo attribuiscono al CICR il potere di prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta.

Sono pertanto legittime le norme emanate dal CICR (nel 1992 in via d'urgenza, in sua sostituzione, dal Ministro del tesoro) e dalla Banca d'Italia, che prevedono la non obbligatorietà della forma scritta per le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto, in quanto tali disposizioni

completano ed integrano la norma di legge, in virtù di una facoltà espressamente prevista dalla legge stessa.

Una volta chiarito che il vincolo della forma scritta non è necessaria per un contratto di apertura di credito previsto e regolato da un contratto di conto corrente, può convenirsi che la conclusione del primo possa avvenire anche per comportamenti concludenti¹⁵.

6. Nullità delle singole clausole

A fronte dell'eventuale nullità di singole clausole, possono prodursi gli effetti della disposizione di cui all'art. 1419 c.c. in forza della quale "la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative." Ciò premesso, il Collegio di Milano¹⁶ ha affermato che le clausole contrattuali dedotte in contestazione dal cliente non fossero in alcun modo affette da nullità, risultando semplicemente a lui sgradite, nonostante l'intervenuta scelta di sottoscriverle ed accettarle.

Appare utile ricordare che il quadro normativo nel quale si colloca il rapporto contrattuale dedotto in contestazione è tracciato dall'art. 117 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) in forza del quale: "I premi pagati all'intermediario e le somme destinate ai risarcimenti o ai pagamenti dovuti dalle imprese di assicurazione, se regolati per il tramite dell'intermediario, sono versati in un conto separato, del quale può essere titolare anche l'intermediario espressamente in tale qualità, e che costituiscono un patrimonio autonomo rispetto a quello dell'intermediario medesimo. Sul conto separato non sono ammesse azioni,

¹⁵ Cassazione, 15 settembre 2006, n.19941.

¹⁶ Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 383/2011.

sequestri o pignoramenti da parte di creditori diversi dagli assicurati e dalle imprese di assicurazione. Sono ammesse le azioni da parte dei loro creditori ma nei limiti della somma rispettivamente spettante al singolo assicurato o alla singola impresa di assicurazione. Sul conto separato non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario nei confronti dell'intermediario (...)"

In tale contesto, il contratto prevede il conferimento da parte del cliente alla banca dell'autorizzazione di comunicare dati relativi al conto corrente a compagnie mandanti che dovessero farne richiesta; orbene, nessuna norma imperativa vieta ad un correntista di autorizzare la banca a comunicare dati e/o consegnare documenti ad un terzo, a maggior ragione nella specie, ove il terzo è portatore di un interesse. Analogamente, il testo contrattuale si limita a prevedere il conferimento da parte del correntista in favore delle compagnie mandanti del diritto di disporre operazioni a valere sul conto corrente, mentre riconosce il diritto alle compagnie di autorizzare la chiusura del conto – lasciando peraltro libera la facoltà di prelievo del correntista e non pregiudicando la facoltà di recesso riconosciuta *ex lege* dall'art. 118 del TUB in caso di modifica unilaterale delle condizioni economiche – senza porsi in contrasto con alcuna norma imperativa. Una simile clausola, infine, appare priva di alcun autonomo valore precettivo, limitandosi nel contenuto ad una mera dichiarazione di scienza.

7. Le decisioni del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario

Come si è visto, i Collegi ABF hanno avuto modo di esprimersi più volte in merito alla nullità per mancanza di forma dei finanziamenti del tipo *revolving*, e su di essi, ha avuto modo di esprimersi anche la Banca d'Italia, in ragione delle sue caratteristiche, idonee a vulnerare alcuni e fondamentali presidi di correttezza e lealtà nel mercato del credito.

I tre collegi ABF hanno assunto, nei confronti del modello negoziale in esame,

atteggiamenti non omogenei, sia per quanto riguarda la qualificazione in termini di invalidità del contratto, sia in ordine alle relative conseguenze.

La tipologia negoziale in esame, è caratterizzata dalla collocazione di un prestito *revolving*, che l'intermediario pretende ricollegabile ad una remota richiesta di finanziamento del cliente, nel momento della relativa proposizione espressamente finalizzata all'acquisto di beni durevoli ma formulata utilizzando una modulistica che, in un quadro di assai scarsa trasparenza tende equivocamente ad iscrivere il finanziamento stesso in una potenzialmente più vasta operazione finanziaria. In effetti, costituirebbe, una operazione effettuata in esecuzione di un regolamento di interessi formalmente concluso, e, come tale, i requisiti di forma e il contenuto minimo di cui all'art. 117 TUB andrebbero valutati con riferimento all'originario contratto di finanziamento, validamente conclusosi tramite formali dichiarazioni recanti l'indicazione, seppure generica, del servizio e del relativo costo.

Il collegio ABF di Milano¹⁷ ha ritenuto non realizzato, con riguardo alla concessione del finanziamento *revolving*, in relazione alla tipologia negoziale in discussione, il requisito di cui all'art. 117, co. 1, TUB, con conseguente relativa nullità, ai sensi del co. 3 dello stesso articolo, per mancanza, cioè, della forma scritta richiesta *ad substantiam*.

Il collegio ABF di Roma giunge, invero, allo stesso risultato (della nullità, cioè del contratto di finanziamento *revolving*), anche "in quanto stipulato con modalità non conformi a quelle inderogabilmente stabilite dal legislatore", con riferimento alla disciplina di cui all'art. 3 del d.lgs. 25.9.1999, n. 374, che riserva agli agenti in attività finanziaria iscritti all'apposito albo la promozione e la conclusione di contratti di finanziamento¹⁸.

Il Collegio ABF di Napoli¹⁹ secondo una impostazione data poi per scontata nelle

¹⁷ Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 821/2011 e 1993/2011.

¹⁸ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 2200/2012.

¹⁹ Cfr. Collegio di Napoli, dec. n. 597/2011.

successive decisioni concernenti analoga tipologia negoziale, non ha, invece, reputato senz'altro invalida, ai sensi dell'art. 117 TUB, la concessione del finanziamento *revolving*. La pur ammessa validità del contratto non è sufficiente a dimostrare che le condizioni e le voci di costo non espressamente contemplate nel testo contrattuale siano, poi, integrabili a mezzo di successivi documenti di sintesi. Si è, così, concluso che gli importi versati debbano andare per intero imputati a capitale e la remunerazione del finanziamento conteggiata separatamente, nonché che, non riportando il contratto alcuna indicazione del TAEG, a ciò debba ritenersi conseguire l'applicabilità del meccanismo di sostituzione automatica previsto dall'art. 124, co. 5, lett. a) TUB, con la conseguenza che "il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto".

Il Collegio di coordinamento, sul punto, propende per l'orientamento che ritiene nullo il contratto di finanziamento *revolving* per mancanza del requisito della forma richiesta *ad substantiam* (anche in base al richiamo che ne opera, in tema di credito al consumo, il relativo art. 124, nel testo pro-tempore vigente). Pare impossibile ritenere che la concessione del prestito *revolving* possa essere considerata operazione effettuata in esecuzione dell'originario contratto, perfezionatosi con l'erogazione dell'importo richiesto dal cliente in sede di domanda di (primo) "utilizzo particolare". Sembra trattarsi, in realtà, di un'operazione economica, nella sostanza, del tutto indipendente rispetto al contratto originariamente perfezionatosi come tale, quindi, evidentemente da valutare autonomamente, circa la sua validità, alla luce dei requisiti di forma previsti dal TUB.

In effetti, nel senso di una simile autonomia – anche a prescindere dalla palese diversità del tipo di operazioni cui la Banca d'Italia, nella normativa regolamentare, risulta alludere a proposito delle operazioni meramente esecutive di contratti scritti (aggiungendosi, peraltro, che "restano comunque soggette all'obbligo di forma

scritta le integrazioni di un contratto precedentemente concluso”) – depone soprattutto la sostanziale assenza, nel testo contrattuale originario (e anche nelle relative “condizioni generali di contratto”), di indicazioni circa l’effettivo assetto economico destinato a caratterizzare gli eventuali successivi finanziamenti. In tal senso, v’è altresì il rinvio ad un momento (anche di molto) successivo – quello, cioè, della richiesta del “nuovo” finanziamento ad opera del cliente – della manifestazione del (discrezionale) impegno negoziale all’erogazione da parte dell’intermediario.

Il contratto, infatti, non contiene alcuna indicazione non solo in ordine alle condizioni (anche essenziali) concretamente regolanti i futuri finanziamenti eventualmente richiesti ed erogati (del resto, anche in relazione al c.d. “primo utilizzo particolare, ma soprattutto in ordine agli importi eventualmente conseguibili dal cliente (con conseguente assoluta indeterminatezza dell’oggetto, se veramente si trattasse di un finanziamento già operante sulla base del contratto originario).

Dunque, l’assetto di interessi relativo al prestito *revolving* si palesa delineato, nei suoi elementi essenziali, solo a seguito di una nuova fase costitutiva, la quale è ricollegabile alla relativa richiesta del cliente formulata oralmente, ma in palese assenza, allora, dei requisiti di forma imposti a tutela del cliente dal TUB proprio al fine di assicurare “trasparenza” all’operazione creditizia, non essendo ovviamente consentito che ammontare, condizioni essenziali e voci di costo non contemplate nella forma prescritta al momento della conclusione possano, poi, essere validamente integrate a mezzo di successivi documenti.

Secondo l’impostazione dianzi accolta, la tutela del cliente deve, dunque, essere fatta discendere dall’accertata nullità del contratto di finanziamento rotativo, in applicazione dell’art. 117, co. 1 e 3, TUB (anche in quanto fatto oggetto di richiamo, in tema di credito al consumo, dall’art. 124).

Il profilo su cui divergono gli orientamenti dei due Collegi ABF di Milano e di Roma – cagionando il rinvio della questione al Collegio di coordinamento – concerne, appunto, le conseguenze dell’accertamento della nullità del contratto di

finanziamento. E risulta evidente come la questione assuma una rilevanza notevole, investendo, in via del tutto generale, il problema delle conseguenze dell'accertata invalidità dei contratti di credito ai sensi dell'art. 117 TUB.

Pare il caso, innanzitutto, di premettere che la soluzione non può essere ricercata nella specifica previsione dell'art. 124, co. 5, TUB, quale all'epoca vigente (e, ora, nell'art. 125-bis, co. 7), laddove viene disposta l'automatica integrazione/sostituzione di diritto delle clausole contrattuali "assenti o nulle", relative, in particolare, alla previsione del TAEG. Secondo quanto condivisibilmente rilevato in dottrina, infatti, l'operatività della disciplina della integrazione/sostituzione di diritto delle clausole nulle sembra presupporre la validità formale del contratto complessivamente considerato: validità radicalmente negata, invece, con riguardo alla fattispecie negoziale nella ricostruzione operata dai Collegi di Milano e di Roma, poi condivisa dal Collegio di coordinamento. Si conferma quindi che la soluzione debba essere ricercata, quindi, nella disciplina civilistica generale della ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.).

Il Collegio di Milano²⁰ giunge, così, alla conclusione secondo la quale "la nullità del contratto, per quanto importi l'obbligo di immediata restituzione del capitale, esclude che siano dovuti interessi ed altri accessori su detta somma (art. 2033 c.c.)". Il Collegio di Roma²¹, invece, conferma che, in rigorosa applicazione dell'art. 2033 c.c., sembrerebbe da "escludere che (...) possa essere posto a carico del ricorrente l'obbligo di corrispondere gli interessi 'dal giorno del pagamento' sulle somme indebitamente versate dal resistente". Ma giunge, poi, a diversa conclusione sulla base della peculiarità strutturale dei contratti di finanziamento, in cui "l'obbligo della corresponsione degli interessi è correlato (non già alla mera consegna della somma data in prestito, ma) all'obbligo, assunto da chi la eroga, di non chiederne la restituzione fino alla scadenza del termine convenuto".

²⁰ Cfr. Collegio di Milano, dec. n. 1993/2011.

²¹ Cfr. Collegio di Roma, dec. n. 2200/2012.

Si sottolinea, con evidente riferimento alla struttura caratterizzante la corrispettività nei contratti in questione, che “l’esclusione, nell’ipotesi considerata, dell’obbligo di pagamento degli interessi determina, nei rapporti tra le parti, una grave sperequazione in danno della parte attiva del rapporto, che appare difficile da giustificare sul piano dei principi, specie considerando che, seguendo tale impostazione, dovrebbe pervenirsi a legittimare anche la pretesa della controparte al rimborso delle somme versate a titolo di interessi prima della dichiarazione di nullità del contratto”.

Si adduce, a riprova dell’assunto, che la limitazione dell’obbligazione restitutoria di chi ha ricevuto il prestito, in caso di nullità del contratto, alle sole somme finanziate potrebbe trovare (e trova, in effetti, ora) idoneo fondamento solo in una norma specifica diretta alla tutela privilegiata di una particolare categoria di soggetti, come nel caso dell’attuale art. 125 *bis*, co. 9, TUB, in tema di credito al consumo, quale introdotto dal d.lgs. n. 141/2010, da ritenersi tuttavia inapplicabile in queste ipotesi, in ossequio ai principi che regolano l’efficacia della legge nel tempo (art. 11 disp. prel. c.c.).

Si fa leva anche sul necessario coordinamento della disciplina della ripetizione dell’indebito con quella in tema di arricchimento senza causa, proprio in vista della quale la Cassazione ha negato che “qualora un contratto di locazione sia dichiarato nullo, la parte che abbia usufruito del godimento dell’immobile possa pretendere la restituzione di quanto versato a titolo di corrispettivo per tale godimento ed ha riconosciuto il diritto del locatore di agire in arricchimento al fine di ottenere dal locatario, relativamente al periodo di esecuzione del contratto, il versamento di una somma corrispondente all’ammontare dei canoni”²². E si è concluso che, “facendo applicazione di tali principi nel caso di specie (...) appare evidente che non possa essere disconosciuto l’obbligo del ricorrente di corrispondere gli interessi per il

²² Cassazione, 3 maggio 1991, n. 4849; Cassazione, 14 marzo 1973, n. 714.

periodo in cui il contratto ha ricevuto esecuzione fin dalla data in cui le somme da lui utilizzate sono state poste a sua disposizione, ovviamente al tasso legale – data l'assenza di una valida pattuizione recante una diversa indicazione (art. 1284, co. 3, c.c.) – senza alcuna capitalizzazione (art. 1283 c.c.)”.

Ora, è noto come la dottrina resti persistentemente divisa sulla peculiarità o meno delle pretese restitutorie conseguenti all'accertata (originaria o sopravvenuta) inefficacia del contratto. È evidente, in effetti, che ove si aderisca alla prospettiva, per così dire, contrattualistica di tali pretese, l'assetto sinallagmatico del contratto risulta destinato inevitabilmente a riverberarsi sull'assetto delle pretese restitutorie conseguente all'accertata inefficacia del contratto. In tale ottica, allora, difficilmente potrà ammettersi che il mero difetto di forma del contratto, possa condurre, ad un assetto restitutorio tale da determinare, un ingiustificato arricchimento di una parte nei confronti dell'altra.

Diversa conclusione si potrebbe forse raggiungere alla luce dell'orientamento per cui il pagamento dell'indebito sia in ogni caso un fenomeno extracontrattuale, poiché il titolo della restituzione non è mai il contratto, trattandosi piuttosto di un'autonoma causa di obbligazione e avendo, insomma, pure le pretese restitutorie dipendenti dalla mancanza iniziale o dalla caducazione degli effetti del contratto la medesima funzione dell'azione di ripetizione in assenza di un contratto.

Nelle ipotesi di pretesa restitutoria conseguente all'accertata carenza di effetti del contratto, il problema dell'estensione della stessa agli interessi si dovrebbe risolvere, quindi, alla luce dell'art. 2033 c.c., considerando in malafede il contraente al quale sia imputabile l'inefficacia del contratto, con conseguente diritto del *solvens*, ove considerato appunto responsabile, agli interessi solo dal giorno della domanda.

Non si può, mancare di sottolineare come, anche secondo l'orientamento da ultimo ricordato, il diritto alla restituzione venga, comunque considerato conseguenza immediata e diretta del contratto, quando costituisca l'oggetto specifico dell'assetto di interessi predisposto dalle parti. Tale è, in particolare (e in

una prospettiva estensibile, in generale, ai contratti creditizi), il caso del mutuo, in cui il mutuante consegna al mutuatario una determinata somma di danaro perché questi ne acquisti la disponibilità, restituendola al termine del contratto.

In casi del genere, ricollegandosi l'obbligazione restitutoria dell'*accipiens* conseguente all'accertata inefficacia del contratto direttamente al relativo assetto sinallagmatico, non potrà non influire sulla complessiva configurazione della obbligazione restitutoria medesima. Risulta allora chiaro come, per il mutuo oneroso e i contratti affini, la pretesa restitutoria non possa limitarsi alla sola somma-capitale, restando, altrimenti, priva di reintegrazione, a favore del *solvens* (con evidente frustrazione delle finalità della ripetizione e ingiustificato arricchimento di una delle parti), quella convenzionalmente concessa dilazione della restituzione del capitale prestato, che vale proprio a caratterizzare – sul piano della corrispettività delle prestazioni e, quindi, sotto il profilo causale – i contratti creditizi.

Secondo una simile ricostruzione (condivisa dal Collegio di coordinamento), dunque, la corresponsione degli interessi risulta elemento costitutivo imprescindibile dell'obbligazione restitutoria gravante sull'*accipiens*.

La limitazione della pretesa restitutoria alla somma-capitale potrebbe derivare, allora, solo da una specifica disciplina di tutela di una particolare categoria di soggetti, in conseguenza di un intervento legislativo *ad hoc*, come sembra dimostrare l'attuale art. 125 *bis*, co. 9, TUB, in tema di credito al consumo, quale introdotto dal d.lgs. n.141/2010. Prospettiva, del resto, che finisce col trovare conferma anche nella modifica che la legge n. 108/1996 (recante disposizioni in tema di usura) ha apportato all'art. 1815, co. 2, c.c.: in considerazione dell'ivi disposta non debenza di interessi in caso di convenzione usuraria, non a caso, si ritiene diffusamente che il legislatore, a scopo specificamente sanzionatorio di una pratica ritenuta da reprimere con rigore, abbia inteso addirittura incidere – sulla base dei suoi poteri di intervento conformativo in materia di autonomia contrattuale – sulla stessa natura dell'operazione economica, quale posta in essere dalle parti,

trasformando (almeno in senso lato) il mutuo da oneroso in gratuito.

In definitiva, dunque, pare da reputare meritevole di accoglimento, anche e soprattutto in considerazione degli accennati rilievi sistematici, la conclusione che la pretesa restitutoria a carico del cliente, nel caso di nullità del contratto accertata in applicazione degli artt. 117 e 127 TUB (e specificamente, nella materia del credito al consumo, ai sensi del previgente art. 124), debba estendersi, oltre che alla somma-capitale erogata dall'intermediario al cliente, pure alla corresponsione di interessi – ovviamente al solo tasso legale e senza alcuna capitalizzazione – a far data dalla avvenuta messa a disposizione di quest'ultimo della somma medesima.

*Brain drain e agevolazioni alle imprese che investono in ricerca e sviluppo**

di Rosa Geraci

Dottore di ricerca in Diritto comparato (tributario)

Università di Palermo

ABSTRACT

Recently the Italian press, popular newspaper as well as more academic articles, have reported the uneasiness of many Italian college graduates forced to work abroad because of the lack of job and research opportunities in the country.

Some people claim that part of the responsibility of this situation lies with the lack of financial support and appropriate incentives to research.

However, the situation of the Italian research sector, that still employs a very small fraction of Italian college graduates, is not the only factor pushing "Italian brains" to emigrate or to remain abroad after studying in foreign universities.

In spite of widespread anecdotal evidence on the "brain drain" from Italy, a more precise statistical analysis is needed to quantify the phenomenon. Indeed, due to lack of complete information, the size of this "drain" and its trend in the recent years are unknown to us.

To stop the "brain drain" have been introduced tax incentives to companies hiring researchers, PhDs and academics.

This work examines the new tax credit for activities of research and development that was initially introduced by article 3 of the delegated legislation 23 December 2013, n. 145 but, as it is known, has never become effective, since the implementation decree has never been enacted.

The new tax credit for research and development activities cannot but be positively evaluated by the enterprises; however, there are some critical aspects which need to be considered since they could result in an inefficient application of the benefit.

SINTESI

Recentemente la stampa, i quotidiani e gli articoli accademici, hanno segnalato il disagio di molti laureati italiani costretti a lavorare all'estero.

Alcuni ritengono che la responsabilità di questa situazione risieda nell'assenza di un supporto finanziario e di incentivi adeguati alla ricerca.

Tuttavia, la situazione del settore della ricerca italiana, che impiega ancora una piccolissima frazione di laureati italiani, non è l'unico fattore che spinge "i cervelli italiani" ad emigrare o a rimanere all'estero dopo aver studiato in università straniere.

Nonostante le diffuse prove aneddotiche sulla fuga dei cervelli dall'Italia, è necessaria una precisa analisi statistica per quantificare il fenomeno. Infatti, non disponendo di un quadro completo di informazioni, le dimensioni di questa "fuga" e il suo andamento negli ultimi anni sono a noi sconosciute.

Per arrestare la "fuga dei cervelli" sono stati introdotti incentivi fiscali alle imprese che assumono ricercatori, dottori di ricerca e docenti universitari.

Il presente lavoro analizza il nuovo credito d'imposta per le attività di ricerca e sviluppo, inizialmente introdotto dall'articolo 3 del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 che, come è noto, non è mai stato operativo a causa della mancata emanazione del relativo decreto attuativo.

Il nuovo credito d'imposta per le attività di ricerca e sviluppo va senz'altro valutato positivamente dalle imprese, tuttavia, vi sono alcuni aspetti critici da cui potrebbe scaturire un'inefficiente applicazione del beneficio.

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del *brain drain* in Italia 2. Le politiche di gestione del *brain drain* realizzate a livello nazionale 3. Il nuovo credito d'imposta per le attività di ricerca e sviluppo 3.1 I soggetti beneficiari 3.2 Ambito di applicazione e misura dell'agevolazione 3.3 Le attività agevolabili e le spese ammissibili 3.4 Le condizioni per la fruizione del beneficio 3.5 Il cumulo con altre agevolazioni 3.6 Controlli e sanzioni 4. Gli incentivi fiscali vigenti per il rimpatrio dei cervelli in Italia 5. I programmi Horizon 2020 per la ricerca e l'innovazione e FixO "Scuola&Università" 6. Conclusioni

1. Il fenomeno del *brain drain* in Italia

L'espressione inglese *brain drain* indica la migrazione di persone altamente qualificate che, formatesi in un paese, si trasferiscono e lavorano in un altro.

Tale definizione ha dato vita a problemi concettuali con particolare riguardo a chi debba essere considerato altamente qualificato e che cosa si deve intendere per migrazione.

In genere, quasi tutti gli studiosi, che si sono occupati di migrazioni altamente

qualificate, considerano come popolazione di riferimento le persone in possesso di istruzione terziaria che vivono e lavorano in un paese diverso da quello natale.

Il concetto di *brain drain*, formulato nei primi anni '60 del secolo scorso dalla Royal Society, avendo riguardo all'esodo degli scienziati e dei ricercatori britannici verso gli Stati Uniti, è stato esteso alla forza lavoro qualificata senza alcun riferimento ai settori professionali di appartenenza.

Una definizione di *brain drain* molto comune è quella che lo definisce come «le migrazioni di personale qualificato da paesi in via di sviluppo a paesi sviluppati», concentrando l'attenzione sulla perdita di risorse dei paesi in via di sviluppo.

Le migrazioni di personale altamente qualificate hanno costituito l'oggetto dell'analisi di due teorie: la teoria del capitale umano, che tende a spiegare, sotto il profilo micro-sociale, le decisioni di migrare verso luoghi in cui l'istruzione abbia un rendimento più elevato; e l'approccio neo-marxista dei rapporti tra il centro e la periferia, che, invece, concentra l'attenzione sulle differenze, a livello macro-sociale, tra le nazioni sviluppate e i paesi in via di sviluppo.

Il risultato di questi studi è noto come *standard view*, la quale stabilisce che i moti delle migrazioni qualificate siano unidirezionali, dai paesi in via di sviluppo ai paesi sviluppati.

Verso la fine degli anni '90, però, la presenza di movimenti di rientro, di scambio di cervelli e di flussi verso i paesi emergenti del Golfo Persico e del Sud-Est asiatico, fece tramontare il paradigma interpretativo della *standard view* per fare emergere quello cosiddetto circolazionista, che descriveva i moti del personale altamente qualificato come circolatori e soggetti a fenomeni di scambio tra i paesi. Invero, la *standard view* può essere criticata sotto molti aspetti: in primo luogo, essa utilizza un concetto di alta qualificazione che tende ad annullare le differenze professionali; in secondo luogo, la *standard view* trascurava il ruolo di rilievo che all'interno dei fenomeni migratori assumono i governi, le organizzazioni internazionali, i blocchi regionali e le compagnie multinazionali.

Il fenomeno del cosiddetto *brain drain* è una realtà con la quale l'Italia si trova a confrontarsi da alcuni anni¹.

I dati a disposizione su questo fenomeno, pur non consentendone una stima precisa, possono esserci di ausilio a comprenderne la portata.

Avveduto e Brandi, lavorando sui dati ISTAT relativi alle cancellazioni dall'anagrafe dei laureati italiani, hanno concluso che dal 1996 al 1999 hanno lasciato il paese 12 mila laureati².

I dati di Docquier e Marfouk ci dicono che in Italia il tasso di espatrio si attestava, nel 2000, al 7 per cento, quindi era in calo. Ciononostante, pur essendo diminuito il livello di drenaggio, coloro che emigrano sono sempre più qualificati e istruiti di coloro che rimangono³. La prova di ciò è data dal fatto che, secondo i dati diffusi dall'OCSE nel 2005, solo il 12,2 per cento degli stranieri abitanti in Italia è in possesso di un titolo universitario o postuniversitario, e la situazione non accenna a migliorare⁴. Invero, secondo quanto reso noto in Gazzetta Ufficiale il 30 gennaio 2014, l'incremento è di circa 140 mila connazionali oltreconfine.

¹ V. ADI, Associazione Dottorandi e Dottori di Ricerca Italiani, *Cervelli in fuga*, Roma, Avverbi Edizioni, 2001, pp. 20 ss.; Becker S.O., Ichino A., Peri P., *How large is the "Brain Drain" from Italy?*, Mimeo, University of California, 2001, pp. 1 ss., in http://www.andreaichino.it/scientific_publications/braindrain_resubmission.pdf; Morano-Foadi S., *Italian Scientific Migration: From Brain Exchange to Brain Drain*, Research Report n. 8/2003, University of Leeds: Centre for the Study of Law and Policy in Europe., consultabile all'indirizzo <http://www.leeds.ac.uk/law/cslpe/phare/No.8.pdf>

² Avveduto S., Brandi M.C., *Le migrazioni qualificate in Italia*, in *Studi Emigrazione*, XLI, n. 156/2004, pp. 797-827; Brandi M.C., *Evoluzione degli studi sulle skilled migration: brain drain e mobilità*, in «Studi Emigrazione», XXXVIII, n. 141/2001, pp. 75-93.

³ Docquier, F. e Marfouk, A., *Measuring the International Mobility of Skilled Workers (1990-2000)*, World Bank Policy Research Working Paper, 2004, pp. 3381 ss., consultabile all'indirizzo internet <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/38017.pdf>; Docquier, F. e Rapoport, H., *Skilled migration: the perspective of developing countries*, World Bank Policy Research Working Paper, 2005, 3382; Docquier, F. e Marfouk, A., *International Migration by Education Attainment, 1990-2000*, in Ç. Özden e M. Schiff (eds.), *International Migration, remittances, and the Brain Drain*, Washington/New York, The World Bank and Palgrave Macmillan, 2006, pp. 151-199. Si veda anche Beine, M., Docquier, F., Rapoport, H., *Brain drain and economic growth: theory and evidence*, in «Journal of Development Economics», 64, n. 1/2001, pp. 275-289.

⁴ OECD, *Database on immigrants and expatriates*, 2005, in http://www.oecd.org/document/51/0,2340,en_2649_201185_34063091_1_1_1_1,00.html.

Dati non dissimili registrano l'ISTAT e l'Eurispes nel suo ultimo rapporto. Le stime disponibili ci indicano che gli aspetti problematici connessi alle migrazioni riguardano l'alto contenuto di capitale umano di coloro che lasciano il paese e, per converso, i bassi livelli di qualificazione degli immigrati che entrano in Italia.

Tra i motivi che spingono i ricercatori italiani a emigrare molti attengono alla possibilità di svolgere la propria attività su di un orizzonte temporale di medio e lungo termine, oltre che alle carenze infrastrutturali che ostacolano l'attività di ricerca.

2. Le politiche di gestione del *brain drain* realizzate a livello nazionale

Sono i governi nazionali a detenere i principali strumenti di *policy* per la gestione delle migrazioni del personale altamente qualificato.

Lowel ha riscontrato nella pratica dei governi sei tipi di politiche per la gestione del *brain drain*⁵. Esse si sostanziano in:

- Politiche di ritorno, volte a favorire il rientro dei cervelli emigrati all'estero, mediante incentivi prevalentemente di natura fiscale, le quali si basano sull'idea che i migranti abbiano acquisito delle competenze che possono essere molto utili nel paese di origine.

- Politiche di restrizione, che riguardano l'impiego di barriere alla migrazione. Si tratta prevalentemente di accorgimenti adottati dai paesi di destinazione per controllare l'ingresso degli immigrati. Questo tipo di politiche si basa sia sul sistema delle quote annuali, che su particolari programmi di permanenza temporanea.

- Politiche di reclutamento, che sono dirette ad attrarre competenze e possono avere principalmente due motivazioni: da un lato possono essere politiche volte a colmare carenze di forza-lavoro in determinati settori; dall'altro possono essere volte

⁵ Lowell L. B., *Policy Responses to the International Mobility of Skilled Labour*, International migration papers, 45ILO, Geneva, 2002, disponibile all'indirizzo <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp45.pdf>.

a compensare le perdite di personale altamente qualificato.

- Politiche di riparazione, che si prefiggono di recuperare, almeno in parte, gli investimenti perduti con la migrazione dei cervelli, introducendo una serie di tasse. Tali tasse possono gravare o sui redditi del migrante, o sui paesi di destinazione, come nel caso del *tax on brain*⁶.

- Politiche di sfruttamento, che considerano il *brain drain* non più come un fenomeno negativo ma come un insieme di opportunità.

- Politiche di ritenzione, volte a potenziare determinati settori in modo da incrementare la produttività pur in presenza di perdite di capitale umano altamente qualificato.

Occorre rilevare che, nonostante la categorizzazione di cui si è appena detto, in concreto i governi tendono ad utilizzare in modo combinato le ricordate politiche per la gestione del *brain drain*.

Il secondo agente rilevante nella gestione delle migrazioni altamente qualificate è costituito dalle organizzazioni internazionali. L'UNPD gestisce il programma TOKTEN che, sviluppato nel 1977, ha impegnato 5.000 volontari in venticinque paesi in via di sviluppo. L'obiettivo del programma è di utilizzare l'*expertise* degli espatriati di un determinato paese per sviluppare precise aree nel paese di origine.

Un altro esempio è offerto dal programma Return of Qualified African Nationals (RQAN), diretto a sviluppare le economie nazionali attraverso la ricerca di personale altamente qualificato che possa rientrare nei paesi trovando un lavoro stabile.

Va segnalato, altresì, il ruolo dei blocchi regionali come l'Unione Europea, il North American Free Trade Agreement (NAFTA), il Mercosul e l'Asia Pacific Cooperation (APEC), il cui scopo è quello di stabilire degli accordi che favoriscano il libero commercio, il libero movimento di persone e anche il riconoscimento di alcune qualifiche.

⁶ Hamada, K., *Taxing the brain drain: A global point of view*, in J. Bhagwati (ed.), *The New International Order*, Cambridge, Mass., M.I.T. Press., 1977, pp. 36 ss.

Infine, occorre prendere in considerazione anche le università, le quali svolgono un importante ruolo nella mobilità degli studenti universitari, che rappresentano un'importante categoria dei migranti ad alta qualificazione.

3. Il nuovo credito d'imposta per le attività di ricerca e sviluppo

L'articolo 1, comma 35, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190 (cosiddetta Legge di stabilità 2015) ha integralmente sostituito l'articolo 3 del Decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145 (Decreto destinazione Italia), che aveva introdotto un credito d'imposta per la ricerca e lo sviluppo, il quale non è stato mai applicato a causa della mancata emanazione del relativo decreto applicativo⁷.

Il ricordato comma 35 ridefinisce il credito d'imposta introdotto dal Decreto destinazione Italia modificandone *"la misura, la decorrenza, la platea dei beneficiari, nonché prevedendo una maggiorazione premiale dello stesso per le spese relative alla ricerca svolta extra muros e per quelle relative al personale altamente qualificato impiegato nelle attività di ricerca e sviluppo"*.⁸

La misura, come vedremo adesso, si inserisce nel solco già tracciato da disposizioni analoghe.

Risale al 2003 il primo provvedimento (Decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, noto come Legge tecno-Tremonti) che si poneva quale obiettivo primario quello di sostenere gli investimenti in attività di ricerca, sviluppo e innovazione effettuati dalla generalità delle imprese. Quest'ultimo, tuttavia, sottoponeva l'agevolazione dallo stesso prevista - che si sostanziava in un'esclusione dall'imposta sul reddito d'impresa di una percentuale dei costi sostenuti in relazione ad attività di ricerca e

⁷ Cfr. sul tema: Berardo G., Dulcamore V., *Il nuovo credito d'imposta per la ricerca e lo sviluppo non è "aiuto di Stato"*, in *Corriere Tributario*, n. 6/2015, pp. 314 ss.; Sacrestano A., *Un nuovo credito d'imposta per la ricerca e lo sviluppo*, in *Corriere tributario*, n. 44/2014, pp. 3389 ss.

⁸ Cfr. Relazione illustrativa al Disegno di legge recante "disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato", Atto di camera n. 2679-bis.

sviluppo - a limiti assai stringenti che di fatto ne ridimensionavano notevolmente l'efficacia.

Solamente con l'articolo 1, commi da 280 a 284, della Legge 27 dicembre 2007, n. 296 (Legge finanziaria 2007) è stato introdotto, per gli anni dal 2007 al 2009, un credito d'imposta a favore delle imprese che effettuano investimenti in attività di ricerca e sviluppo. La misura dell'incentivo era del 10%, per i costi di ricerca e sviluppo in generale, e del 40%, per i costi sostenuti in relazione a contratti stipulati con università o altri enti di ricerca⁹.

Alla detta legge hanno fatto seguito il Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 (Decreto sviluppo), che, all'articolo 1, ha introdotto il credito d'imposta per la ricerca scientifica "contrattuale", ossia commissionata ad Università ed enti pubblici di ricerca, per gli anni 2011 e 2012¹⁰, e il Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (Decreto

⁹ V. Friscolanti R., Pagamici B., *Bonus ricerca: spinta alla crescita anche per cooperative e consorzi*, in *Cooperative e Consorzi*, n. 2/2012, pp.19 ss.

¹⁰ All'art. 1, terzo comma, lettera a) del D.L. n. 70/2011 si dispone che "per Università ed enti pubblici di ricerca si intendono:

- 1) le Università, statali e non statali, e gli Istituti Universitari, statali e non statali, legalmente riconosciuti;
- 2) gli enti pubblici di ricerca di cui all'articolo 6 del Contratto collettivo quadro per la definizione dei comparti di contrattazione per il quadriennio 2006-2009, nonché l'ASI – Agenzia Spaziale Italiana e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico;
- 3) gli organismi di ricerca così come definiti dalla lettera d) del paragrafo 2.2 della comunicazione della Commissione n. 2006/C 323/01, recante disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea n. c 323 del 30 dicembre 2006".

Per completezza di indagine, si precisa che nella comunicazione della Commissione n. 2006/C 323/01, recante la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, le tipologie di attività agevolabili vengono così definite:

- "ricerca fondamentale: lavori sperimentali o teorici svolti soprattutto per acquisire nuove conoscenze sui fondamenti di fenomeni e di fatti osservabili, senza che siano previste applicazioni o utilizzazioni pratiche dirette";
- "ricerca industriale: ricerca pianificata o indagini critiche miranti ad acquisire nuove conoscenze, da utilizzare per mettere a punto nuovi prodotti, processi o servizi o permette un notevole miglioramento dei prodotti, processi o servizi esistenti. Comprende la creazione di componenti di sistemi complessi necessaria per la ricerca industriale, in particolare per la validazione di tecnologie generiche";
- "sviluppo sperimentale: acquisizione, combinazione, strutturazione e utilizzo delle conoscenze e capacità esistenti di natura scientifica, tecnologica, commerciale e altro, allo scopo di produrre piani, progetti o disegni per prodotti, processi o servizi nuovi, modificati o migliorati. Può trattarsi anche di altre attività destinate alla definizione concettuale, alla pianificazione e alla documentazione concernenti nuovi

crescita), il quale ha introdotto, all'articolo 24, il credito d'imposta per le imprese che assumono a tempo indeterminato personale altamente qualificato. La possibilità di fruire del beneficio è legata alla presentazione di un'apposita istanza.

Tornando, ora, ad occuparci del credito d'imposta disciplinato dall'articolo 3 del D.L. n. 145/2013, nel testo riscritto dalla Legge di stabilità 2015, tra i profili innovativi che lo caratterizzano vi è l'automaticità dello stesso e l'esclusione della natura di aiuto di Stato al suddetto credito; infatti, il nuovo testo della norma non contiene più alcun riferimento né alla necessaria previa approvazione della Commissione Europea né alla programmazione dei fondi strutturali comunitari¹¹.

Inoltre, il novellato articolo 3, comma 14, del Decreto destinazione Italia prevede che venga emanato un Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, recante le disposizioni applicative necessarie; la norma, tuttavia, tace circa il termine finale entro cui tale Decreto debba essere emanato.

prodotti, processi e servizi. Tali attività possono comprendere l'elaborazione di progetti, disegni, piani e altra documentazione, purché non siano destinati a un uso commerciale".

Cfr. in materia: Alberti P., *Decreto Sviluppo – Credito d'imposta per gli investimenti al Sud*, in *Il Fisco*, n. 34/2011, pp. 36 ss.; Alberti P., *Dal DL Sviluppo nuovo bonus ricerca*, in www.eutekne.info 10.5.2011; Santacroce B., *Nuove assunzioni al Sud detassate del 50 per cento*, in *Il Sole24Ore*, Norme e Tributi, 6.05.2011, p. 11; Trovati G., *Per il nuovo bonus ricerca una sperimentazione biennale*, in *Il Sole24Ore*, Norme e Tributi, 6.05.2011, p. 10.

¹¹ Sulla disciplina previgente cfr. Sacrestano A., *Piano destinazione Italia: per invertire la rotta, misure fiscali per la ricerca e digitalizzazione delle PMI*, in *Corriere Tributario* n. 4/2014, pp. 314 ss.

In base all'art. 108, paragrafo 3 del TFUE, vi è un obbligo di notifica alla Commissione Europea da parte degli Stati membri che intendono "istituire o modificare aiuti", spetta poi alla Commissione il compito di decidere in merito alla compatibilità dell'aiuto con il mercato interno.

All'articolo 107, paragrafo 3, del TFUE sono elencate le deroghe discrezionali al divieto di aiuti di stato. In particolare, "possono considerarsi compatibili con il mercato interno:

- a) *gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione [...];*
- b) *gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;*
- c) *gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;*
- d) *gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;*
- e) *le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione".*

3.1. I soggetti beneficiari

Il nuovo credito d'imposta spetta, come si è già avuto modo di ricordare, alla generalità delle imprese, indipendentemente, quindi, dalla forma giuridica, dal settore economico e dal regime contabile, contrariamente a quanto previsto dalla normativa previgente, che escludeva espressamente dal novero dei soggetti beneficiari le imprese con un fatturato superiore o uguale ad euro cinquecento milioni¹².

L'assenza del Decreto attuativo fa sorgere dei dubbi circa la possibilità di includere tra i soggetti beneficiari le stabili organizzazioni di soggetti non residenti, i soggetti che effettuano attività di ricerca e sviluppo su commissione di terzi e i consorzi e le reti di imprese.

¹² Al fine di incentivare l'impiego di risorse umane e, al contempo, fronteggiare il fenomeno del *brain drain*, la regione Campania aveva previsto, con l'articolo 12 della Legge Regionale n. 1 del 16 gennaio 2009, l'istituzione di un credito d'imposta per l'occupazione del quale la Corte Costituzionale, con sentenza n. 123 del 2010, ha dichiarato l'illegittimità per violazione dell'articolo 117, lettera e), della Costituzione, affermando come «la previsione di un'agevolazione tributaria nella forma del credito d'imposta applicabile a tributi erariali costituisce un'integrazione della disciplina dei medesimi tributi erariali, in relazione a presupposti (quali l'assunzione di persone che abbiano avuto residenza anagrafica nella regione Campania per almeno dieci anni, in possesso di diploma di laurea in discipline tecnico-scientifiche e di ulteriori requisiti) che non sono stabiliti - direttamente o su sua autorizzazione - dalla legislazione statale. Si realizza, così, una violazione della competenza legislativa in materia di «Sistema tributario dello Stato» che il richiamato parametro costituzionale assegna in via esclusiva allo Stato».

Si ricorda, inoltre, la previsione di cui all'articolo 10, comma 2, della L.R. n. 1/2009, ove è disposto che *"Con decreto del Dirigente generale del Dipartimento regionale delle Finanze e del credito dell'Assessorato regionale del bilancio e delle finanze, da emanarsi entro il 31 gennaio, d'intesa, al fine di individuare le risorse da utilizzare sui relativi programmi, con le autorità di gestione delle risorse FAE del P.O. FESR 2007 - 2013, previo parere della competente Commissione legislativa dell'Assemblea regionale siciliana, è annualmente determinato nei limiti di cui al comma 1 l'ammontare complessivo dei contributi da concedere alle imprese [...]"*.

Il PAR FAS 2007 - 2013 adottato con deliberazione della Giunta Regionale n. 315 del 12 agosto 2009, oggetto della presa d'atto da parte del CIPE con delibera di giunta n. 144 del 9 maggio 2010, a seguito delle variazioni approvate alla precedente versione del Comitato di Sorveglianza nella Seduta del 23 marzo 2010, ha introdotto il credito d'imposta come Linea d'azione 6.2, con uno stanziamento programmato pari a 120 milioni di euro, prevedendo ulteriori eventuali risorse per 420 milioni di euro derivanti dal riutilizzo di possibili rinveniente derivanti dalla programmazione FAS 2000 - 2006.

Il 26 novembre 2010 il Consiglio dei Ministri ha approvato un documento d'indirizzi strategici meglio conosciuto come "Piano per il Sud", concernente iniziative da realizzare per lo sviluppo del Mezzogiorno attraverso una rimodulazione del FAS.

Per fare chiarezza sul punto, è opportuno utilizzare come ausilio esegetico l'articolo 17 del Decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, concernente il credito d'imposta introdotto dalla Legge finanziaria 2007, il quale presenta elementi di similarità con quello introdotto ex articolo 3; motivo per cui, a parer di chi scrive, si può ragionevolmente ritenere che il principio contenuto nella suddetta norma possa estendersi anche al nuovo credito d'imposta.

Precisamente, l'articolo 17 del D.L. n. 185/2008 stabilisce che le disposizioni di cui all'articolo 1, commi da 280 a 284, della Legge finanziaria 2007 vanno interpretate nel senso che *"il credito d'imposta ivi previsto spetta anche ai soggetti residenti e alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti che eseguono le attività di ricerca e sviluppo nel caso di contratti stipulati con imprese residenti o localizzate negli Stati membri della Comunità europea, negli Stati aderenti all'accordo sullo Spazio economico europeo ovvero in Stati o territori che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 19 settembre 1996"*.

Per quel che concerne il quesito relativo alla possibilità, o meno, di includere tra i beneficiari del credito d'imposta in discorso anche i soggetti che effettuano attività di ricerca e sviluppo su commissione di terzi va ricordato quanto specificato dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare 17/E del 17 aprile 2009, ove si legge che *"nell'ipotesi in cui i committenti siano imprese non residenti il credito d'imposta spetta "anche" ai soggetti residenti ed alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, in relazione ai costi relativi ad attività di ricerca eseguite in base a contratti stipulati con le suddette imprese non residenti [...] il credito d'imposta è determinato assumendo come importo agevolabile quello pattuito per la ricerca contrattuale commissionata "nell'ambito di un'operazione effettuata alle normali condizioni di mercato e che non comporti elementi di collusione" di cui all'articolo 4, comma 1, lettera d), del DM n. 76 del 2008 [...] Rimane fermo che in relazione ad una medesima attività di ricerca il credito d'imposta non può che essere riconosciuto ad un*

solo soggetto".

Nel nuovo testo dell'articolo 3, a differenza della versione previgente dello stesso, risulta eliminato il riferimento ai consorzi ed alle reti di imprese che effettuano attività di ricerca, sviluppo e innovazione; pertanto, per comprendere se la volontà del Legislatore sia stata quella di escludere consorzi e reti di imprese dal novero dei soggetti beneficiari ovvero quella di includerli implicitamente sarà necessario attendere l'emanazione del Decreto attuativo.

3.2 Ambito di applicazione e misura dell'agevolazione

Il nuovo comma 1 del sostituito articolo 3 del Decreto destinazione Italia riconosce *"a tutte le imprese, indipendentemente dalla forma giuridica, dal settore economico in cui operano e dal regime contabile adottato"* che effettuino investimenti in attività di ricerca e sviluppo a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014 e fino a quello in corso al 31 dicembre 2019, un credito d'imposta pari al 25 per cento delle spese incrementalmente sostenute rispetto alla media dei medesimi investimenti realizzati nei tre periodi di imposta precedenti a quello in corso al 31 dicembre 2015. Il periodo di efficacia temporale interessato dalla nuova norma è quindi più ampio di quello stabilito dalla versione previgente dell'articolo 3, il quale si riferiva al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2016.

Solo per le spese per personale altamente qualificato e per la ricerca *extra muros* il credito d'imposta è pari al 50 per cento delle medesime. Sul punto, è opportuno rilevare che l'articolo 3, comma 7, non è chiaro nell'individuare la base sulla quale si debba applicare la percentuale premiale del 50 per cento.

Per le imprese di nuova costituzione, infine, è previsto che la media degli investimenti in attività di ricerca e sviluppo da considerare ai fini del calcolo della spesa incrementale è quella che risulta dagli investimenti realizzati a partire dalla

costituzione delle stesse¹³.

3.3 Le attività agevolabili e le spese ammissibili

I nuovi commi 4 e 5 dell'art. 3, D.L. n. 145/2013, contengono un elenco dettagliato delle attività di ricerca e sviluppo ammissibili al credito d'imposta. Si tratta delle seguenti attività:

a) lavori sperimentali o teorici svolti, aventi quale principale finalità l'acquisizione di nuove conoscenze sui fondamenti di fenomeni e di fatti osservabili, senza che siano previste applicazioni o utilizzazioni pratiche dirette;

b) ricerca pianificata o indagini critiche miranti ad acquisire nuove conoscenze, da utilizzare per mettere a punto nuovi prodotti, processi o servizi o permettere un miglioramento dei prodotti, processi o servizi esistenti ovvero la creazione di componenti di sistemi complessi, necessaria per la ricerca industriale, ad esclusione dei prototipi di cui alla lettera c);

c) acquisizione, combinazione, strutturazione e utilizzo delle conoscenze e capacità esistenti di natura scientifica, tecnologica e commerciale allo scopo di produrre piani, progetti o disegni per prodotti, processi o servizi nuovi, modificati o migliorati; può trattarsi anche di altre attività destinate alla definizione concettuale, alla pianificazione e alla documentazione concernenti nuovi prodotti, processi e servizi; tali attività possono comprendere l'elaborazione di progetti, disegni, piani e altra documentazione, purché non siano destinati a uso commerciale; realizzazione

¹³ Per un raffronto con la normativa previgente, con specifico riferimento al Mezzogiorno, cfr. Bronzini R., *Il credito d'imposta per gli investimenti: alcune considerazioni*, in *Strumentires*, Rivista online della Fondazione Res, Anno VI, n. 2/2012, pp. 2 ss.; AA.VV., *Divari manifatturieri e strumenti di politica industriale. Il caso del credito d'imposta in Sicilia*, FrancoAngeli Editore, Milano, 2013, pp. 100 ss.; Duranti P., *Credito d'imposta per la ricerca scientifica, nuove assunzioni ed investimenti nel Mezzogiorno*, in *CesiProfessionale*, Prima Lettura, 13 luglio 2011, pp. 176 ss.; Prosperetti L., Varetto F. (a cura di), *I differenziali di produttività Nord-Sud*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 32 ss.; Siracusano F., Tresoldi C., *Le piccole imprese nel Mezzogiorno: diseconomie esterne, incentivi, equilibri gestionali e finanziari*, in Banca d'Italia, *Il sistema finanziario del Mezzogiorno*, numero speciale di Contributi all'analisi economica, Roma, 1990, pp. 103-167.

di prototipi utilizzabili per scopi commerciali, quando il prototipo è necessariamente il prodotto commerciale finale e il suo costo di fabbricazione è troppo elevato per poterlo usare soltanto a fini di dimostrazione e di convalida;

d) produzione e collaudo di prodotti, processi e servizi, a condizione che non siano impiegati o trasformati in vista di applicazioni o per finalità commerciali.

Non rientrano nel novero delle attività agevolabili le modifiche ordinarie o periodiche apportate a prodotti, linee di produzione, processi di fabbricazione, servizi esistenti e altre operazioni in corso, anche quanto tali modifiche rappresentino miglioramenti.

Il sesto comma dell'articolo *de quo* elenca le spese ammissibili ai fini della detrazione del credito d'imposta, che sono quelle relative a:

a) personale altamente qualificato impiegato nelle attività di ricerca e sviluppo, in possesso di un titolo di dottore di ricerca, ovvero iscritto ad un ciclo di dottorato presso una università italiana o estera, ovvero in possesso di laurea magistrale in discipline di ambito tecnico o scientifico secondo la classificazione UNESCO ISCED (International Standard Classification of Education) o di cui all'allegato 1 annesso al presente Decreto¹⁴;

b) quote di ammortamento delle spese di acquisizione o utilizzazione di strumenti e attrezzature di laboratorio, nei limiti dell'importo risultante dall'applicazione dei coefficienti stabiliti con Decreto del Ministro delle finanze 31 dicembre 1988, pubblicato nel supplemento ordinario n. 8 alla Gazzetta Ufficiale n. 27 del 2 febbraio 1989, in relazione alla misura e al periodo di utilizzo per l'attività di ricerca e sviluppo e comunque con un costo unitario non inferiore ad euro 2.000,00 al netto dell'imposta sul valore aggiunto;

c) spese relative ai costi della ricerca sostenuti a seguito di contratti di ricerca

¹⁴ Le lauree di cui deve essere dotato il personale altamente qualificato sono le stesse che erano previste in relazione al credito d'imposta per le assunzioni altamente qualificate, ex art. 24 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

stipulati con università, enti di ricerca e organismi equiparati, e con altre imprese comprese le start-up innovative di cui all'articolo 25 del Decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221;

d) competenze tecniche e privative industriali relative a un'invenzione industriale o biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale, anche acquisite da fonti esterne.

Con riferimento alle spese relative al personale altamente qualificato, occorre rilevare che il comma 13° dell'articolo 3 dispone che le agevolazioni previste per le nuove assunzioni di profili altamente qualificati di cui all'articolo 24 del Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134, cessino alla data del 31 dicembre 2014. Ciononostante, si può ragionevolmente ritenere che nelle more dell'emanazione del decreto attuativo possano utilizzarsi come ausilio interpretativo, ai fini dell'individuazione delle spese relative al personale qualificato, le disposizioni contenute all'articolo 2 del Decreto ministeriale 23 ottobre 2013, attuativo del ricordato articolo 24 del D.L. n. 83/2012.

3.4 Le condizioni per la fruizione del beneficio

L'attuale articolo 3, comma 3, del D.L. n. 145/2013, stabilisce che la soglia minima di spesa agevolabile deve essere pari almeno ad euro 30.000,00, mentre la soglia massima di agevolazione concedibile è di 5 milioni di euro l'anno.

Rispetto al previgente articolo 3, il limite minimo risulta ridotto di euro 20.000,00 e il limite massimo raddoppiato.

Per ciò che concerne le modalità per la fruizione del credito d'imposta, la nuova normativa, diversamente da quella precedente, non prevede l'obbligo di presentare un'istanza telematica, né prescrive alcuno specifico adempimento prodromico ai fini del riconoscimento del beneficio, trattandosi – stando al testo della norma – di un'agevolazione del tutto automatica e soggetta a controlli meramente successivi alla sua fruizione.

Il credito d'imposta *de quo* deve essere indicato nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta in cui è maturato. Esso, sotto il profilo fiscale, non concorre alla formazione del reddito d'impresa, né della base imponibile ai fini dell'IRAP e non rileva ai fini del pro-rata di deducibilità degli interessi e delle spese generali, ex artt. 61 e 109 del T.U.I.R.

Il riferimento alla maturazione deve intendersi fatto al momento in cui il costo risulta sostenuto ai fini della determinazione del reddito d'impresa, in base ai criteri di cui all'art. 109 del T.U.I.R.

Il credito d'imposta è utilizzabile esclusivamente in compensazione orizzontale, a norma dell'art. 17 del Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 241, ma allo stesso non si applica il limite di euro 700.000,00 annui (art. 34, Legge 23 dicembre 2000, n. 388) né il limite di euro 250.000,00 annui per i crediti riportati nel quadro RU della dichiarazione dei redditi (articolo 1, comma 53, Legge 24 dicembre 2007, n. 244).

Tuttavia, in assenza del Decreto attuativo è impossibile individuare il momento a partire dal quale il credito d'imposta potrà essere utilizzato in compensazione.

3.5 Il cumulo con altre agevolazioni

La nuova disciplina, come la precedente, tace circa la cumulabilità del credito d'imposta in esame con le altre agevolazioni aventi ad oggetto le medesime spese.

Una questione analoga si era posta anche relativamente al credito d'imposta di cui all'art. 1, commi da 280 a 284, della Legge finanziaria 2007. Sul punto l'Agenzia delle Entrate ebbe modo di chiarire che, non essendo il credito d'imposta in questione un aiuto di Stato e non dovendo, quindi, rispettare alcuna intensità di aiuto, non si debbano applicare al medesimo le regole sul cumulo con gli aiuti di Stato e con gli aiuti c.d. *de minimis*; pertanto *"il credito d'imposta è cumulabile con altri contributi pubblici e agevolazioni salvo che le norme disciplinanti le altre misure a favore*

della ricerca [...] non dispongano diversamente"¹⁵.

Nulla osta che analoghe considerazioni possano essere svolte anche in ordine al credito d'imposta ex articolo 3, in tal caso la percentuale spettante andrebbe applicata sul costo sostenuto, cioè al lordo del costo coperto da altri contributi pubblici o agevolazioni, con il limite che l'importo risultante dal cumulo non potrà mai essere superiore alla spesa sostenuta.

3.6 Controlli e sanzioni

Per quanto concerne i controlli, l'articolo 3, comma 11, prevede che questi sono svolti, *ex post*, sulla base di un'apposita documentazione contabile certificata dal soggetto incaricato della revisione legale o dal collegio sindacale o da un professionista iscritto nel registro dei revisori legali di cui al D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, da allegare al bilancio.

L'obbligo di avvalersi della certificazione di un revisore legale dei conti o di una società di revisione è previsto anche per le imprese non soggette alla revisione legale dei conti e prive di un collegio sindacale; esse, tuttavia, possono includere le spese sostenute per l'attività di certificazione contabile tra quelle ammissibili per determinare il credito d'imposta entro il limite massimo di euro 5.000,00. Il suddetto obbligo non sussiste per le imprese con bilancio certificato.

I commi 11 e 12 della norma in commento precisano che: *"Il revisore legale dei conti o il professionista responsabile della revisione legale dei conti, nell'assunzione dell'incarico, osserva i principi di indipendenza elaborati ai sensi dell'articolo 10 del citato decreto legislativo n. 39 del 2010, e, in attesa della loro emanazione, quelli previsti dal codice etico dell'International Federation of Accountants (IFAC) [...] Nei confronti del revisore legale dei conti o del professionista responsabile della revisione legale dei conti che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli*

¹⁵ Cfr. Circolare n. 46/E del 13 giugno 2008, in www.agenziaentrate.gov.it

sono richiesti per il rilascio della certificazione di cui al comma 11 si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile"¹⁶.

Il comma 10, in caso di indebita fruizione, anche parziale, del credito d'imposta per il mancato rispetto delle condizioni richieste ovvero a causa dell'inammissibilità dei costi sulla base dei quali è stato determinato, consente all'Agenzia delle Entrate il recupero dell'importo indebitamente fruito, maggiorato degli interessi e delle sanzioni previste dalla legge.

Sarà un Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, ad adottare tutte le ulteriori modalità di verifica e controllo dell'effettività delle spese sostenute, le cause di decadenza del beneficio e le modalità di restituzione del credito d'imposta di cui l'impresa ha indebitamente fruito. Invero, il monitoraggio delle fruizioni del credito d'imposta *de quo* è effettuato dal Ministero dell'economia e delle finanze ed è rivolto ad assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica.

4. Gli incentivi fiscali vigenti per il rimpatrio dei cervelli in Italia

Sono molteplici le norme che si prefiggono l'obiettivo di far rientrare in Italia "le eccellenze", siano essi ricercatori o docenti universitari che lavoratori o studenti, i quali abbiano maturato esperienze non occasionali all'estero¹⁷.

Con la Legge 30 dicembre 2010, n. 238, riferita ai lavoratori, e il Decreto Legge 30

¹⁶ Art. 64. (Responsabilità del consulente): Si applicano al consulente tecnico le disposizioni del codice penale relative ai periti.

In ogni caso, il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti, è punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a € 10.329. Si applica l'art. 35 del codice penale. In ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti.

¹⁷ Per un'aggiornata disamina del fenomeno della fuga dei cervelli dall'Italia si rinvia a: AA.VV., *Le (nuove) emigrazioni italiane e le attività dell'INCA all'estero: i casi Francia, Germania e Svizzera*, in http://ires.it/files/rapporti/OSSERVATORI/Immigrazione/Rapporti_di_ricerca/2009_LE_NUOVE_EMIGRAZIONI_ITALIANE_ATTIVITA%27_INCA_ALL%27ESTERO_OsservatoriImmigrazione.pdf; Albano A., Carella M., *Misurare il brain drain: missione possibile? Rassegna dei principali contributi demoeconomici sulla quantificazione e modellazione dei flussi migratori qualificati*, in *Studi Emigrazione*, 190, Roma, 2013, pp. 249 – 267; Almalaurea, *XIV Rapporto Almalaurea sulla condizione occupazionale dei laureati*, Roma, 6 marzo 2012, in <http://www.almalaurea.it/universita/occupazione/occupazione10>.

settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 novembre 2003, n. 326, con riguardo a ricercatori e docenti universitari, il Legislatore mira a garantire a chi rientra una serie di agevolazioni fiscali, che si concretano in una riduzione della base imponibile.

In particolare, la L. n. 238/2010 distingue i beneficiari a seconda che questi dopo aver risieduto in Italia abbiano svolto attività di lavoro *post lauream* oppure abbiano acquisito all'estero un titolo di studio post laurea.

Nel primo caso, per potere beneficiare degli incentivi, sarà necessario che il soggetto abbia risieduto per almeno due anni in Italia e che abbia "svolto *continuativamente un'attività di lavoro dipendente, di lavoro autonomo o di impresa*" fuori dal proprio paese d'origine e dall'Italia negli ultimi due anni.

Nella seconda ipotesi, invece, oltre alla residenza di ventiquattro mesi in Italia, sarà necessario che il soggetto abbia conseguito fuori dal proprio Paese d'origine e dall'Italia un titolo di laurea o una specializzazione *post lauream*.

In ambedue i casi è necessario, comunque, che il soggetto venga assunto o avvii in Italia un'attività di impresa o di lavoro autonomo e che vi trasferisca il domicilio nonché la residenza entro tre mesi dall'assunzione o dall'avvio dell'attività. Solo così, infatti, scatterà uno sconto IRPEF del 30 per cento sulla base imponibile per gli uomini e del 20 per cento per le donne.

Il termine di scadenza per usufruire del beneficio, prima fissato al 31 dicembre 2015, è stato prorogato al 31 dicembre 2017 ad opera dell'art. 10, comma 12 *octies*, del Decreto Milleproroghe 2015 (D.L. 31 dicembre 2014, n. 192), aggiunto allo stesso in sede di conversione, con modificazioni, in Legge 27 febbraio 2015, n. 11.

Con specifico riferimento ai ricercatori e ai docenti, in possesso di un titolo di studio universitario o equiparato, che abbiano svolto in maniera continuativa per almeno due anni documentata attività di ricerca o docenza all'estero e che entro i sette anni solari successivi all'entrata in vigore della norma vengano a svolgere la loro attività in Italia ed acquisiscano qui la residenza fiscale, l'art. 44 del D.L. 31

maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2012, n. 122, prevede la concessione di benefici fiscali. Nello specifico, la norma *de qua* riconosce a questi soggetti, nell'anno d'imposta in cui divengano fiscalmente residenti in Italia e nei due periodi d'imposta successivi – a condizione che mantengano la residenza in Italia – un abbattimento del 90 per cento del reddito imponibile da lavoro dipendente o autonomo percepito.

Un'altra misura normativa volta ad incentivare il rientro in Italia dei cervelli residenti all'estero è quella prevista dall'art. 3 del ricordato D.L. n. 269/2003, a norma del quale i redditi di lavoro dipendente o autonomo dei ricercatori in possesso di un titolo di studio universitario o equiparato, che risiedono in modo non occasionale all'estero e che ivi abbiano svolto una documentata attività di ricerca presso università o centri di ricerca pubblici o privati per almeno due anni continuativi, sono imponibili solo per il 10 per cento, ai fini delle imposte dirette e non concorrono alla formazione della produzione netta ai fini IRAP. Fondamentale, al fine di ottenere il beneficio, è che i ricercatori dalla data di entrata in vigore del ricordato Decreto ovvero nei cinque anni solari successivi vengano a svolgere la propria attività in Italia, e che, di conseguenza, divengano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. L'incentivo si applica nel periodo d'imposta in cui il richiedente diviene radicalmente residente nel territorio dello Stato e nei due periodi d'imposta successivi.

Prima di chiudere la presente panoramica sulle norme dirette a favorire "il rimpatrio del capitale umano" è opportuno rivolgere qualche breve cenno al cosiddetto *Industrial Compact*. Il provvedimento, pensato per favorire lo sviluppo delle piccole e medie imprese, è stato presentato al Consiglio dei Ministri a gennaio ed è attualmente allo studio del Governo. Tra i venti articoli da cui esso è composto vi è una norma per favorire il rientro dei cervelli in Italia; infatti, sono previste agevolazioni per coloro che hanno lavorato o studiato all'estero per almeno due anni, hanno meno di quaranta anni, e decidano di tornare.

Per avere un quadro completo circa la portata e la durata di tali agevolazioni occorrerà, però, attendere che l'*Industrial Compact* venga varato.

5. I programmi Horizon 2020 per la ricerca e l'innovazione e FixO "Scuola&Università"

Horizon 2020 è il nuovo programma di finanziamento gestito direttamente dalla Commissione europea per la ricerca e l'innovazione. Esso, operativo dal 1° gennaio 2014 al 31 dicembre 2020, mira a coprire l'intera catena della ricerca, da quella di frontiera, allo sviluppo tecnologico, alla dimostrazione e valorizzazione dei risultati fino all'innovazione, che permea l'intero programma¹⁸.

La struttura di Horizon 2020 ruota intorno a tre pilastri: eccellenza scientifica, *leadership* industriale e sfide della società.

Il primo pilastro si prefigge l'obiettivo di incrementare la qualità della base scientifica europea, sostenendo le idee migliori, sviluppando talenti in Europa, fornendo ai ricercatori l'accesso alle migliori infrastrutture di ricerca e rendendo l'Europa un luogo attraente per i migliori ricercatori a livello mondiale.

Il secondo pilastro intende rendere l'Europa il luogo più "attraente" per investire nella ricerca e nell'innovazione, promuovendo attività strutturate dalle aziende. Questo pilastro si articola in tre programmi, tra i quali, per ciò che rileva ai fini del presente lavoro, si ricorda il programma di lavoro "Innovazione nelle PMI", in cui la Commissione supporterà l'innovazione della aziende europee in tutte le sue forme.

Il programma in discorso si articola in tre fasi:

- Valutazione e fattibilità;
- R&D, dimostrazione e prima applicazione commerciale;
- commercializzazione.

Nella prima fase le PMI beneficeranno di finanziamenti per esaminare la fattibilità

¹⁸ Cfr.: Carrieri R., *Il finanziamento delle PMI con Horizon 2020*, IPSOA, Milano, 2014, pp. 28 ss.; Bonifazi A., Giannetti A., *Finanziare l'impresa con i fondi europei*, IPSOA, Milano, 2013, pp. 96 ss. Si veda anche, House of Lord, European Union Committee, *34th Report of Session 2010 – 2012. The Multiannual Financial Framework 2014 – 2020*, HL Paper, 297, Stationery Office, 2012, pp. 39 ss.

scientifico o tecnico e il potenziale commerciale di una nuova idea, onde sviluppare un progetto di innovazione. Solo se questa fase si concluderà con esito positivo potranno esservi le fasi successive.

La seconda e la terza fase si caratterizzano rispettivamente perché incentrano il sostegno sulle attività dimostrative e accordano alle PMI priorità nell'ambito di una dotazione finanziaria riservata.

Il programma di lavoro PMI si caratterizza per essere indirizzato a tutti i tipi di PMI che presentino una forte volontà di crescere, svilupparsi e internazionalizzarsi e per essere uno strumento competitivo e orientato al mercato.

Il terzo pilastro di Horizon 2020, infine, è incentrato su sette programmi:

- salute, cambiamento demografico e benessere;
- sicurezza alimentare, agricoltura sostenibile, ricerca marina/marittima, bioeconomia;
- energia sicura, pulita ed efficiente;
- trasporti intelligenti, verdi e integrati;
- azione per il clima, efficienza delle risorse e materie prime;
- l'Europa in un mondo che cambia – Società inclusive, innovative e riflessive;
- Società sicure – Protezione della libertà e della sicurezza dell'Europa e dei suoi cittadini.

Tra le misure di intervento previste per fermare la fuga dei cervelli vi è anche il programma FixO "Scuola&Università", promosso dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con l'assistenza tecnica di Italia Lavoro.

Obiettivo del programma specificamente rivolto alle Università è quello di supportare l'erogazione di servizi di *placement* e di intermediazione, per studenti, laureati e dottori di ricerca, con l'intento di ridurre i tempi di ingresso nel mondo del lavoro e di incrementare le possibilità di trovare un'occupazione in linea con il percorso formativo seguito.

Nell'ambito delle misure di intervento previste dal programma FixO

“Scuola&Università”, vi è stata la pubblicazione di un bando, scaduto il 2 marzo 2015, per l’attribuzione di contributi a fondo perduto alle imprese per la stipula di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, della durata di almento 12 mesi, ovvero a tempo indeterminato con dottori di ricerca di età compresa tra i 30 e i 34 anni. La misura del contributo è fissata in euro 8.000,00 per ciascun soggetto assunto con contratto di lavoro subordinato *full time*, più un eventuale contributo fino ad euro 2.000,00 per le attività di assistenza tecnica individuale.

6. Conclusioni

Dall’analisi del novellato articolo 3 del D.L. n. 145/2013 emergono sia profili innovativi da valutare positivamente che aspetti critici.

Sul primo fronte, sono sicuramente da accogliere con favore: l’automaticità del riconoscimento del credito d’imposta, l’elisione del limite del fatturato ai fini della determinazione dei soggetti beneficiari, il mancato riferimento alla necessaria previa approvazione della Commissione europea e alla programmazione dei fondi strutturali comunitari. Inoltre, il tetto massimo dell’agevolazione passa da 2,5 milioni di euro ad euro 5 milioni – a condizione che siano sostenute spese per attività di ricerca e di sviluppo per almeno euro 30.000,00, rispetto ai precedenti euro 50.000,00 – e la durata dell’agevolazione passa dai tre ai cinque anni.

Ciononostante, la nuova normativa non è scevra da critiche.

Criticità di non poco conto afferiscono, infatti, alla circostanza che il comma 14 dell’articolo *de quo* preveda l’emanazione di un Decreto del Ministero dell’economia e delle finanze di concerto con il Ministero dello sviluppo economico recante le disposizioni applicative necessarie senza, tuttavia, fissare un termine entro cui il suddetto Decreto di attuazione debba essere emanato.

Inoltre, appare priva di fondamento logico, a parere di chi scrive, l’esclusione dall’ambito temporale preso in considerazione dalla norma ai fini della fruibilità del beneficio in discorso dell’annualità 2014. Infine, una modifica *in peius* della

normativa vigente rispetto a quella precedente andrebbe ravvisata nel decremento della misura degli investimenti agevolabili dal 50 per cento al 25 per cento dell'incremento annuale delle spese per attività di ricerca e di sviluppo, rispetto alla media di quelle sostenute nel triennio 2012-2014.

Alla luce delle considerazioni svolte, sarebbe quindi auspicabile un ulteriore intervento del Legislatore allo scopo di rendere concretamente attuative e, pertanto, fruibili le agevolazioni per le imprese che decidano di investire in attività di ricerca a sviluppo, con il correlato effetto di garantire un sempre crescente impiego di personale altamente qualificato e di limitare l'emorragia di cervelli che, lungi dall'arrestarsi, va assumendo proporzioni sempre più importanti.

PROBLEMAS DEL FEDERALISMO FISCAL EN ESPAÑA CON RESPECTO A LOS MUNICIPIOS: EL IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS*

(PROBLEMI DEL FEDERALISMO FISCALE IN SPAGNA CON RIFERIMENTO AI COMUNI: L'IMPOSTA SULLE ATTIVITÀ ECONOMICHE)

di Carlos María López Espadafor

ABSTRACT

In Spain, a municipality reform in order to improve the municipal finances is a pending issue, even before the financial crisis period. Nowadays, this reform seems practically impossible. The current situation is moving between the need of a bigger municipal responsibility in tax issues and the need of a state responsibility in its local tax law. In this context, it seems interesting to rethink the problem of the state tributary power and the local tributary power conflict.

SINTESI

In Spagna, una riforma delle municipalità volta a migliorare le finanze comunali è una questione rimasta in sospeso, da un tempo precedente al periodo di crisi finanziaria. Al giorno d'oggi, questa riforma sembra praticamente impossibile. La situazione attuale si muove tra la necessità di avere una responsabilità comunale più ampia in materia fiscale e la necessità di mantenere una responsabilità dello Stato nel suo diritto tributario locale. In questo contesto, sembra interessante riconsiderare il problema della potestà tributaria dello Stato e del conflitto col potere tributario locale.

SUMARIO: 1. Impuestos estatales versus impuestos locales 2. Diversidad de perspectivas en la consideración del Impuesto sobre Actividades Económicas 3. La

falta de coherencia en la imposición local 4. El alcance de la doble imposición entre los impuestos estatales sobre la renta y el Impuesto sobre Actividades Económicas hasta la reforma de éste en el año 2002 5. Las propuestas de actuación en la cuota de los impuestos estatales, en su integración con el Impuesto sobre Actividades Económicas 6. Propuesta de mejora de la situación normativa actual en relación al Impuesto sobre Actividades Económicas

1. Impuestos estatales versus impuestos locales

Uno de los impuestos más criticados dentro del Sistema tributario español, es el Impuesto sobre Actividades Económicas.

El Derecho español regula la confluencia entre los impuestos estatales y los impuestos autonómicos y la de estos últimos con los impuestos locales, estableciéndose en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Los límites a ambos supuestos y las vías de posible coordinación y compensación en relación al segundo supuesto apuntado.¹ Ahora bien, en los supuestos de colisión entre los impuestos estatales y los impuestos locales no encontramos normas generales que resuelvan tales casos de colisión o de doble imposición, a diferencia de lo que sucede en relación a los impuestos autonómicos, creados por ley del correspondiente parlamento autonómico; en función del Poder Tributario de las Comunidades Autónomas, que le permite aprobar o crear sus propios tributos, dentro de los referidos límites, estos problemas se evitan o solucionan en atención a los citados límites establecidos en la LOFCA y concretados por la jurisprudencia constitucional, y por las vías de coordinación o compensación con las Haciendas Locales que pueden darse.

Cuando se trata de la doble imposición entre un impuesto local y un impuesto estatal, nos encontramos con una colisión diferente a la que se da cuando interviene

¹ Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (en adelante LOFCA), modificada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre; en concreto, entre las cuestiones afectadas por tal modificación, se encuentra la colisión entre los impuestos autonómicos y los impuestos locales, dentro del artículo 6 de aquélla.

un impuesto propio de una Comunidad Autónoma. Ante una colisión provocada por un impuesto autonómico, nos encontramos con un posible supuesto de doble imposición creado por leyes de dos entes públicos distintos: una ley de un parlamento autonómico y otra ley estatal, ya regule esta última un impuesto propiamente estatal o un impuesto local, dado que este último, en función de la inexistencia de poder legislativo en las Corporaciones Locales y la reserva de ley en materia tributaria, debe ser creado por ley y dicha ley debe ser estatal. Además, interviniendo un impuesto autonómico, nos encontramos con la citada LOFCA, como Ley Orgánica que impide o regula dicha doble imposición.

Cuando colisionan un impuesto estatal y otro local, la situación es bien distinta. Es una ley estatal la que crea al impuesto estatal en colisión y es otra ley también estatal la que crea el impuesto local con el que colisionaría aquel otro. El Estado es el responsable de dicha doble imposición, creando los dos impuestos en conflicto, aunque uno de los mismos vaya destinado a la financiación local, por ello corresponde esencialmente al Estado dar solución a los problemas de doble imposición que el mismo crea. Ahora bien, supuestos de doble imposición² entre los impuestos estatales y los impuestos locales se pueden dar tanto en relación a los impuestos locales de establecimiento obligatorio³, como en relación a los de establecimiento facultativo⁴. Lo que sucede es que en relación a estos últimos se podría defender cierta responsabilidad de la Corporación Local en los supuestos de colisión provocados por

² Con el concepto de doble imposición queremos hacer referencia al fenómeno que se produce como consecuencia de que sobre una misma manifestación de riqueza incidan diversos impuestos en un mismo período impositivo o ante un mismo evento. Normalmente la doctrina para referirse a este fenómeno habla simplemente, como hemos hecho, de "doble imposición" y no de plurimposición (no obstante, la utilización del término «plurimposición» la podemos encontrar en SAINZ DE BUJANDA, F.: *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, pág. 27).

³ Impuesto sobre Actividades Económicas, Impuesto sobre Bienes Inmuebles e Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.

⁴ Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana e Impuesto sobre Gastos Suntuarios en la modalidad de aprovechamientos privados de cotos de caza y pesca.

los mismos, porque tratándose de impuestos de establecimiento facultativo cada municipio puede decidir si exigirlos o no en su término municipal, a diferencia de los de establecimiento obligatorio, que debe exigirlos necesariamente. Por ello, al describir ciertos supuestos de doble imposición que dejen en evidencia el problema expuesto, vamos a centrarnos en dos supuestos relativos a impuestos de exigencia obligatoria, como son los de la colisión del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y el Impuesto sobre Actividades Económicas con la imposición estatal sobre la renta. Todo esto sin desconocer que también existen evidentes supuestos de colisión entre los impuestos locales de exigencia facultativa y los impuestos locales, como es el ya tradicional entre la imposición estatal sobre la renta y el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que se agravó con la supresión de la antigua deducción en cuota por tal concepto, con el paso de la Ley 18/1991 a la Ley 40/1998, antiguas leyes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁵, supresión que se mantiene en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, actual Ley reguladora de este Impuesto.

De todos modos, como hemos apuntado, el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un impuesto de establecimiento facultativo por los Ayuntamientos⁶, lo cual aporta corresponsabilidad en tales supuestos de colisión a la Corporación Local, por lo que preferimos centrarnos en el Impuesto sobre Actividades Económicas⁷, donde la exclusividad de la responsabilidad estatal es más evidente, dado que se trata, como hemos visto, de un impuesto de exigencia obligatoria en todos los municipios. Así, el problema analizado, en cuanto de responsabilidad esencialmente estatal, aparece residenciado en los impuestos locales de exigencia obligatoria⁸, dado que en los impuestos locales de establecimiento

⁵ En adelante IRPF.

⁶ Aunque de amplísima y tradicional aplicación en la inmensa mayoría de los municipios.

⁷ En adelante IAE.

⁸ Dentro de los impuestos locales de exigencia obligatoria por los municipios se encuentra también, como hemos visto, el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, pero actualmente, dado que

facultativo pasa a primer plano la responsabilidad de la Corporación Local que lo exija.

Pues bien, en este tema que vamos a analizar, la solución sólo puede estar en su misma causa: la ley estatal. Esto viene a reafirmarse con la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En el apartado 2 del artículo 218 de esta Ley se dispuso originariamente que «La Generalitat tiene competencia, en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado, en materia de financiación local. Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e incluye la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat». En el fundamento jurídico 140 de la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado que «según resulta de los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE, la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, “cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución”, potestad normativa que tiene su anclaje constitucional “en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo” (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22). Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales». De esta forma, en el último párrafo del referido fundamento jurídico se concluye que «En consecuencia, ha de declararse inconstitucional y nulo el inciso “puede incluir la

este Impuesto local grava la titularidad de los referidos vehículos, no encontramos un claro supuesto de doble imposición entre el mismo y los impuestos estatales. Aunque de titularidad estatal, si bien cedido a las Comunidades Autónomas, el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte recae sobre el consumo de éstos, mientras que el apuntado Impuesto local toma en consideración su titularidad, es decir, los grava en cuanto elementos patrimoniales. De esta forma, estaríamos ante dos índices distintos de capacidad económica, consumo (en el referido Impuesto estatal) y patrimonio (en el referido Impuesto local), con lo que no podríamos hablar de doble imposición en sentido estricto en este supuesto, si bien es obvio que ambos impuestos afectan a los vehículos, pero desde perspectivas muy distintas.

capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e" del art. 218.2 EAC», tal y como se refleja obviamente también en el fallo de la mencionada Sentencia.

2. Diversidad de perspectivas en la consideración del Impuesto sobre Actividades Económicas

La reforma del IAE, dentro de las medidas introducidas por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que reformó la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, puede ser analizada desde distintas perspectivas. También desde distintas perspectivas se realizaban numerosas críticas a este Impuesto local. Pues bien, existe una de esas perspectivas desde la que se realizaba una crítica del IAE y desde la que puede realizarse también un análisis de la reforma que operó en el mismo la citada Ley 51/2002. Se trata de la doble imposición entre el IAE y los impuestos estatales sobre la renta. Recordemos que actualmente el IAE, como los demás impuestos locales, se regula en similar sentido en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales⁹, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

La referida doble imposición era criticable en su antiguo alcance y todavía hoy en su alcance actual se deben realizar ciertas críticas en relación a la misma. Con la reforma realizada por la Ley 51/2002 se redujo el ámbito de tal doble imposición, al dejarse exenta del mismo la actividad de ciertos sujetos. En relación a éstos dejó de existir tal doble imposición, que sí persistió en relación al resto. En qué medida se daba esa doble imposición, el alcance con el que quedó después de la citada reforma y los mecanismos que se podrían haber utilizado para eliminarla o los que se deberían utilizar para eliminar tal doble imposición en los supuestos en que aún existe, son cuestiones que centrarán nuestra atención. Para ello hemos partido de una

⁹ En adelante TRLRHL.

delimitación general del fenómeno de la doble imposición, tal y como nosotros la entendemos, para después trasladarla a la problemática del IAE.

Además, uno de los impuestos más criticados en nuestro Sistema tributario ha sido y es el IAE. Se ha criticado desde su forma de cuantificación, poco ajustada a la manifestación de riqueza gravada, hasta la propia existencia en sí de este Impuesto local. Hay que destacar, además, que la integración del mismo con el resto de figuras impositivas de nuestro Ordenamiento jurídico nunca ha sido la más acertada.

Con la reforma de las Haciendas Locales del año 2002, se quiso liberar del IAE a la inmensa mayoría de los sujetos que venían tributando por el mismo, especialmente a los profesionales, dándose también la exención en relación a las pequeñas empresas.

A nadie le gusta pagar un impuesto, por mucho que se intente difundir la idea de solidaridad entre todos en el sostenimiento de los gastos públicos a través de los tributos. Pero si se quiere liberar a determinados sujetos de un impuesto, el dejarlos exentos del mismo no sería la única forma de hacerlo. También se puede conseguir un efecto económico similar concediéndoles un crédito de impuesto por su pago, de forma que lo pagado por un impuesto se pudiese deducir en la cuota de otro.

Esto es, a nuestro entender, lo que se debería haber hecho con el IAE. En vez de haber dejado a ciertos sujetos exentos del mismo, se debería haber permitido una deducción de su cuota en la cuota de los impuestos estatales sobre la renta, ya se trate del IRPF, del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, en función del tipo de sujeto del que se hubiese tratado. Y entendemos que tal medida se tendría que haber adoptado no sólo en relación a los sujetos que se han dejado exentos del IAE, sino en relación a todos los sujetos pasivos de éste. Lo entendemos así por la propia racionalidad que debería existir en la integración de unas figuras tributarias con otras dentro de nuestro Sistema tributario si verdaderamente quiere funcionar como tal, es decir, como un verdadero Sistema. Además de ello, también debemos tener en cuenta lo criticable que resulta la manera en que se ha establecido el límite para determinar las entidades que quedan o no exentas del mismo

y sobre la que volveremos más adelante.

Como hemos apuntado, son muchas las críticas que se han venido haciendo al IAE y sin perjuicio de algún otro retoque del Impuesto en determinadas cuestiones, el peso central de la reforma del mismo consistió en dejar a determinados sujetos exentos de éste. Con ello se limitó considerablemente la autonomía financiera de las Corporaciones Locales, pues aunque se haya pretendido defender que con la reforma citada se intentaba aumentar tal autonomía, en relación al IAE no se dio tal aumento, al privar a aquéllas de un importante recurso en relación a los sujetos que se dejaron exentos del mismo. Bien es cierto que se estableció la compensación a las citadas Corporaciones con otro tipo de ingresos, pero con éstos la situación no es la misma que permitía la aplicación del referido Impuesto. Porque se concediese algo más de autonomía financiera local en otros ámbitos, como pueda ser puntualmente en relación a ciertas cuestiones en materia de fiscalidad inmobiliaria, la medida adoptada en relación al IAE supuso una clara merma de tal autonomía, al actuar sobre una de las que eran las figuras centrales de la disciplina tributaria local.

Se podría haber respetado tal autonomía, no concediendo la exención, pero sí la propuesta deducción de la cuota del IAE en la cuota del correspondiente impuesto estatal sobre la renta. Con ello, los empresarios y profesionales no tendrían que cargar tampoco con el peso económico del IAE y las Corporaciones Locales habrían afianzado un importante eje de su autonomía financiera.

Por todo ello, no nos podemos resistir a la crítica del IAE. Se podría haber conseguido el mismo efecto sobre la situación de los empresarios y profesionales de otra forma, la citada, sin haber perjudicado a las Corporaciones Locales. Si el Estado verdaderamente quiere cargar con el peso económico de la supresión del IAE para un importantísimo número de sujetos, podría cargar con el mismo asumiendo la deducción en la cuota de los impuestos estatales propuesta, en vez de hacerlo compensando a las Corporaciones Locales con otros ingresos. Lo que sucede es que con la vía adoptada por el Estado, la de la exención y compensación con otro tipo de

ingresos, se minaron de manera muy importante las posibilidades de desarrollo de la autonomía financiera local de cara al futuro.

Al mejorar la fiscalidad de los empresarios y profesionales con la referida exención en el IAE, no se debe perder de vista que hay un ámbito que soporta una presión fiscal real en la práctica mucho más evidente y menos eludible, como es el ámbito de las rentas del trabajo. Habría que preguntarse hasta qué punto se ha mejorado la fiscalidad de estas últimas en comparación con la mejora que se produjo de la situación de empresarios y profesionales con la exención en el IAE. Es la eterna cuestión sin resolver.

Eran muchos los autores que se aplicaban en la crítica de la regulación del IAE en nuestra doctrina tributaria y, por todo lo expuesto, después de la reforma de este Impuesto, siguieron siendo muchos los que lo han seguido criticando. Nosotros nos vamos a centrar en tal crítica desde la perspectiva de la doble imposición con la imposición estatal sobre la renta. Para ello partimos, como hemos apuntado, de una delimitación general del fenómeno de la doble imposición y, en función de ello, aplicaremos tal delimitación a la confluencia del IAE con los impuestos estatales sobre la renta y analizaremos cómo debería haberse articulado tal confluencia.

3. La falta de coherencia en la imposición local

Debemos partir de que si quisiéramos encontrar un campo impositivo donde sus figuras tributarias son especialmente criticadas, no tenemos más remedio que detenernos en la esfera tributaria local. Como hemos apuntado, dada la falta de capacidad legislativa de las Corporaciones Locales y siendo necesaria una ley para crear un tributo, dada la existencia del principio de legalidad y, su especificación, la reserva de ley en materia tributaria¹⁰, ha debido ser una ley estatal la que dotase de impuestos a las citadas Corporaciones. El Estado se encontró, se encuentra y se

¹⁰ Cfr. los artículos 31.3 y 133 de la Constitución.

encontrará con que las manifestaciones de riqueza son limitadas y al final convergen en una riqueza única. Por mucho que estire su imaginación y por mucho que haga estirla a las Comunidades Autónomas, al final siempre es necesario volver sobre unas mismas perspectivas de contemplación de la riqueza. Por ello, siempre que se va a pagar un impuesto local, éste, cualquiera que sea, nos recuerda algún otro concepto impositivo al que se debe hacer frente en relación al acto o situación que lleva al pago del correspondiente impuesto.

Pero además, no se sabe si en un intento de simplificar las cosas para las Corporaciones Locales en la aplicación de sus tributos o, simplemente, para enmascarar esa redundancia impositiva que hace volver sobre el gravamen de unas mismas fuentes de riqueza, lo cierto es que las figuras tributarias de que se termina dotando a los municipios suelen hacer agua por muchos frentes, siendo figuras de fácil crítica. De un lado, por su superposición con impuestos estatales y, de otro, por su estructura y configuración, que no suele ser la más acorde con un Sistema tributario moderno y con los principios constitucionales de justicia tributaria.

Para dotar a las Corporaciones Locales o a cualquier ente "inferior" al Estado, como, por ejemplo, las mismas Comunidades Autónomas, de un protagonismo tributario digno y de unos impuestos coherentes en sí mismos y con el Sistema tributario, al final tiene que terminar dándose una doble imposición, por mucho que ésta se limite, se enmascare o se le quiera dar otro nombre.

No es necesariamente ilegítimo o criticable por sí mismo el hecho de que exista una doble imposición o incluso una plurimposición, lo criticable es que esa imposición sea excesiva. En un hipotético caso de laboratorio, no habría inconveniente en que, en otro sistema distinto del vigente, existiesen tres impuestos que recayesen, aunque desde distintas perspectivas, sobre una misma manifestación de capacidad económica, uno en favor del Estado, otro en favor de las Comunidades Autónomas y otro en favor de las Corporaciones Locales, cada uno con un tipo de gravamen del diez por ciento. Esto sería, en principio, en el plano de la carga fiscal que soportaría el contribuyente, similar

a si existiese sobre tal manifestación de capacidad económica un solo impuesto de titularidad estatal con un tipo de gravamen del treinta por ciento y que luego el Estado transfiriese una tercera parte de lo recaudado a las Comunidades Autónomas y otra tercera parte a las Corporaciones Locales. Lo que no se podrá hacer nunca es que en cada uno de los tres niveles impositivos mencionados, estatal, autonómico y local, existiese un impuesto distinto sobre esa manifestación de capacidad económica teniendo cada uno un tipo de gravamen del 30 por ciento, porque entonces ya se habría llegado a una confiscatoriedad.

El distribuir una materia impositiva entre los distintos niveles de entes territoriales, cada uno titular de su propio impuesto, acarrea un mayor coste global de gestión y recaudación, y un posible mayor coste indirecto y esfuerzo de declaración y autoliquidación para el contribuyente. Pero, frente a este inconveniente, tiene la ventaja de que quizás pueda ser más respetuoso con la autonomía financiera de cada uno de esos entes, que es lo que verdaderamente garantiza la efectividad práctica de su autonomía política, pues de nada sirve el poder decidir en qué actuar, conllevando la actuación un gasto, si no existe una autonomía para procurarse los ingresos necesarios para garantizar ese gasto. Además, la fragmentación de las materias impositivas entre los distintos niveles de entes, más allá de la intensidad con que la citada autonomía se ejerza, les hace empezar a sentir a los mismos tal autonomía, lo que luego les impulsa a progresar en el desarrollo de la misma.

Quizás en la idea, no por usual menos descartable, de que cualquiera de los dos extremos en las opciones anteriores puede evidenciar sus problemas o defectos, la búsqueda de un cierto equilibrio sin negar las dos posiciones pueda en algún sentido reducirlos o mitigarlos.

Por todo ello, a las cosas hay que llamarlas por su nombre y cuando existe una situación de doble imposición o plurimposición se debe reconocer como tal, no enmascarándola de forma que se llegue a construcciones impositivas ilógicas. No ajustar una figura tributaria a lo que realmente quiere gravar desemboca en impuestos

con elementos faltos de sentido. Y cuando se empiezan a gravar manifestaciones de riqueza no reales o efectivas, sino potenciales o presuntas, y se desvincula la forma de cuantificación del impuesto de lo que realmente se quiere gravar, al final se desemboca en figuras tributarias que ni se sostienen en sí mismas, ni encajan bien en un Sistema impositivo en cuanto tal, es decir, en cuanto Sistema. Pues bien, de algo de todo esto han pecado y aún siguen pecando los impuestos locales.

Cuando se hace referencia a la doble imposición diciendo de ésta que supone la coincidencia de dos impuestos en un mismo hecho imponible se está circunscribiendo este fenómeno a una idea falta de lógica y rigor jurídico y se está contribuyendo a enmascarar el peso o trascendencia real de las colisiones de impuestos.

En la línea de lo que hemos expuesto *supra*, no tiene sentido exigir, para poder afirmar que se da una doble imposición entre dos impuestos, que tengan el mismo hecho imponible, pues esto es de lógica imposible o incongruente. Si dos impuestos coincidiesen en todos los elementos y aspectos de su hecho imponible, es decir, si el aspecto material, el aspecto espacial, el aspecto temporal y el aspecto cuantitativo del elemento objetivo de su hecho imponible y, al mismo tiempo, el elemento subjetivo del mismo son iguales en los dos impuestos, no estaríamos en realidad ante dos impuestos distintos, aunque tuviesen distinta denominación, sino que estaríamos en el fondo ante un mismo impuesto. No tendría sentido que existiesen dos impuestos en los que los aspectos y elementos del hecho imponible fuesen totalmente idénticos, pues, de ser así tendríamos dos impuestos iguales, algo ilógico en un Sistema tributario y, por tanto, poco imaginable. Ya hemos apuntado que siempre debe cambiar algo, aunque sea su ámbito de aplicación territorial, o la cualidad de alguno de los sujetos que intervienen en la relación jurídica tributaria, ya sea en su posición activa o en su posición pasiva, o algún otro punto de alguno de esos elementos y aspectos.

Bien es cierto, como hemos dicho, que a veces se habla de que dos impuestos tienen el mismo hecho imponible, pero haciéndolo de una manera informal, buscando economía de lenguaje al transmitir la idea y pensando sólo más bien en que dos

impuestos en lo que están coincidiendo es en el aspecto material del elemento objetivo de sus hechos imposables.

Pues bien, existe esa utilización de tal referencia, hecha cuando uno no va buscando precisamente la rigurosidad jurídica, sino la rapidez en el hablar, aun sabiendo que lo hace más bien por los derroteros de lo común y no de lo estrictamente jurídico. Pero fuera de tales casos, hablar de doble imposición como sinónimo de impuestos con hechos imposables iguales, además de estar falto de rigor, no ayuda a descubrir la verdadera realidad de los solapamientos entre impuestos.

Por todo ello, entendemos más correcto aplicar el calificativo de doble imposición a aquellos supuestos en que dos impuestos recaen sobre una misma manifestación de riqueza, porque sus hechos imposables se han configurado sobre un mismo objeto de gravamen, eso sí, contemplándolo desde dos perspectivas distintas. Sobre un mismo objeto de gravamen se pueden idear varios impuestos, pero a partir de hechos imposables distintos, es decir, sobre un mismo objeto de gravamen se podrían idear impuestos distintos. Piénsese en la prohibición que se establece en el citado artículo 6 de la LOFCA, que lo que está prohibiendo es que una Comunidad Autónoma cree un impuesto en el que el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible sea idéntico al que exista en un impuesto estatal o local. No interpretarlo así carecería de sentido y cuando el Tribunal Constitucional, en base a la originaria redacción de la LOFCA, ha señalado que un impuesto autonómico no podrá tener el mismo hecho imponible que ya tenga un impuesto estatal, lo que más claramente debería haber dicho es que un impuesto autonómico no puede coincidir con uno estatal en el aspecto material del elemento objetivo de su hecho imponible; a partir de la citada reforma de la LOFCA tal limitación relativa al hecho imponible se debe hacer extensiva también a la limitación de la colisión de los impuestos autonómicos con los locales.

Pero lo que sí está claro y reconocido por el Tribunal Constitucional¹¹ que se puede

¹¹ En las Sentencias ya citadas.

dar es que una Comunidad Autónoma establezca un impuesto sobre un objeto de gravamen ya sometido a un impuesto estatal, es decir, que sobre un mismo objeto de gravamen se configuren dos hechos imponibles distintos: uno en un impuesto estatal y otro en un impuesto autonómico. Algo lógico si se piensa en lo limitadas que son las manifestaciones de riqueza.

Bástenos esto simplemente para reconducirnos al concepto de doble imposición como incidencia de dos impuestos sobre un mismo objeto de gravamen, entendiendo éste en el sentido de manifestación de riqueza sometida a imposición. Y ello con independencia de que tal doble imposición la consideremos como aceptable o rechazable, como legítima o ilegítima, como confiscatoria o no, en definitiva, como justa o injusta o, más aun, como constitucional o inconstitucional. Esto nos lo dará un análisis ulterior. Y, así, podrán existir supuestos de doble imposición justificables y supuestos de doble imposición criticables.

Pues bien, esa idea de doble imposición como incidencia de dos impuestos sobre una misma manifestación de riqueza gravable es la que nos puede llevar a contemplar la verdadera dimensión de la ubicación que han venido teniendo los impuestos locales dentro de nuestro Sistema impositivo.

4. El alcance de la doble imposición entre los impuestos estatales sobre la renta y el Impuesto sobre Actividades Económicas hasta la reforma de éste en el año 2002

Fijándonos en la situación existente hasta el 31 de diciembre de 2002, o sea, hasta la referida reforma de la Ley de Haciendas Locales, se podía reconocer, en el sentido expuesto, una doble imposición del IAE con el IRPF, con el Impuesto sobre Sociedades y con el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, dependiendo del tipo de sujeto que quedase sometido al mismo.

El hecho imponible del IAE se definía y se describe a partir del mero ejercicio de una actividad empresarial o profesional, o, si se quiere de otra manera más rigurosa, como apuntábamos, el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible consiste

en el mero ejercicio de una actividad empresarial o profesional. Frente a ello, en los tres impuestos estatales citados, el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible está representado por la obtención de renta. De esta forma, tal aspecto del hecho imponible varía del IAE a esos impuestos estatales sobre la renta.

Esa diferencia con respecto al hecho imponible no se daba o no se da sin embargo con respecto al objeto de gravamen, pues aunque en relación al IRPF, al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de No Residentes se viene hablando claramente de la renta como objeto de gravamen, también con respecto al IAE hay que hablar de la renta como su verdadero objeto de gravamen, aunque en este caso se haya silenciado por el legislador tal evidencia, quizás intentando enmascarar su carácter presunto o potencial, cuestión que ha estado y sigue estando abierta a todo tipo de críticas y tachas de inconstitucionalidad.

El ejercicio de una actividad empresarial o profesional en sí mismo no es una manifestación de capacidad económica real; lo que puede serlo es la renta obtenida como consecuencia de tal ejercicio. Éste va dirigido a la obtención de la misma. Las manifestaciones de capacidad económica, como hemos dicho, son limitadas y la manifestación de capacidad económica que se podría reconocer en relación al IAE sería la renta derivada del ejercicio de las citadas actividades. Al mismo tiempo, tales rentas empresariales o profesionales, rendimientos de actividades económicas en la actual terminología del IRPF, se gravan en este Impuesto, en el Impuesto sobre Sociedades o en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, dependiendo del tipo de sujeto que obtiene la renta. Se trata, como hemos apuntado y sabemos, de tres impuestos de titularidad estatal, sin perjuicio de la cesión parcial del IRPF a las Comunidades Autónomas.

De la doble imposición de que estamos hablando aquí es sólo de la doble imposición interna y no de la internacional. Como hemos apuntado, se da doble imposición interna cuando se trata de la colisión de impuestos de un mismo ente o de varios entes integrados en un mismo Estado. También ya hemos indicado que se da doble

imposición internacional cuando se trata de la colisión de impuestos de Estados distintos o de la colisión de un impuesto de un Estado con un impuesto de una organización internacional. Cuando hablamos de impuestos de un Estado lo hacemos en un sentido amplio, refiriéndonos a los impuestos de los distintos entes integrados en un territorio estatal; pero hemos hablado de Estado porque frente a tales entes sólo sería aquél el que tiene personalidad jurídica de Derecho internacional, como sucede también con las organizaciones internacionales.

A la vista de todo ello, se podría extender más allá de sus tradicionales límites el análisis de la doble imposición ocasionada por el IAE entrando en el ámbito de la doble imposición internacional, si analizamos su confluencia con un impuesto sobre la renta pagado en un país extranjero: sería el caso, por ejemplo, de una sociedad no residente que desarrollase una actividad empresarial en España y que aquí, junto al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, tuviese que pagar también el IAE. Así, la presión fiscal global soportada sobre su renta en España no viene determinada sólo por el pago de aquel Impuesto estatal, sino también por el de este Impuesto local. De ahí que en el fondo también existiría una doble imposición entre el IAE y el impuesto sobre la renta pagado en el Estado de residencia de la entidad. Pero el análisis de este punto se sale de las pretensiones de este trabajo. Además, se aparta de la idea que queremos poner de manifiesto, con lo que abandonamos aquí esa perspectiva de la doble imposición internacional, que en sus esquemas clásicos, en relación a ese ejemplo, se analizaría esencialmente en función de la confluencia del Impuesto sobre la Renta de No Residentes con el impuesto que grave su renta en el Estado de residencia de la entidad.

Nos vamos a mover, pues, en el ámbito de la doble imposición interna. En concreto, en el supuesto que analizamos, de una doble imposición entre impuestos de titularidad estatal y un impuesto local, aunque creado por el Estado y de aplicación obligatoria en los municipios. Si el IAE se regula por una ley estatal y es el Estado el único que puede

regular sus elementos esenciales¹², correspondería al mismo arbitrar las medidas necesarias para atenuar o eliminar la doble imposición entre este Impuesto local y el correspondiente impuesto estatal. Es más, le toca al Estado la determinación de la integración entre el IAE y los impuestos estatales sobre la renta, para que no se trate de un mero solapamiento de impuestos, sino que los mismos actúen como piezas de un Sistema impositivo, donde una no pierda la perspectiva o referencia de la otra.

Hasta la reforma del IAE, como hemos visto, éste se solapaba con el IRPF, con el Impuesto sobre Sociedades y, en su caso, con el Impuesto sobre la Renta de No Residentes. No se articulaban medidas para integrar de una forma más o menos completa aquel Impuesto local con estos impuestos estatales. Lo único que sucedía, es que, dentro del mecanismo de aplicación de los impuestos estatales sobre la renta, el IAE se deducía al calcular la base como un gasto más, dentro de la contabilidad del empresario o profesional, siempre y cuando se tratase de supuestos en que resultase deducible tal gasto. Pero esto no era suficiente para eliminar la doble imposición entre el analizado Impuesto local y los impuestos estatales.

Para eliminar los efectos económicos de tal doble imposición hubiese sido necesario que la deducción se hubiese practicado en la cuota de los impuestos estatales y no en base. Desde la doctrina y desde algún partido político¹³ se proponía tal deducción en cuota para la articulación del IAE con los impuestos estatales.

El legislador no optó por esta solución, sino por dejar exentos del IAE a algunos de los sujetos que antes tributaban en éste, especialmente a las personas físicas, aunque también a ciertas entidades en función de su cifra de negocios. No ha sido propiamente una integración de figuras impositivas en el sentido en que propugnaba

¹² Pudiendo regular las Corporaciones Locales a través de sus Ordenanzas sólo aquellos aspectos que la Ley –estatal (TRLRHL)- deja a las mismas, siempre dentro de los límites fijados por aquélla.

¹³ Véase, en este sentido, la «Proposición de Ley relativa a la deducción de las cuotas pagadas por el Impuesto sobre Actividades Económicas» (122/000127), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 9 de mayo de 2001 (publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de mayo de 2001), pero que fue rechazada.

la doctrina, sino simplemente una eliminación de la doble imposición para un sector de sujetos, al no hacerles tributar ya por uno de los impuestos de los dos a que antes estaban sometidos, es decir, al no hacerles tributar ya en este Impuesto local. Pero para el resto de sujetos que continúan tributando por el IAE se sigue dando una doble imposición de éste con el Impuesto sobre Sociedades o con el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, dependiendo de la residencia de la entidad. No obstante, como veremos más adelante, se puede seguir dando cierta doble imposición del IAE con el IRPF cuando se trate de comunidades de bienes que superen la referida cifra de negocios, en el caso de que alguno o algunos de sus comuneros o partícipes sean personas físicas residentes en territorio español.

En relación a las entidades que siguen estando sometidas al IAE, dado que no se les ha querido excluir de este Impuesto, al menos, para eliminar su doble imposición con el correspondiente impuesto estatal, se debería haber permitido una deducción por aquél en la cuota de éste.

5. Las propuestas de actuación en la cuota de los impuestos estatales, en su integración con el Impuesto sobre Actividades Económicas

El IAE vino a sustituir a las antiguas Licencias Fiscales. Este Impuesto municipal¹⁴ aparece regulado en los artículos 78 a 91 del TRLRHL. En el apartado 1 de ese artículo 78 se dispone que «el Impuesto sobre Actividades Económicas es un tributo directo de carácter real, cuyo hecho imponible está constituido por el mero ejercicio en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto».

En este precepto se presenta como hecho imponible del IAE el «mero ejercicio» de las mencionadas actividades empresariales, profesionales o artísticas. Por ello, en principio, el hecho imponible de este Impuesto es distinto de los del IRPF y del

¹⁴ Sobre el IAE las Diputaciones Provinciales, como recurso de las provincias, podrán establecer un recargo regulado en el artículo 134 del TRLRHL.

Impuesto sobre Sociedades, dado que en estos dos últimos constituye su hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo.

En relación a la integración entre el IRPF y el IAE, cuando los sujetos pasivos de aquél tributaban por éste, antes de su referida reforma, debemos tener en cuenta que lo único que se podía hacer era deducir en la base del primero la cuota del segundo como gasto dentro de la contabilidad del sujeto, con lo cual no se eliminaba la doble imposición entre ambos impuestos. Con la exención de las personas físicas en el IAE desapareció tal doble imposición, sin perjuicio de lo que hemos expuesto *supra* en relación a hipotéticos casos de entidades sin personalidad jurídica que, en función de su cifra de negocios, tributasen en el IAE y que tuviesen comuneros o partícipes que fuesen personas físicas residentes en España. De todos modos, en relación a la colisión del IAE con el Impuesto sobre Sociedades, sigue quedando la deducción de la cuota de aquél dentro de la base de éste como gasto en la contabilidad de la entidad, salvo para aquellas entidades que han quedado exentas del IAE al no alcanzar el 1.000.000 de euros de importe neto de la cifra de negocios, no existiendo en tales supuestos la referida doble imposición¹⁵.

En el citado artículo 78 del TRLRHL hemos visto que se presenta el IAE como un impuesto directo y directos son los impuestos que gravan la renta o el patrimonio. Está claro que no es el patrimonio aquello sobre lo que incide este Impuesto local, sino que incide sobre la renta originada por las mencionadas actividades. El IRPF, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de No Residentes también gravan la renta.

De esta manera, nos encontramos con que en el IAE el objeto de gravamen aparece constituido por la renta que el sujeto pasivo obtendría con el desarrollo de la actividad empresarial, profesional o artística, cuyo ejercicio representa el hecho imponible del Impuesto. El problema es que se trata del gravamen de rentas presuntas. Con

¹⁵ Artículo 82 del TRLRHL.

referencia al IAE, en un momento anterior a su referida reforma, CHECA GONZÁLEZ señaló que el gravar «beneficios presuntos supone un claro atentado al principio constitucional de capacidad económica, el cual, rectamente entendido, exige que tributen sólo manifestaciones económicas reales y no ficticias»¹⁶.

Así pues, basándonos en su mera existencia y al margen de su realidad cuantitativa, hasta el establecimiento de la referida exención, debemos entender que venía existiendo una doble imposición entre el IAE y el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades, en relación respectivamente al ámbito subjetivo de cada uno de éstos, dada la íntima e inescindible conexión entre el objeto de gravamen de aquél y los objetos de gravamen de estos otros.

En cuanto a los mecanismos jurídicos que se podrían haber utilizado para paliar los efectos económicos de la mencionada doble imposición, debemos tener en cuenta que un gasto necesario para la obtención de un ingreso es un desembolso que se realiza precisamente "para" algo, "para" la obtención del ingreso. Y el IAE no se pagaría precisamente "para" obtener un ingreso, sino que se pagaría "por" algo, en concreto, "por" la realización de la actividad generadora del ingreso, o sea, por el ejercicio de la actividad generadora de la renta que constituye su objeto imponible.

Bien es cierto que, como hipótesis de laboratorio, un incumplimiento sistemático de las obligaciones tributarias por el IAE, negándose rotundamente a pagarlo en los sucesivos ejercicios, podría haber cargado al empresario o profesional con un porcentaje de deudas por cuotas, sanciones e intereses que le hiciese inviable la vida económica de su actividad. Así, "para" poder desarrollar con éxito su actividad económica habría debido pagar el IAE. Desde esta retorcida argumentación se podría haber llegado a hacer aparecer al IAE como gasto necesario para la obtención de los ingresos. Pero obviamente, parece más lógico presentar, en general, al IAE, en cuanto impuesto sobre la renta -aunque presunta-, como consecuencia y no como

¹⁶ «El Impuesto sobre Actividades Económicas», en *Impuestos*, núm. 23, 1989, pág. 28.

presupuesto. Téngase en cuenta que el impago del IAE no produciría la nulidad o ineficacia de los actos privados de comercio en que se manifiesta el ejercicio de la actividad económica. Y un Impuesto, el IAE, que tiene por objeto de gravamen la renta, no se puede presentar conceptualmente como algo que sea necesario para la obtención de la misma¹⁷, como suele suceder con los gastos deducibles en base.

Por todo lo expuesto, más que la citada exención, lo más lógico, a primera vista, conceptual y sistemáticamente, de cara a una reforma normativa, hubiese sido arbitrar la deducción de las cuotas pagadas por el IAE en la cuota del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades. Sería la cuota de un impuesto que, como crédito de impuesto, se habría deducido de la cuota de otro, total o parcialmente, para eliminar o atenuar, respectivamente, la doble imposición interna por tales impuestos.

Ahora bien, aunque la deducción del IAE en cuota habría eliminado la doble imposición, un análisis profundo de las repercusiones de tal deducción en cuota podría hacernos ver que no serían todo ventajas y sí podría tener algún inconveniente. Se podrían traer aquí a colación y reproducirse, en lo que a la naturaleza de este otro Impuesto local son aplicables, los argumentos apuntados por SIMÓN ACOSTA en relación a las técnicas de coordinación entre el IBI y los impuestos estatales¹⁸.

¹⁷ En el *Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la Reforma de la Financiación de las Haciendas Locales* (2002), que precedió a la referida Reforma, se señaló como un inconveniente para la adopción de un sistema de deducción del IAE en la cuota de los impuestos estatales sobre la renta, el siguiente: «Su configuración como deducción en la cuota, rompería el esquema general liquidatorio del IRPF e IS». La referencia a este punto la realizó la citada Comisión después de destacar la deducción del IAE «como gasto a efectos del cálculo del beneficio o rendimiento neto de la actividad». Pues bien, frente a esa pretendida ruptura del esquema general liquidatorio de esos impuestos, entendemos que la falta de coherencia se da con su deducción como gasto en base, en función de lo que exponemos. Además, las deducciones en la cuota líquida para determinar la cuota diferencial se dan en función de conceptos o pagos de naturaleza tributaria. Por todo ello, frente a lo argumentado por la mencionada Comisión, creemos que lo más acorde con la coherencia que debería presidir precisamente el esquema liquidatorio de los impuestos estatales sobre la renta sería el establecimiento de la deducción del IAE en la cuota de los mismos, tal y como exponemos, en los supuestos en que aún se tenga que pagar.

¹⁸ La aplicación en relación al problema de la doble imposición entre el IAE y los impuestos estatales de la solución propuesta por SIMÓN ACOSTA con respecto a la doble imposición entre el IBI y estos últimos, es aceptada por GARCÍA LUIS, el cual reconoce que algunas de las razones apuntadas por aquel autor en relación a la problemática del IBI -en su integración con los impuestos estatales- serían trasladables a la que estamos analizando en relación al IAE -la de su integración con los impuestos estatales,

Así pues, si nos fijamos en los argumentos apuntados por SIMÓN ACOSTA en favor del sistema que propone como solución de integración entre el IBI y los impuestos estatales¹⁹, vemos que tales argumentos pueden en gran medida encontrar acomodo en la problemática de la integración del IAE con los impuestos estatales citados. Por ello un buen sistema de resolución de la doble imposición entre este último Impuesto local y el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades hubiese sido el de permitir la deducción en la cuota de estos impuestos estatales de la cuota mínima del IAE que según la norma estatal se debía exigir por los Ayuntamientos. Y por aquello en lo que las cuotas por este Impuesto local excediesen -obviamente, siempre dentro de los límites que marcase la norma estatal- de esas cuotas mínimas -exceso establecido por los Ayuntamientos-, se hubiese podido practicar una deducción en la base. Téngase en cuenta que con este sistema se habría conservado la responsabilidad política de las Corporaciones municipales por su posible influencia en el aumento de la carga fiscal por la citada doble imposición, dado que al deducirse el mencionado exceso en la base no se eliminaría totalmente la doble imposición en relación al mismo, sino que simplemente se atenuaría.

Eso sí, debemos precisar aquí que la deducción que se hubiese debido realizar en base, entendemos que lo más respetuoso con la lógica conceptual de los impuestos en juego habría sido practicarla en la base imponible para calcular la base liquidable y no en los rendimientos íntegros para calcular los rendimientos netos que se integran en la base imponible. Ello por las razones apuntadas al desarrollar la crítica a la inclusión del IAE dentro del antiguo concepto de gasto deducible en cuanto necesario para la obtención de los ingresos.

Lo que sí resulta altamente criticable es el sistema que se vino aplicando en relación a la atenuación de la doble imposición por el IAE, que podría haber creado en el

obviamente- («Impuesto sobre Actividades Económicas», en *La Reforma de las Haciendas Locales*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1991, págs. 455 y 456).

¹⁹ Véanse tales argumentos en *El Proyecto de Ley reguladora de las Haciendas Locales*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1988, págs. 45 a 48.

ciudadano-contribuyente de no afianzada cultura tributaria la "ilusión" de que, al poder "restar" de alguna manera (en sede de base) las cuotas por este impuesto local al determinar la deuda tributaria del correspondiente impuesto estatal, sólo habría cargado económicamente una vez con la deuda tributaria -por el gravamen sobre la renta- que se corresponde con el montante de la cuota del impuesto local, lo cual, obviamente, sólo se habría producido si la deducción se hubiese podido practicar en cuota.

El legislador, lejos de recoger las propuestas que de *lege ferenda* había venido realizando la doctrina sobre la integración del IRPF con el IAE, optó por la vía de la referida exención, lo cual restó autonomía financiera a las Corporaciones Locales, a pesar de las correspondientes compensaciones a éstas.

6. Propuesta de mejora de la situación normativa actual en relación al Impuesto sobre Actividades Económicas

Como hemos expuesto, en relación a las personas físicas, profesionales o empresarios individuales, se eliminó la doble imposición entre el IRPF y el IAE, al dejarlas exentas de éste. Pero, como también hemos visto *supra*, quedan supuestos en los que se sigue dando una doble imposición entre el IAE y la imposición estatal sobre la renta. Se trata de los casos de entidades que superan la referida cifra de negocios y que están sometidas al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes y de entidades sin personalidad jurídica que superen igualmente dicha cifra, dándose en este último supuesto la doble imposición con el impuesto estatal en el que tenga que tributar el comunero o partícipe de este último tipo de entidades en función de su condición: IRPF, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

Pues bien, en todos esos supuestos en que se sigue pagando el IAE se debería permitir una deducción en la cuota de los citados impuestos estatales de las cuotas satisfechas por el analizado Impuesto local. Incluso en el supuesto de comuneros

personas físicas residentes, cuya comunidad de bienes tenga que pagar el IAE, se les debería permitir deducir en la cuota del IRPF la parte, de la cuota del IAE satisfecha por la entidad, correspondiente a la participación del comunero en ésta.

En todos los supuestos en que entendemos que se debe permitir la deducción de la cuota del IAE en la cuota del Impuesto sobre Sociedades, en la cuota del Impuesto sobre la Renta de No Residentes o incluso, en los casos apuntados, en la cuota del IRPF, tal deducción se debería realizar en la cuota líquida para determinar la cuota diferencial, dado el carácter impositivo del concepto que debería dar derecho a la deducción.

Obviamente, en el caso de sujetos exentos del IAE no se debería dar ninguna deducción en la cuota de los citados impuestos estatales, pues eso supondría un doble beneficio fiscal no justificable, al no haberse soportado el citado Impuesto local.

De otro lado, cuando se tiene que pagar el IAE, es el Estado el que provoca la doble imposición, pues es éste el que ha creado el IAE, aunque su titularidad sea local. Para ello, su actuación debería centrarse en los impuestos estatales, a través del establecimiento de la deducción propuesta en la cuota de éstos. La deducción en base, como gasto, dentro de la contabilidad de la entidad, que sigue quedando para los sujetos pasivos que continúan tributando en el IAE, no elimina la doble imposición de este Impuesto local con el correspondiente impuesto estatal, por lo que se debería avanzar en el sentido de la deducción en cuota que se propone.

Para aquellos supuestos en los que, por ausencia de cuota (positiva) en el correspondiente impuesto estatal sobre la renta, no se pudiese absorber tal deducción, entendemos que tal problema podría salvarse articulando el legislador la citada deducción de forma que, si no se pudiese practicar en relación al correspondiente período impositivo, pudiese practicarse en los ejercicios siguientes, por ejemplo, apuntando un posible plazo, en los cuatro años posteriores. Al tratarse de la deducción de la cuota de un impuesto local en la de un impuesto estatal, no creemos que tal deducción debiese estructurarse de forma que pudiese determinar, por sí misma, una

cuota diferencial negativa, en el sentido de que, practicándose antes de la deducción de los pagos a cuenta, pudiese determinar una cantidad negativa a devolver, que los pagos a cuenta, en su caso, vinieran a hacer más negativa, es decir, que éstos vendrían a acrecentar la cantidad negativa. Entendemos que, de estructurarse esta deducción, al practicarla, si nos diese una cantidad negativa, la cuota debería quedar a cero y, de ahí, poder restar los pagos a cuenta, que sí determinarían, por sí mismos, una cantidad a devolver. La parte que no hubiese podido deducirse quedaría pendiente de deducción para los ejercicios posteriores. Todo ello porque tratándose de la deducción de un impuesto de un ente público en la cuota de otro, darle el mismo tratamiento que a los pagos a cuenta podría resultar a primera vista excesivo.

De todos modos, no perdamos de vista que la deducción en cuota que proponemos para su articulación por el legislador, alcanzaría sólo a aquella cuota o porción de cuota que resultase de la cuantificación mínima derivada de la norma (estatal), mientras que de existir un exceso sobre ese mínimo, en función de que el correspondiente municipio hubiese aumentado los elementos de cuantificación del IAE dentro de lo que la normativa estatal le permite, en relación a tal exceso sólo se debería permitir su deducción en la base del correspondiente impuesto estatal como gasto. De esta forma, quedaría evidenciada la responsabilidad política de la correspondiente Corporación Local en el aumento de los efectos económicos de la referida doble imposición.

Pero todo esto por lo que atañe al problema de la doble imposición que sigue generando el IAE con respecto a la imposición estatal sobre la renta, en los supuestos descritos. Tal perspectiva no nos hace perder de vista el problema de la configuración del IAE como Impuesto que grava rentas potenciales o presuntas y que, por tanto, no se presenta como lo más acorde con los principios constitucionales de justicia tributaria²⁰.

²⁰ No mucho antes de la citada reforma del IAE, CHECA GONZÁLEZ señaló que «en una futura Ley reguladora del sistema tributario local este impuesto, en su configuración y estructura actual, debiera

Por ello, en aquello para lo que queda el IAE, debería reformarse éste para convertirlo en un impuesto que sólo gravase rentas reales y sólo en función de la cuantía de éstas, pagándose hoy día incluso por entidades que no obtienen ninguna renta real, al poderse tratar de entidades que en el correspondiente ejercicio sólo hayan tenido pérdidas²¹.

El hecho de que en el artículo 86 del TRLRHL se establezca que «sobre las cuotas municipales, provinciales o nacionales fijadas en las tarifas del impuesto se aplicará, en todo caso, un coeficiente de ponderación, determinado en función del importe neto de la cifra de negocios del sujeto pasivo», no supone que el IAE se ajuste a la verdadera capacidad económica del sujeto pasivo. Téngase en cuenta que se parte de la cifra de negocios y no de la renta real generada por la actividad de la entidad, siendo evidente que no es lo más ajustado al principio constitucional de capacidad económica en materia tributaria²² la toma en consideración del «importe neto de la cifra de negocios» dentro de la disciplina del IAE.

Frente a la utilización del expediente de la cifra de negocios, podemos encontrar, de forma aislada e insuficiente, alguna referencia expresa a la renta en la actual regulación del IAE. El artículo 88 del TRLRHL establece en el párrafo primero de la letra d) de su apartado 2 que, cuando las ordenanzas fiscales así lo establezcan en relación al IAE, se aplicará «una bonificación de hasta el 50 por 100 de la cuota correspondiente para los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y tengan una renta o rendimiento neto de la actividad económica negativos o inferiores a la cantidad que determine la ordenanza fiscal, la cual podrá fijar diferentes porcentajes de bonificación

suprimirse en atención a las exigencias ínsitas en la propia noción de justicia tributaria, y sustituirse por otro que grave, en una u otra forma, la verdadera renta real del sujeto pasivo» («El Impuesto sobre Actividades Económicas: presente y futuro», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, 2002, pág. 46). De todos modos, aunque un impuesto sobre las rentas reales empresariales de las entidades sustituyese al criticable IAE actual, la problemática de su doble imposición con la imposición estatal sobre la renta seguiría existiendo y podría ser afrontada desde los parámetros expuestos.

²¹ Sin perjuicio de la bonificación de la que nos ocupamos en este apartado.

²² Artículo 31.1 de la Constitución.

y límites en función de cuál sea la división, agrupación o grupo de las tarifas del impuesto en que se clasifique la actividad económica realizada».

A nuestro entender, en aquellos casos de pérdidas o resultados negativos en un determinado ejercicio, más que una bonificación de hasta un cincuenta por ciento de la cuota, debería establecerse una exención total del Impuesto, mientras no existan rentas positivas en la entidad. Es decir, entendemos que sólo una bonificación del cincuenta por ciento en los casos de rentas negativas es insuficiente. Al mismo tiempo, la citada bonificación del cincuenta por ciento se presenta como una medida que se deja en manos de las correspondientes ordenanzas fiscales, de forma que queda a elección de cada municipio el decidir si la aplica o no. Creemos que la aplicación de la misma no debería quedar a la elección de cada municipio, de manera que una medida como ésta debería establecerse en el TRLRHL de forma generalizada para todos los municipios, sin que las ordenanzas fiscales pudiesen establecer lo contrario. Es más, la exención que proponemos en caso de pérdidas en la entidad, en caso de establecerse algún día, también debería presentarse como preceptiva en cualquier municipio, sin que a través de las ordenanzas fiscales se pudiese establecer la no aplicación de la misma.

Todo lo expuesto nos deja ver una serie de problemas que siguen girando en torno al IAE y que van a hacer que este Impuesto local continúe siendo una de las figuras más criticables de nuestro Sistema tributario. Pero tales críticas se pueden hacer, no sólo en relación a la articulación en sí del IAE, sino también en relación a su falta de integración con los impuestos estatales sobre la renta. Y así, en este último sentido, la solución no vendría dada por la vía de la actuación sobre la normativa reguladora de este Impuesto local, sino que la actuación del legislador se debería dar sobre la regulación de los citados impuestos estatales, de la forma expuesta.

Economia digitale e imposizione indiretta* (*)

di Giuseppe Melis

Professore straordinario di Diritto tributario

LUISS Guido Carli-Roma

ABSTRACT

The paper examines the issue of indirect taxation of the digital economy. This work, premising some notes regarding the tax on telecommunications, sales taxes and duties, focuses in particular on the profiles relating to VAT, with intend to reconstructing its complex and articulated framework, the main legal issues and their solutions, and the reason of the interventions that have followed over time, most recently with the system so-called "MOSS", in the difficult reconciliation between the principle of neutrality on the one hand and efficiency, certainty and simplicity of operation on the other. It concludes with a consideration about the further evolutionary trends of this discipline, regarding the supply of goods not digitizable, and the application of the principle of destination globally.

SINTESI

Il lavoro esamina il tema dell'imposizione indiretta dell'economia digitale. Premessi alcuni cenni alle esperienze straniere in materia di imposta sulle telecomunicazioni, di sales taxes e di dazi, esso si sofferma in particolare sui profili relativi all'IVA, ricostruendone il complesso ed articolato quadro di riferimento, le questioni giuridiche principali e le relative soluzioni, nonché la ratio degli interventi che si sono succeduti nel tempo, da ultimo con il sistema c.d. "MOSS", nel difficile contemperamento tra principio di neutralità da un lato e di efficienza, certezza e semplicità operativa dall'altro. Esso si conclude con l'esame delle ulteriori tendenze evolutive della disciplina in materia, concernenti sia la fornitura internet di beni non digitalizzabili, sia l'applicazione del principio di destinazione a livello globale.

SOMMARIO: 1. Introduzione: problemi di fondo e concetti del cd. "commercio elettronico". Le imposte indirette e il web. I tributi indiretti diversi dall'IVA 2. L'IVA. 2.1. IVA e commercio elettronico: introduzione 2.2. La Direttiva definitiva del Consiglio 7

(*) Questo lavoro riproduce, con talune modifiche e con l'aggiunta delle note, la relazione presentata a Firenze in data 22 maggio 2015 nel corso del Convegno di studi su "Economia digitale, mercati globali ed evoluzioni dei sistemi fiscali" promosso dal CESIFIN.

maggio 2002, n. 2002/38/CE 2.3. I servizi “prestati tramite mezzi elettronici” e il relativo oggetto 2.4. Cessioni di beni o prestazioni di servizi? 2.5. La territorialità: la Proposta di direttiva e le relative critiche 2.6. Segue: ... e nella Direttiva 2002/38/CEE 2.7. Le proposte di modifica e la Direttiva 2008/8/CE 2.8. Momento di effettuazione dell'operazione ed aliquote applicabili 3. Conclusioni

1. Introduzione: problemi di fondo e concetti del cd. “commercio elettronico”. Le imposte indirette e il web. I tributi indiretti diversi dall'IVA

Lo sviluppo del cd. “commercio elettronico” ha aperto scenari economici inimmaginabili, cui il diritto tributario, che alla realtà economica in mutamento guarda costantemente dalla particolare angolazione dell'individuazione della capacità contributiva da tassare, non poteva restare indifferente.

Si è anzi reso necessario un adattamento repentino del diritto tributario stesso, per fronteggiare una crisi che ha investito concetti fondamentali dell'imposizione diretta ed indiretta il cui contenuto si assumeva ormai consolidato.

Per quanto riguarda le imposte indirette, che formano l'oggetto della presente relazione, è noto che esse sono finalizzate a colpire manifestazioni, appunto, indirette di capacità contributiva in quanto sintomi di essa, siano essi consumi, produzione o trasferimenti.

Con riferimento al commercio elettronico, il tema non si pone, naturalmente, sul versante delle imposte sui trasferimenti, bensì per l'IVA e le altre imposte sui consumi, che colpiscono la ricchezza solo nel momento in cui viene prodotta (traslandole economicamente sui consumatori, come nel caso delle accise sulla fabbricazione) o consumata (dazi doganali, accise sul consumo, monopoli fiscali).

In tale ambito, è ovviamente centrale il tema dell'IVA, sul quale concentreremo pertanto la nostra attenzione, anche se alcune riflessioni debbono essere svolte con riferimento ad altri tributi indiretti, in particolare all'imposta sulle telecomunicazioni, alle *sales taxes* e ai dazi.

Quanto alle prime, è interessante richiamare il tentativo del governo ungherese di

colpire l'utilizzo di internet mediante un'imposta sulle telecomunicazioni. Con una proposta di legge avanzata nel 2014 (ma, di fatto, mai approvata), il governo ungherese ha suggerito un'estensione della preesistente tassa sulle comunicazioni telefoniche già introdotta il 1.7.2012, gravante sui servizi di telefonia fissa e mobile e rapportata ai minuti di telefonate e al numero dei messaggi di testo. A seguito di tale estensione, detta imposta sulle telecomunicazioni avrebbe dovuto colpire anche i servizi di telefonia e messaggistica forniti via internet (cd. VOIP, come *Skype*, *Whatsapp*, ecc.), sì da rendere sostanzialmente identico il trattamento fiscale delle telecomunicazioni, comunque effettuate.

Questa *ratio*, tuttavia, non trovava rispondenza nella struttura del tributo. E difatti esso, pur nascendo come imposta sui soli servizi di comunicazione VOIP, sarebbe stato però "misurato" sul numero complessivo di *gigabyte* scaricati dai fruitori dei servizi internet, rivelandosi così del tutto inidoneo a isolare esclusivamente i dati riconducibili alle chiamate e messaggi scambiati *online*. In altre parole, quello che era stato ideato come tributo gravante solo sulle comunicazioni via internet è stato, di fatto, strutturato come tributo sul complesso dei dati scaricati, *i.e.* come vera e propria *bit tax*. A ciò si aggiunga che, nella versione originaria della proposta, non era stato previsto alcun tetto massimo al *quantum* dovuto, che sarebbe stato direttamente (ed illimitatamente) proporzionale ai *gigabyte* scaricati; nella seconda versione della proposta, si è introdotto invece un limite quantitativo, più alto per i fruitori professionali (contratti B2B), più basso per i consumatori (contratti B2C).

Quanto poi ai soggetti passivi, detta imposta sarebbe gravata sui *providers* che forniscono le connessioni ad aziende e privati, identificati quali contribuenti di diritto; tuttavia, essi avrebbero potuto traslare economicamente l'onere impositivo sui clienti, che sarebbero diventati contribuenti di fatto (nella prima versione della proposta, non si prevedeva alcun divieto di rivalsa, di talché la traslazione era senz'altro consentita; nella seconda versione, tale divieto è stato introdotto, tuttavia sarebbe stato di fatto incontrollabile).

Il tributo ha sollevato le proteste degli operatori di telecomunicazioni, che ne hanno evidenziato sia le gravi conseguenze sui loro bilanci, sia l'effetto di incremento dei prezzi nei confronti dei consumatori; in più, gli utenti ungheresi, sui quali, come si è detto, l'onere impositivo sarebbe stato ripercosso, hanno lamentato la violazione di diritti e libertà fondamentali, quali la libera comunicazione, ed hanno inoltre paventato il rischio che la nuova imposta potesse ostacolare la parità di accesso ad *internet* e ampliare il divario digitale tra le classi sociali. Per tali ragioni, la proposta è stata, in definitiva, abbandonata.

E' questo il caso di un tributo indiretto che finisce per colpire in ultima analisi la fruizione di internet in capo agli utilizzatori.

Interessante è anche il tema dell'imposta di consumo relativamente al caso delle *sales taxes* statunitensi. Nel 1992, infatti, la Corte Suprema, nel caso *Quill Corp. v. North Dakota*, affermò il principio secondo cui gli stati non possono obbligare i venditori a versare la *sales tax* in uno Stato se essi non hanno una presenza fisica entro i confini dello Stato in cui avviene la transazione (cd. "*taxable nexus*").

Con l'introduzione da parte del Congresso, in data 13 marzo 1997, dell'*Internet Tax Freedom Act*, venne vietata qualsiasi tassazione sul commercio elettronico; a tale atto venne originariamente attribuita validità triennale, poi sistematicamente prorogata (l'ultima proroga è scaduta nel dicembre 2014).

A partire dal 2002, nonostante la posizione restrittiva del congresso, i governi dei singoli Stati (ad oggi, 49 in tutto) hanno tuttavia stipulato tra loro i cd. *Streamlined Sales and Use Tax Agreement* (SSUTA), contravvenendo alla posizione espressa dalla Suprema corte nel citato caso *Quill vs North Dakota*. Questi accordi stabiliscono anche regole operative sulla tassazione delle transazioni online, tra cui: *i)* la previsione di una categoria nuova di prodotti denominata "beni digitali", distinta dai "beni materiali" e dai "servizi"; *ii)* la territorialità della tassazione nel luogo di consegna della merce (commercio elettronico indiretto) o di residenza dell'acquirente (commercio elettronico diretto).

Dal 2008, alcuni Stati hanno poi introdotto misure interne che recepiscono i principi SSUTA. E' il caso dello Stato di New York, che, peraltro, ha introdotto previsioni fiscali puntuali in tema di *software, cloud computing e digital goods*.

Nel 2014, a livello federale, il Congresso si accorge che è il momento di intervenire. Pendono attualmente due proposte di legge: i) il *Permanent Internet Tax Freedom Act*, che modifica l'*Internet Tax Freedom Act* del 1998, rendendolo permanente; ii) il *Marketplace fairness act*, che prevede misure fiscali specifiche in tema di commercio elettronico e transazioni digitali, ma stavolta a livello federale.

Infine, sempre sul fronte dell'imposizione indiretta, va evidenziato che altri Stati hanno agito sui dazi. Così, ad esempio, l'Argentina, che ha incrementato l'applicazione dei dazi, con aliquota del 50%, sui beni che entrano in territorio argentino attraverso i servizi postali. Profilo, quest'ultimo, che vedremo essere di rilevante interesse anche in ambito europeo, in considerazione della crescita esponenziale dei volumi di vendite di beni tradizionali derivanti da contratti conclusi *on line*.

2. L'IVA

2.1. IVA e commercio elettronico: introduzione

Venendo adesso all'IVA, essa non è di certo rimasta immune alle sollecitazioni provocate dalla nuova realtà economica: la "smaterializzazione" delle operazioni svolte attraverso la rete ha infatti reso necessario verificare l'idoneità sia della classica dicotomia "cessione di beni/prestazioni di servizi" a rappresentare fedelmente le transazioni proprie del fenomeno *internet*, sia del tradizionale concetto di "territorialità" ad assicurare il principio-cardine di "neutralità" alla base di tale imposta, evitando che la *new economy* potesse risolversi sotto tale profilo in una distorsione alla concorrenza, tenuto conto della incidenza rilevante sul prezzo finale dei tributi sul consumo e dei margini talvolta minimi che caratterizzano il commercio

di determinati beni ⁽¹⁾. Al tempo stesso, tuttavia, il raggiungimento del principio di “neutralità” non può ignorare altri principi, pure rilevanti, come quello di efficienza, che impone di ridurre al minimo indispensabile gli oneri di *compliance*, nonché di certezza e semplicità, che richiedono un *set* di regole di semplice applicazione ed agevole comprensibilità. A ciò si aggiungono problemi strettamente tecnico-applicativi connessi alla necessità sia di conoscere gli elementi essenziali delle operazioni (l'identità e natura delle parti, il luogo in cui sono state effettuate, la natura dell'operazione, ecc.), sia di consentire gli adempimenti dichiarativi, l'accertamento e la riscossione del tributo ⁽²⁾.

Va detto subito che non si tratta di temi radicalmente nuovi. L'ambito di osservazione è, infatti, pur sempre costituito da concetti tradizionali, che devono tuttavia confrontarsi (e talvolta scontrarsi) con un contesto economico questo sì radicalmente nuovo, secondo un processo di adattamento del diritto alla nuova realtà economica, talvolta (ancorché raramente) in via di mera interpretazione evolutiva.

L'indagine giuridica su tale nuova realtà si presenta, tuttavia, tutt'altro che agevole, in ragione dell'ampia varietà tipologica delle operazioni che possono essere svolte mediante la rete, che ne rende difficile, se non impossibile, una *reductio ad unum*: *i*) la vendita di beni materiali mediante un ordine inoltrato via *internet* (con eventuale pagamento mediante mezzi elettronici), secondo il modello della vendita per corrispondenza; *ii*) la cessione di beni cd. “digitalizzabili” (quotidiani, periodici, libri, programmi informatici, dischi, film, videogiochi, ecc.), eventualmente accompagnati da prestazioni accessorie (es. selezione di notizie secondo i propri interessi o ricerche *on-line* sugli arretrati); *iii*) la prestazione di servizi “nuovi” tipici dell'economia digitale (*web hosting*, conservazione di dati *on line*, installazione

⁽¹⁾ Sul valore della neutralità concorrenziale perseguito mediante l'IVA, si veda A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 471 ss.

⁽²⁾ V. E. FRIDENSKOELD, *VAT and the Internet: The Application of Consumption Taxes to e-Commerce Transactions*, in *Information & Communications Technology Law*, Vol. 13, No. 2, 2004, p. 182 ss.

automatica di filtri e sbarramenti); iv) le prestazioni di servizi *tout court*, come servizi bancari, pubblicitari, di gioco d'azzardo, di assicurazione, di consulenza e via dicendo.

Questa vasta congerie di operazioni viene compendiata nella distinzione tra commercio elettronico "indiretto", in cui la rete viene utilizzata soltanto per compiere una o più fasi della tradizionale attività imprenditoriale, fermo restando che il bene è "fisico" e forma oggetto di consegna nei modi ordinari, come nel caso di una "vendita a distanza"; e commercio elettronico "diretto", in cui la rete viene utilizzata anche per mettere a disposizione un bene o un servizio al cliente, che gli viene consegnato in forma telematica. Ma tale distinzione, come si vedrà, deve essere ulteriormente articolata per effetto della dicotomia tra le transazioni effettuate nei confronti di consumatori finali (B2C) e quelle che avvengono tra imprese (B2B) ⁽³⁾.

I momenti che hanno segnato l'evoluzione della disciplina dell'IVA e di tributi ad essa analoghi del "fenomeno digitale" possono essere così riassunti:

i) risale, innanzitutto, al 7 giugno 2000 la presentazione da parte della Commissione europea della proposta di modifica (COM 349/2000) della Direttiva 77/388/CEE per quanto riguarda "il regime di imposta sul valore aggiunto applicabile a determinati servizi prestati mediante mezzi elettronici";

⁽³⁾ Il fenomeno del commercio elettronico reca con sé anche ampie novità sul piano terminologico. Alla base dell'operazione commerciale svolta mediante la rete, vi è la figura del cd. *Internet service provider* (ISP), che è colui che gestisce il *server*, consentendo l'accesso ad *internet* e ai suoi servizi e svolgendo attività di *web hosting*, vale a dire la pubblicazione delle pagine *web* attribuibili ad un altro soggetto (*Internet content provider* - ICP) attraverso il *server* ad esso appartenente.

Il *server*, a sua volta, consiste nell'elaboratore centrale, dotato di un proprio *software* specifico, capace di immagazzinare e scambiare informazioni, che attraverso la mediazione della rete telefonica, di un *modem* o del *software* idoneo consente al *personal computer* dell'utente di accedere alle informazioni ed ai servizi della rete *internet*. Esso ospita, come detto, anche i siti *web* attraverso i quali l'*Internet content provider* rende visibile e svolge la propria attività su *internet*.

L'*Internet content provider* è dunque il soggetto cui è attribuibile il sito *web*, vale a dire colui che fornisce i prodotti o i servizi attraverso la rete, mentre il sito *web* è lo spazio pubblicitario utilizzato dall'ICP per il compimento di una o più fasi della propria attività di vendita, sin anche della sua consegna ove trattasi di beni digitalizzabili o di servizi. Tecnicamente si tratta di un insieme di *file* (*software*) contenenti informazioni ed immagini digitalizzate poste su un supporto magnetico e installate in un *server*.

ii) tale Proposta ha subito sensibili modifiche nel passaggio alla Direttiva definitiva del Consiglio 7 maggio 2002, n. 2002/38/CE ⁽⁴⁾, in conseguenza delle ampie critiche sollevate da parte degli Stati membri alla Proposta, il cui contenuto avremo modo di esaminare nel prosieguo al fine di meglio chiarire la *ratio* sia delle scelte adottate nella Direttiva, sia di quelle che sono alla base delle ulteriori modifiche successivamente apportate;

iii) la direttiva – unitamente al Regolamento 792/2002/CE emanato in pari data ed avente ad oggetto i profili procedurali del nuovo regime ⁽⁵⁾ – è stata poi recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. 1 agosto 2003, n. 273 ⁽⁶⁾, che ha apportato talune modifiche all'art. 7 d.p.r. n. 633/72, relativo alla territorialità dell'imposta, nonché ha introdotto un nuovo art. 74-*quinquies* in relazione agli obblighi del prestatore extracomunitario;

iv) ha poi fatto seguito la direttiva 2006/112/CE, poi modificata dall'art. 5 della direttiva 2008/8/CE del Consiglio del 12.02.2008, che ha disposto che, a decorrere dal 1.1.2015, tutti i servizi di telecomunicazione, di teleradiodiffusione e i servizi prestati tramite mezzi elettronici (d'ora in poi, "servizi TTE") a persone che non sono soggetti passivi siano tassati nello Stato membro in cui il destinatario è stabilito, a prescindere dal luogo di stabilimento del soggetto passivo (art. 58, Direttiva 2006/112/CE). I servizi TTE sono sempre rilevanti territorialmente nel Paese del committente anche nel caso di clienti *business*, applicandosi la regola generale della tassazione nel Paese di destinazione per i servizi B2B;

v) hanno poi fatto seguito il regolamento di esecuzione UE n. 282/2011 del Consiglio del 15 marzo 2011, che ha modificato la direttiva 2008/8/CE, e il regolamento di esecuzione UE n. 1042/2013 del Consiglio del 7 ottobre 2013, che

⁽⁴⁾ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, L128/41 del 15 maggio 2002, e in *Il Fisco*, 2002, n. 22, fasc. 2, p. 3235 ss.

⁽⁵⁾ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, L128/41 del 15 maggio 2002, e in *Il Fisco*, 2002, n. 22, fasc. 2, p. 3232 ss.

⁽⁶⁾ In *Gazzetta Ufficiale*, n. 230 del 3 ottobre 2003 e in *Il Fisco*, 2003, n. 37, fasc. 2, p. 5700 ss.

ha a sua volta modificato il precedente regolamento, i quali hanno provveduto ad una definizione più accurata dei servizi prestati per via elettronica, di telecomunicazione e di teleradiodiffusione, nonché a stabilire una serie di presunzioni in materia di luogo di stabilimento del destinatario, al fine di individuare lo Stato di consumo;

vi) il dibattito è poi stato ulteriormente alimentato da una serie di importanti documenti sulla fiscalità digitale: il rapporto *Collin et Colin* del 18.01.2013; il rapporto *Lescure* del 13.05.2013 (che propone un'addizionale IVA dell'1% sui produttori sia francesi che esteri di dispositivi o terminali che consentono l'accesso ad internet, applicabile all'atto dell'acquisto o del noleggio del dispositivo da parte dell'utente finale e dovuta dal rivenditore/distributore o dal *service provider*); il BEPS Action 1: *Address the Tax Challenges of the Digital Economy* dell'OCSE; il *Report* del *Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy* della Commissione Europea del 28.05.2014; le *International VAT/GST Guidelines* dell'OCSE dell'aprile 2014, che hanno fatto seguito al *Global VAT Forum*; il rapporto *Taxation and the Digital Economy: a Survey of Theoretical Models*, pubblicato il 9 marzo 2015. Affermazione comune ai documenti appena citati è quella relativa alla centralità del principio di destinazione e della tassazione nel luogo di consumo, al fine di evitare ogni localizzazione "di comodo" delle attività digitali ed assicurare per tale via la neutralità dell'imposta;

vii) l'ampio dibattito si è risolto, nei vari Stati UE e non UE, in una serie di variegata proposte, talvolta concretizzatesi, sulla tassazione ai fini delle imposte indirette. Tra queste, ad esempio, il noto cd. "emendamento Boccia" alla Legge di stabilità 2014, che avrebbe obbligato i committenti soggetti passivi residenti ad acquistare servizi di pubblicità *online* esclusivamente da soggetti titolari di una partita IVA rilasciata dall'Amministrazione finanziaria italiana; misura, questa, di cui prima è stata rinviata l'entrata in vigore e poi disposta l'abrogazione ⁽⁷⁾. Misure per la tassazione ai fini

⁽⁷⁾ Vedi L. QUARATINO, *New Provisions Regarding the Taxation of the Digital Economy*, in *European Taxation*, 2014, p. 211 ss., il quale evidenzia che siffatta previsione non avrebbe avuto alcun impatto

dell'imposta di consumo delle transazioni di *e-commerce* sono inoltre state adottate, per quanto noto, anche in Australia, Canada, Corea del Sud, Giappone, India, Israele, Sudafrica e via dicendo, di regola con lo scopo di identificare il fornitore di servizi elettronici mediante sua registrazione e di localizzare le transazioni all'interno dello Stato del consumatore;

viii) da ultimo, per consentire l'attuazione del nuovo criterio di territorialità relativo ai servizi TTE, ha fatto ingresso nella disciplina IVA il cd. MOSS (*Mini One Stop Shop*), che ha offerto ai soggetti che rendono servizi TTE la possibilità di gestire da un unico Stato membro dell'Unione Europea (quello in cui si è identificati per il regime) tutti gli obblighi di versamento e di dichiarazione dell'IVA dovuta sui servizi TTE resi a privati residenti nei diversi Stati membri ⁽⁸⁾. Tale strumento è stato introdotto nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 42/2015, che ha altresì modificato le regole di territorialità dell'IVA secondo quanto rilevato al punto iv).

2.2. La Direttiva definitiva del Consiglio 7 maggio 2002, n. 2002/38/CE

Lo scopo fondamentale di questa Direttiva era di evitare che il fattore fiscale potesse determinare distorsioni della concorrenza nel settore del commercio elettronico e che il prezzo finale di un determinato prodotto fosse funzione variabile rispetto a fattori esogeni quali la residenza del fornitore.

La normativa previgente assicurava infatti ai fornitori extra-UE una posizione di vantaggio, in termini concorrenziali, rispetto ai fornitori UE, sia in quanto essa non assicurava l'applicazione dell'IVA sulle transazioni elettroniche tra fornitori extra-UE e consumatori privati, sia in quanto il criterio di residenza del fornitore rendeva imponibili le prestazioni rese da fornitori UE a soggetti domiciliati al di fuori dell'UE ⁽⁹⁾.

economico apprezzabile sul gettito IVA, non modificando le regole di territorialità.

⁽⁸⁾ Vedi P. MASPES, *Iva sui servizi di telecomunicazione, teleradiodiffusione ed elettronici: il futuro è oggi!*, in *Il Fisco*, 2015, p. 1827 ss.

⁽⁹⁾ Peraltro, con l'ulteriore effetto di rendere conveniente per le imprese UE delocalizzare la

Si è, dunque, in presenza delle medesime finalità che, nel settore delle telecomunicazioni, avevano determinato il Consiglio prima a concedere agli Stati membri la possibilità di introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali una deroga al principio generale di territorialità contenuto all'art. 9, par. 1, della Sesta Direttiva (ora art. 43, Direttiva 2006/112/CE del 28 novembre 2006) e poi ad emanare la Direttiva 1999/59/CE del 17 giugno 1999, sì da assicurare l'imposizione, all'interno dell'Unione europea, di tali servizi resi a (o utilizzati da) clienti in essa stabiliti.

Ed invero, tratto comune ai due settori è indubbiamente la possibilità di operare agevolmente in qualsiasi Stato membro senza la necessità di stabilirvi un centro di attività stabile (es. trasmissione satellitare), così evitando l'integrazione dei presupposti per l'applicazione del principio generale di territorialità originariamente contenuto nell'art. 9, par. 1, della Sesta Direttiva (poi divenuto art. 43, Direttiva 2006/112/CE).

Stante l'inadeguatezza delle disposizioni contenute nella Sesta Direttiva CEE a regolamentare il fenomeno in termini di "neutralità" ⁽¹⁰⁾ e l'impossibilità, anche a motivo delle differenziate modalità di recepimento delle stesse norme europee negli ordinamenti interni dei singoli Stati membri, di raggiungere una soluzione del problema in via interpretativa, ed accantonata infine ogni ipotesi sia di introdurre nuove imposte specifiche per il commercio elettronico ⁽¹¹⁾, sia di accogliere la

prestazione di servizi elettronici in proprie consociate extra-UE costituite *ad hoc*: vedi G. MOCCI, *Commercio elettronico diretto: Iva come fattore distorsivo della concorrenza e risposta dell'Unione Europea*, in *Il Fisco*, 2003, n. 25, fasc. 1, p. 3905 ss.

⁽¹⁰⁾ Naturalmente, "neutralità" non va intesa soltanto in senso "soggettivo", quale indifferenza del consumatore tra acquistare da un fornitore comunitario o da un fornitore extracomunitario, ma anche in senso "oggettivo", quale indifferenza cioè nell'acquisto di un prodotto digitale mediante mezzi elettronici oppure mediante mezzi tradizionali.

⁽¹¹⁾ Ed in particolare la cd. "*bit tax*", prelevata sulla quantità di "bit" trasmessi via internet. La Commissione ritenne infatti che l'introduzione di una tale imposta avrebbe determinato una maggiore imposizione delle attività del commercio elettronico rispetto a quelle del commercio tradizionale. Non furono neanche state considerate quelle proposte, di fonte tedesca, miranti ad introdurre una "ritenuta" IVA su ogni transazione effettuata via internet per il tramite di carte di credito. Del resto, un simile sistema avrebbe comportato la necessità da parte dell'intermediario di conoscere l'esatta natura dell'oggetto della transazione per determinarne il trattamento IVA e di poter

moratoria fiscale che negli Stati Uniti aveva impedito, sin dall'adozione dell'*Internet Tax Freedom Act*, l'applicazione delle imposte di consumo al commercio elettronico, si ritenne, dunque, di procedere ad una rivisitazione della disciplina IVA a livello europeo, onde garantire anche quel principio di "certezza del diritto" – inteso come "*contesto caratterizzato da norme chiare e coerenti che riducano i rischi di contrasti e oneri fiscali imprevisti*" – che la Commissione aveva ritenuto dover accompagnare la disciplina giuridica del commercio elettronico.

Tale disciplina era dichiarata come provvisoria, dovendo produrre i suoi effetti dal 1.7.2003 al 30.06.2006, data entro la quale il Consiglio dell'UE avrebbe dovuto predisporre un meccanismo di tassazione definitivo, ovvero prorogare il suddetto termine sino ad altra scadenza. Tale termine è stato successivamente prorogato sino al 31.12.2008 ⁽¹²⁾, per poi "saldarsi" progressivamente con la normativa, ormai definitiva, attualmente vigente, il cui contenuto esamineremo nel prosieguo.

2.3. I servizi "prestati tramite mezzi elettronici" e il relativo oggetto.

Iniziando dall'ambito oggettivo di applicazione della nuova normativa, esso era stato individuato dall'art. 1, par. 1, ultimo comma della Proposta nella cd.

distinguere i pagamenti effettuati per transazioni via internet da quelli effettuati per altri fini; inoltre, esso avrebbe determinato una "migrazione" dei consumatori verso forme di pagamento alternative. Sul punto, vedi O. BOUTELLIS, *Fiscalité du commerce électronique*, in *Droit fiscal*, 1998, p. 1048.

⁽¹²⁾ Si veda la direttiva 2006/58/CE del Consiglio del 27 giugno 2006, in cui viene dato conto che "*Il 29 dicembre 2003 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva concernente il luogo delle prestazioni di servizi tra soggetti passivi, modificata dalla proposta del 22 luglio 2005 per includere la prestazione di servizi da parte di soggetti passivi a persone che non sono soggetti passivi. A norma della proposta modificata tutti i servizi di radiodiffusione e televisione e i servizi prestati tramite mezzi elettronici saranno tassati nel luogo di consumo*" e che "*Il 4 novembre 2004 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva intesa a semplificare gli obblighi in materia di IVA che introdurrà un meccanismo elettronico più generale di quello previsto dalla direttiva 2002/38/CE al fine di facilitare l'adempimento degli obblighi fiscali in relazione ai servizi transfrontalieri*"; e successivamente, la direttiva 2006/138/CE, che ha aveva prorogato il termine al 31.12.2008, sottolineando che "*Non è ancora stato possibile adottare disposizioni relative al luogo di prestazione dei servizi e a un meccanismo elettronico più generale. Considerato che gli elementi di diritto e di fatto che giustificavano la proroga fino al 31 dicembre 2006 non sono mutati e per evitare una lacuna temporanea nel regime di imposta sul valore aggiunto applicabile ai servizi di radiodiffusione e di televisione e a determinati servizi prestati tramite mezzi elettronici, tale regime dovrebbe continuare ad applicarsi fino al 31 dicembre 2008*".

“prestazione tramite mezzi elettronici”, il cui contenuto consisteva in *“una trasmissione inviata inizialmente e ricevuta a destinazione per mezzo di attrezzature per l’elaborazione, ivi compresa la compressione e memorizzazione digitale di dati, nonché la trasmissione intera, il trasporto e la ricezione via cavo, per radio, tramite mezzi ottici o altri mezzi elettronici, ivi comprese la diffusione televisiva ai sensi della direttiva CEE/89/552 e la radiodiffusione”*. Rientravano altresì in tale nozione le trasmissioni mediante mezzi radiotelevisivi, ad esempio su abbonamento o a pagamento (cd. *“pay-per-view”*).

Oggetto della Proposta di direttiva (e successivamente della Direttiva) era, dunque, il solo commercio elettronico “diretto”, ritenendosi – con una scelta che, vedremo, si è rivelata alla lunga non lungimirante – che per l’acquisto per via elettronica di beni poi consegnati nelle forme tradizionali (cd. commercio elettronico “indiretto”) non si ponessero problemi diversi da quelli propri delle cd. “vendite a distanza” (da cataloghi, per telefono, per posta, ecc.), cui resta pertanto applicabile la relativa disciplina europea (trasfusa nel nostro ordinamento nel d.l. n. 331/1993), che prevede l’applicazione della tassazione nel paese di destinazione nel caso di superamento di una determinata soglia quantitativa ⁽¹³⁾. In particolare, per le cd. “vendite a distanza” (da cataloghi, per telefono, per posta, con il commercio elettronico cd. “indiretto”, ecc.) effettuate nei confronti di persone fisiche (o comunque di soggetti non tenuti ad applicare l’imposta e che non abbiano optato per l’applicazione della stessa), purché la merce sia trasportata da parte del cedente o per suo conto nell’altro Stato, è previsto che, laddove l’ammontare delle cessioni non superi determinate soglie, fissate da ciascuno Stato UE, le cessioni si

⁽¹³⁾ Naturalmente, la disciplina delle “vendite a distanza” troverà applicazione nel caso in cui la cessione sia rivolta da un soggetto UE ad un consumatore finale: diversamente, nel caso in cui si tratti di soggetto fornitore *extra*-UE, saremo in presenza di un’importazione, mentre nel caso in cui l’acquirente sia un soggetto passivo UE, saremo in presenza di un acquisto *intra*-UE. Sul punto, vedi E. PULLINO, *Il commercio elettronico e l’IVA*, in *Il Fisco*, 2003, Allegato n. 27 al n. 41, fasc. 2, pag.16554 ss.

considerano non imponibili e scontano l'IVA nello Stato di origine, ferma la possibilità per il cedente di optare per l'applicazione dell'imposta nell'altro Stato UE (di destinazione) dandone specifica comunicazione all'Ufficio. Laddove, invece, il fatturato realizzato dall'impresa nell'altro Stato UE superi le citate soglie, le operazioni si considerano imponibili in detto altro Stato, secondo il principio di destinazione (art. 41, co. 1, lett. b), d.l. 331/1993).

La definizione di "prestazione tramite mezzi elettronici" contenuta nella Proposta atteneva, peraltro, alle *modalità* di trasmissione e non anche all'*oggetto* di tale trasmissione. Questo era infatti individuato, dall'art. 1, n. 1 della Proposta, con riferimento alle prestazioni di servizi contenute nell'art. 9, par. 2, lett. c), primo trattino della Sesta direttiva (poi art. 52 Direttiva 2006/112/CE), ovverosia le "*attività culturali, artistiche, sportive, scientifiche, d'insegnamento, ricreative o affini, ivi comprese quelle degli organizzatori di dette attività nonché le prestazioni di servizi accessorie a tali attività*". A ciò la richiamata disposizione espressamente aggiungeva il *software*, l'elaborazione dati e i servizi informatici (*web hosting, web design, ecc.*) e la fornitura di informazioni. Pur formando già oggetto di trasmissione in forma elettronica, alcune tra le transazioni indicate nella lettera a) dell'art. 9 par. 2 (ora art. 45 Direttiva 2006/112/CE), così come quelle indicate alla lettera c) secondo, terzo e quarto trattino del medesimo articolo (ora art. 52, par. 1, lett. b) e c) Direttiva 2006/112/CE), la Commissione aveva, dunque, ritenuto di lasciare inalterato rispettivamente il principio del *locus rei sitae* e quello in cui le prestazioni erano materialmente eseguite. Nessuna diversa regolamentazione si aveva anche per le prestazioni di cui alla lettera e) dell'art. 9 (prestazioni pubblicitarie, consulenza e assistenza legale, ecc.), per le quali rimaneva in vigore il criterio del domicilio del destinatario della prestazione. Restavano ovviamente escluse dalla disciplina in oggetto le stesse prestazioni di cui all'art. 9, par. 2, lett. c) primo trattino se non fornite mediante mezzi elettronici.

A questo quadro normativo la Direttiva apporta ampie semplificazioni, mediante

la mera aggiunta, all'art. 9, par. 2, lett. e) della direttiva (ora art. 56 Direttiva 2006/112/CE), di due nuove fattispecie, segnatamente dei servizi di radiodiffusione e di televisione, nonché dei servizi prestati tramite mezzi elettronici, *inter alia*, quelli descritti all'Allegato L (ora Allegato II alla Direttiva 2006/112/CE). Tale allegato, a titolo "indicativo", include le seguenti ipotesi: fornitura di siti *web* e *web-hosting*, gestione a distanza di programmi e attrezzature, forniture di *software* e relativo aggiornamento, fornitura di immagini, testi, informazioni e messa a disposizione di basi di dati, fornitura di musica, film, giochi, compresi i giochi d'azzardo, programmi o manifestazioni politici, culturali, artistici, sportivi, scientifici o di intrattenimento, fornitura di prestazioni di insegnamento a distanza.

Questa definizione è adesso stata ulteriormente affinata dal Regolamento n. 282/2011, il cui art. 7 prevede una ampia definizione di "servizi prestati tramite mezzi elettronici", comprensiva di un ampio elenco di servizi elencati nell'allegato I al Regolamento. Anche in questo caso, la natura non definitiva né esaustiva dell'elenco viene ribadita al punto 11 del Regolamento ⁽¹⁴⁾.

Stante la natura non tassativa dell'elencazione, ciò che rileva, dunque, nella prospettiva della Direttiva, è che il servizio sia prestato tramite mezzi elettronici, con ciò eliminando il rischio, evidenziato con riferimento alla Proposta, che aree di servizi restassero estranee alla disciplina *de qua* pur essendo fornite tramite mezzi elettronici ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ il Regolamento (CE) n. 1777/2005 del 17 ottobre 2005 già aveva ulteriormente chiarito i confini di tale nozione (in *Il Fisco*, 2005, n. 42, fasc. 2, p. 6365 ss.). In particolare, l'art. 11, par. 1 disponeva che "I servizi prestati tramite mezzi elettronici (...) comprendono i servizi forniti attraverso Internet o una rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e, in assenza della tecnologia dell'informazione, impossibile da garantire". Il successivo art. 10, par. 2 elencava poi una serie di servizi che, "se forniti attraverso Internet o una rete elettronica", erano disciplinati dal par. 1; mentre il successivo art. 12 prevedeva una serie di operazioni che non rientravano in tale previsione (es. servizi di professionisti che forniscono consulenze ai clienti mediante la posta elettronica, *helpdesk* telefonico, ecc.).

⁽¹⁵⁾ Vedi D. RAVIOLA, *Commercio elettronico: scenario economico e legislazione tributaria dell'Unione europea*, in *Il Fisco*, 2002, n. 36, fasc. 1, p. 5758. La Direttiva precisa peraltro che il solo fatto che il fornitore di un servizio e il suo cliente comunichino per posta elettronica non implica che il servizio fornito sia un servizio elettronico.

La complessità tecnica della materia non consente di diffondersi sull' idoneità delle espressioni utilizzate dalla Proposta prima, e dalla Direttiva poi, ad individuare in modo preciso ed esaustivo mezzi ed oggetto propri del commercio elettronico. Ciò che va evidenziata, naturalmente, è la difficoltà di tracciare in modo netto i confini tra i servizi prestati tramite mezzi elettronici e i servizi di telecomunicazione, sol che si pensi a quanto previsto dall'art. 7, par. 2, lett. e) del regolamento n. 282/2011, che comprende tra i primi *"le offerte forfettarie di servizi Internet (Internet Service Packages, ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato"*, precisando che, in tal caso, *"il forfait va oltre il semplice accesso a Internet e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso alle notizie di attualità, alle informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di gioco, hosting di siti, accessi a dibattiti on line, ecc.)*. Sembra, dunque, che in prospettiva si debba tendere ad una disciplina sostanzialmente unitaria del "fenomeno tecnologico", tenuto anche conto, almeno a livello di disciplina sostanziale, dell'ormai avvenuta unificazione del criterio di "territorialità" ad opera della Direttiva 2008/8/CE, entrata in vigore il 1.1.2015 ⁽¹⁶⁾.

2.4. Cessioni di beni o prestazioni di servizi?

Un tema fondamentale è quello della qualificazione delle forniture elettroniche come "prestazioni di servizi", piuttosto che come "cessione di beni".

La normativa italiana di recepimento, infatti, non ha apportato alcuna modificazione alla nozione di prestazioni di servizi, né ha introdotto una definizione della locuzione *"prestazioni di servizi rese tramite mezzi elettronici"* da essa utilizzata nelle modifiche apportate al regime della territorialità dell'IVA.

Nella Relazione alla Proposta del 2000 si operava soltanto un fugace riferimento al principio secondo il quale le forniture elettroniche non devono essere considerate

⁽¹⁶⁾ Il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 42/2015, ha tuttavia ritenuto di mantenere l'ulteriore criterio del "luogo di utilizzazione" per le prestazioni di telecomunicazioni e di teleradiodiffusione.

alla stregua di beni, bensì assimilate a prestazioni di servizi, specificando, sbrigativamente, come ciò sia *“già chiarito dall’art. 6 della direttiva vigente (ora art. 24 Direttiva 2006/112/CE)”*. Una maggiore consapevolezza “giuridica” neanche emergeva dal documento della Commissione COM(98)374, ove si legge che *“la politica dell’UE è di considerare alla stregua di servizi i prodotti ordinati e consegnati mediante una rete elettronica. (...) Questa politica è in sintonia con la posizione adottata dall’UE e dai suoi Stati membri in sede di OMC. Nel settore fiscale essa consente inoltre l’applicazione di una normativa chiara”*.

Il dilemma, che riguarda in realtà esclusivamente i beni cd. “digitali” – essendo pacifica ed evidente la natura di prestazioni di servizi di numerose operazioni che avvengono su *internet* – si pone in termini assai rilevanti, in ragione degli effetti che, in concreto, la qualificazione come “prestazioni di servizi”, anziché come “cessione di beni”, comporta nell’ipotesi di fornitore *extra-UE*.

Così, per quanto attiene al regime della territorialità, nell’ipotesi di qualificazione come “cessione di beni” dei beni cd. “digitali” si tratterebbe di una “importazione” ai fini IVA, come tale imponibile nell’ambito dell’Unione europea, con il conseguente problema di determinarne la base imponibile sia ai fini IVA, sia ai fini dei dazi doganali, tenuto conto che non vi è in tale ipotesi supporto alcuno sul quale tali beni sono “registrati”. A tale riguardo, è noto che il legislatore italiano, per il rinvio operato in punto di base imponibile dall’art. 69, co. 1 d.p.r. n. 633/72 alla legge doganale – che determina la base imponibile IVA con riferimento a quella rilevante ai fini delle imposte doganali, la quale, nella specie, faceva riferimento al valore del solo supporto magnetico prima delle modifiche apportate al Codice doganale comunitario ⁽¹⁷⁾ – ha dovuto introdurre con il d.l. 23 febbraio 1995, n. 41 una

⁽¹⁷⁾ Infatti, l’art. 167 del regolamento CEE n. 2454/1993 prevedeva che *“per determinare il valore in dogana di supporti informatici importati destinati ad essere impiegati in attrezzature per l’elaborazione dei dati e contenenti dati o istruzioni si tiene conto solo del costo o del valore del supporto stesso”*. A seguito delle modifiche apportate dall’art. 1 del Regolamento n. 444/2002/CE (in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, n. L68 del 12 marzo 2002), tale disposizione è stata soppressa. L’Agenzia delle

modifica all'art. 69 medesimo per rendere imponibile ai fini IVA l'intero valore del *software* standardizzato (supporto informatico e dati ed istruzioni in esso contenuti), verificandosi altrimenti fenomeni distorsivi della concorrenza. Per gli stessi motivi, ove si qualificasse il *downloading* di "beni digitalizzati" come "cessione di beni", occorrerebbe prevedere la medesima disciplina prevista per la cessione di tali beni su supporti magnetici ⁽¹⁸⁾. La qualificazione in termini di prestazione di servizi determinerebbe, invece, l'applicazione del principio generale di cui all'art. 9, par. 1, della Sesta Direttiva (ora art. 43, Direttiva 2006/112/CE), che conferisce rilievo al luogo di domicilio, di residenza o in cui è situata la stabile organizzazione del soggetto fornitore, salvo prevedere – come in effetti è avvenuto – regole *ad hoc*.

Differenze sussisterebbero anche nel meccanismo di applicazione dell'imposta. Così, ad esempio, per quanto attiene al momento di effettuazione dell'operazione, che per la cessione di beni coincide con la consegna o spedizione del bene, mentre per la prestazione di servizi con il pagamento del corrispettivo. Inoltre, diversi sarebbero gli adempimenti, poiché non solo per le importazioni non è prevista l'autofattura – riservata dalla normativa italiana alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi *effettuate nel territorio dello Stato* e alle prestazioni di servizi di cui al n° 2 dell'art. 3 poste in essere da soggetti residenti all'estero a soggetti residenti nel territorio dello Stato – la quale in assenza di stabile organizzazione consentirebbe di non versare l'IVA sulle operazioni compiute addossando tutti gli adempimenti fiscali al committente (art. 17, co. 3, d.p.r. 633/72), ma per la "cessione

Dogane, con Circ. 22 aprile 2002, n. 33, ha pertanto chiarito che per effetto di tale soppressione, il valore dei dati o delle istruzioni registrate nei supporti informatici non debba essere dedotto dal valore imponibile dei supporti medesimi. Pertanto, la base imponibile ai fini del dazio può essere presa anche come base per il calcolo della base imponibile IVA, rendendo così inutile la precisazione contenuta nell'art. 69, co. 1, secondo periodo (vedi Circolare Assonime, n. 42 del 3 giugno 2002).

⁽¹⁸⁾ Sottolinea le difficoltà di applicare l'art. 69, d.p.r. n. 633/72, così come modificato dal d.l. n. 41/1995, alla trasmissione di prodotti digitali, non esistendo un "supporto informatico", né potendo operare il rinvio generico alla normativa doganale, non trattandosi di una importazione ai fini di detta normativa, M. GIORGI, *Gli acquisti attraverso reti informatiche: la disciplina Iva*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 771 ss.

di beni” potrebbero trovare applicazione alcune ipotesi normative, come ad esempio in tema di non obbligatorietà dell’emissione della fattura o di fatturazione cd. “differita”, non previste per le prestazioni di servizi ⁽¹⁹⁾.

Da quanto sopra, emerge dunque come il problema non riguardasse tanto i “prodotti digitali” – atteso che la relativa qualificazione come “cessione di beni” avrebbe perseguito comunque l’obiettivo di “neutralità” – quanto invece le prestazioni di servizi vere e proprie, la cui regola generale di territorialità, nel rendere applicabile l’imposta soltanto ove il prestatore del servizio sia residente in ambito europeo, non avrebbe consentito il raggiungimento di tale obiettivo ⁽²⁰⁾, sicché

⁽¹⁹⁾ Nessuna conseguenza di rilievo scaturirebbe invece dalla divergente qualificazione delle forniture rese tramite mezzi elettronici in ordine alle operazioni effettuate a titolo gratuito, fenomeno particolarmente rilevante in ambito *internet* in funzione della importante dimensione quantitativa del fenomeno del *downloading* gratuito di *software*. L’art. 2 della Sesta direttiva (ora art. 2, direttiva 2006/112/CE) prevede il requisito dell’onerosità sia per le cessioni di beni che per le prestazioni di servizi, e gli artt. 5 par. 6 e 6 par. 2 lett. a) (ora artt. 16 e 26 direttiva 2006/112/CE) assimilano alle operazioni a carattere oneroso rispettivamente le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo gratuito per fini estranei all’esercizio dell’impresa.

⁽²⁰⁾ A ciò andava aggiunta, pur nel caso di soluzione positiva del problema della territorialità mediante l’eventuale estensione di qualche norma speciale, l’impossibilità di addossare ad un consumatore finale gli obblighi di autofatturazione in assenza di stabile organizzazione, che rendeva le prestazioni effettuate difficilmente tassabili. Osservava infatti R. LUPI, *Diritto tributario. Parte speciale*, 3 ed., Milano, 1995, p. 361, che la nomina del rappresentante non era obbligatoria, sicché in sua mancanza l’operazione – ancorché oggettivamente effettuata in Italia – era in pratica legittimamente (anche se implicitamente) esclusa da IVA. Rilevava tuttavia L. CARPENTIERI, *Prestazioni di servizi rese in Italia da soggetti non residenti: è sempre facoltativa la nomina del rappresentante fiscale?*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, II, p. 204 ss., che poiché nell’ipotesi di nomina del rappresentante il rappresentato era “solidalmente” obbligato con il primo, ciò significava che il “rappresentato” era già di per sé soggetto di imposta, e come tale doveva assolvere l’obbligo di imposta. Il Ministero, dal canto suo, aveva previsto tale obbligo per le operazioni *intra*-UE laddove il committente fosse un privato consumatore, mentre per le operazioni rese da soggetti *extra*-UE aveva inizialmente escluso tale obbligo (Circ. 23 aprile 1997, n. 88/E, in *Il Fisco*, 1997, p. 5216), affermando la non applicabilità dell’imposta in mancanza del rappresentante e in presenza di un’operazione destinata ad un consumatore finale. Con circolare 31 ottobre 2000, n. 162, esso aveva tuttavia riconsiderato la questione, sottolineando l’obbligatorietà della nomina del rappresentante fiscale nell’ipotesi in cui il meccanismo del “reverse charge” non si rendesse applicabile. Questa soluzione è peraltro quella accolta dalla direttiva 2000/65/CE del 17 ottobre 2000, recepita in Italia mediante le modifiche all’art. 17 e l’introduzione dell’art. 35-ter, d.p.r. n. 633/72, dove la regola è quella del “reverse charge”, salva la possibilità del soggetto non residente di nominare un rappresentante fiscale ovvero di identificarsi direttamente ai sensi dell’art. 35-ter. La nomina del rappresentante diventa invece obbligatoria laddove il destinatario non sia un soggetto passivo IVA, ai sensi dell’art. 17, co. 2, d.p.r. n. 633/72 (“la nomina del rappresentante fiscale è obbligatoria qualora il soggetto non residente, che non si sia identificato direttamente ai sensi dell’art.

dobbiamo chiederci per quale motivo si sia preferito considerare i cd. “beni digitali” come prestazioni di servizi, modificando il regime della territorialità, piuttosto che come “cessione di beni”, le cui regole in tema di territorialità sarebbero state sufficienti ad attrarre a tassazione i beni digitali, sia pure accompagnate dalle opportune precisazioni in tema di base imponibile.

Ora, a tale scelta non sono senz'altro estranee considerazioni di unitarietà di disciplina e di ordine pratico. Da un lato, è infatti vero che la quasi totalità delle ipotesi considerate dalla Direttiva quale possibile oggetto di trasmissione elettronica costituiscono evidenti prestazioni di servizi, sicché una qualificazione complessiva delle transazioni elettroniche come “prestazioni di servizi” – con le necessarie modifiche al regime della territorialità e della soggettività passiva che esamineremo nei paragrafi che seguono – consente certamente di pervenire ad una disciplina unitaria. Dall'altro, va rilevato che, ove la cessione di beni digitali fosse stata qualificata in termini di “cessione di beni”, avrebbe trovato applicazione la disciplina prevista per le importazioni, con la conseguenza che le imprese avrebbero dovuto versare l'IVA in dogana, non essendo previsto in tal caso dall'attuale normativa europea (art. 21, par. 1, lett. b), Sesta direttiva, ora art. 194, Direttiva 2006/112/CE) il meccanismo dell'autofatturazione ⁽²¹⁾.

Si tratta tuttavia di considerazioni non sufficienti a giustificare una scelta, quella sui “beni digitali”, che tocca, invece, problemi giuridici di notevole complessità – cui in questa sede è soltanto possibile accennare – e coinvolge peraltro sistemi normativi situati a diversi livelli, con i problemi di coordinamento che ne conseguono ⁽²²⁾.

35-ter, effettuati nel territorio dello Stato cessioni di beni o prestazioni di servizi soggette all'imposta sul valore aggiunto nei confronti di cessionari o committenti che non agiscono nell'esercizio di imprese, arti o professioni”).

⁽²¹⁾ Sul punto nulla innova la direttiva 2000/65/CE, che ha ad oggetto le operazioni interne ed *intra-UE* e non anche le importazioni.

⁽²²⁾ Ed infatti a livello europeo non sussiste omogeneità di qualificazione. Rileva ad esempio C. SEREGNI, *La cessione di software è prestazione di servizi*, in *Il Sole – 24 Ore*, 26 giugno 2000, che la

A tal fine, il punto di partenza deve ricercarsi nella definizione del presupposto oggettivo contenuta negli artt. 5 e 6, della Sesta direttiva (ora artt. 14 ss. e 24 ss., Direttiva 2006/112/CE). La Direttiva fornisce, infatti, una nozione “residuale” di “prestazioni di servizi”, ricavata cioè per differenza rispetto alla nozione di “cessione di beni”. Poiché quest’ultima fa riferimento a soli beni materiali (“il trasferimento del potere di disporre di un *bene materiale* come proprietario”), considera “beni materiali” anche “l’energia elettrica, il gas, il calore, il freddo e simili” e poiché nelle prestazioni di servizi si include anche “la cessione di beni immateriali”, la conclusione contenuta nella Proposta sull’automatica riconducibilità alle prestazioni di servizi delle transazioni elettroniche risulterebbe confortata dal dato normativo una volta rilevata l’assenza di un supporto magnetico e la sua non sostituibilità con i semplici “byte” o “file” di cui si compone il *software* e la natura “immateriale” dei beni trasferiti.

Senonché, tale natura “immateriale” è tutt’altro che pacifica, ora sottolineandosi in dottrina l’intrinseca materialità del *software* per la sua capacità di modificare il bene nel quale esso è incorporato, sia esso un *floppy disk* oppure l’*hard disk* del computer sul quale vengono direttamente immagazzinati i dati scaricati dal sito internet ⁽²³⁾; ora evidenziandosi, al contrario, l’inconsumabilità del *software* e la sua conseguente non soggezione ad usura, nonché la sua possibilità di poter essere

Spagna ha qualificato come “cessione di beni” lo scambio di *software on line*.

⁽²³⁾ Sottolinea come una materialità sia immanente nel concetto di *software*, P. BIDLINSKY, *Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998, p. 306 (“Dem Begriff Software ist irgendeine Materialisierung immanent. Zum Vergleich: Was ein Autor als reine Idee im Gehirn entwickelt, ist noch lange kein Buch (...) Die Daten sind – als elektromagnetische Veränderung des Trägermaterials – eben Teil der gesamten Sache”). Secondo Bidlinsky, è irrilevante che tali dati siano scaricati da internet, poiché comunque immagazzinati presso l’utente (“Schliesslich steht ohnehin fest, dass der Erwerber an seinem – nun elektromagnetisch bzw. Optisch veränderten – Datenträger Eigentum hat. Dabei hat jedenfalls eine körperliche Einwirkung auf dem Datenträger stattgefunden”). Vedi anche E. MARELLO, *Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, p. 602 ss., per il quale ciò che viene commercializzato *on-line* è pur sempre sensibile empiricamente, costituendo il *software*, il testo o il disco digitale modificazioni del reale tese a fornire un’utilità immediata al loro fruitore. Un conto sarebbe, dunque, il diritto di autore – tipico bene immateriale non “in rerum natura” – ed altro il bene digitale, dove mancherebbe soltanto la tangibilità, ma non anche una “fisicità” del bene.

utilizzato contemporaneamente da un numero indefinito di persone senza menomazione dell'utilità ritraibile da ciascuno, caratteristiche queste tipiche dei beni "immateriali" (24).

Del resto, neanche la qualificazione in termini di prestazione di servizi *tout court* appare preclusa, sol che si pensi alla posizione dell'Amministrazione finanziaria tedesca, che ha a suo tempo argomentato a favore della qualificazione come prestazione di servizi del *downloading* di *software* muovendo dalla considerazione che al fruitore verrebbe offerto un servizio nel dargli la possibilità di scaricare il *software* dalla rete e di farlo così funzionare sul proprio computer (25).

Ciò precisato, va evidenziato come l'Amministrazione finanziaria italiana abbia immediatamente recepito a livello interpretativo, già con la circolare n. 1977/1998, la posizione europea, qualificando le forniture di *software* standardizzato via internet come "prestazioni di servizi" ai fini IVA (26). Nel caso di *software* acquistato da internet, viene dunque meno quella distinzione tra *software* "standard", cioè prodotto in serie e di impiego generalizzato, e *software* "specifico", cioè personalizzato in relazione alle specifiche esigenze del committente, che l'Amministrazione

(24) R. BORRUSO, *La tutela giuridica del software*, Milano, 1999, p. 4. Sottolinea anche il carattere decisivo della "Verbrauchbarkeit" nell'operazione di qualificazione, M. WEINHOFER, *Neue Entwicklungen bei der umsatzsteuerrechtlichen Behandlung des elektronischen Geschäftsverkehr auf nationaler und internationaler Ebene*, in *Deutsches Steuerrecht*, 1998, p. 1540. Vedi anche il *Bundesfinanzhof* tedesco, con sent. 3 luglio 1987, III R 7/86 (in *Bundessteuerblatt*, 1987, II, p. 728 ss.), che ha qualificato l'"Anwender-Standardsoftware" come "immaterielles Wirtschaftsgut", osservando come "Dem Programminhalt kommt die überragende wirtschaftliche Bedeutung zu. Der Datenträger tritt demgegenüber zurück. Er dient nur dazu, das Programm unverlierbar zu machen und es als Gut im wirtschaftlichen Verkehr umsetzen zu können, sowie als Eingabemedium für den Computer. Sein Materialwert steht in Regenfall auch im keinem Verhältnis zum Programm und muss daher ausser Betracht bleiben" (p. 731) e che "Denn auch soweit Software-Verträge zivilrechtlich als Kaufverträge zu qualifizieren sind, ist Gegenstand des Kaufvertrags keine Sache, sondern – mindestens weitaus primär – ein immaterielles Gut, nämlich das Programm als Werk mit geistigem Inhalt" (p. 732).

(25) *Oberfinanzdirektion* Koblenz, circolare del 22 giugno 1998, S 7100 A- St 51 2 (in *Deutsches Steuerrecht*, 1998, p. 1135 ss.): "Bei der Überlassung mittels Internet oder anderer Netze bzw. per Modem wird dem Leistungsempfänger lediglich die Möglichkeit eröffnet, die Software auf seine Überlage zu überspielen. Durch die körperliche Übergabe der Software im Rahmen einer Lieferung gemäss § 3 Abs. 1 UstG dagegen wird dem Leistungsempfänger die Verfügungsmacht über die bewegliche Sache Datenträger verschafft".

(26) Vedi circ. 20 agosto 1998, n. 1977/V/SD, in *Boll. trib.*, 1999, p. 329 ss.

finanziaria pur aveva tracciato in precedenti circolari in relazione al *software* contenuto in supporti magnetici ⁽²⁷⁾, riservando al primo la qualificazione di “cessione di beni” e al secondo quella di “prestazione di servizi”.

Successivamente, essa ha nuovamente preso posizione sull’argomento con la risoluzione n. 186/2003 ⁽²⁸⁾, relativa ai periodici “*on line*”, la cui natura di prestazione di servizi deriverebbe dalla loro possibilità di “*essere fruibili in forma digitale, attraverso le vie elettroniche, sulla postazione telematica dell’acquirente*”, il quale potrà “*decidere se consultare il periodico on line solo a video ovvero procedere anche alla sua materializzazione attraverso la stampa*”.

Mentre nel primo intervento interpretativo citato, l’Amministrazione finanziaria si era limitata a richiamare genericamente il giudizio “dei competenti servizi della Commissione UE”, senza verificare se la normativa interna offrisse un quadro chiaro in materia, nel secondo intervento essa si è spinta oltre, ritenendo che “*l’oggetto della*

⁽²⁷⁾ Sulla qualificazione come acquisto *intra*-UE dell’introduzione nel territorio dello Stato di “dischi, nastri, cassette e altri supporti relativi a *software* standardizzato o altri prodotti parimenti standardizzati”, vedi Circ. 13-VII-15-464 del 23-02-1994, la quale esclude invece tale natura per bobine, pizze, nastri, ecc. contenenti opere immateriali (es. film), costituendo tali supporti materiali “mezzo al fine” per lo sfruttamento del relativo diritto. Vedi anche Circ. Min. 15 maggio 1995, n. 142/D/1916, e Ris. Ag. Entrate, 2 agosto 2002, n. 261/E, in cui, richiamate talune caratteristiche del *software* personalizzato (contratto che preveda la fornitura di nuove versioni, l’adattamento a nuove esigenze di mercato, espansioni funzionali di diversa entità, ecc.), ricorda l’applicabilità dell’art. 7, co. 4, lettere d) ed e) in tema di rilevanza ai fini della territorialità dello Stato del committente, soggetto passivo in altro Stato membro. Si ricorda che la fattispecie in esame è rilevante anche ai fini doganali, dove nel caso di *software* standardizzato viene tassato l’intero valore, mentre nel caso di *software* personalizzato non si ha imposizione alcuna, trattandosi di prestazione di servizi. Infine, a livello di giurisprudenza europea, vedi Corte di giustizia, 27 ottobre 2005, C-41/04, relativa all’acquisto di un programma standard privo di qualsiasi utilità per l’attività del soggetto acquirente se non dopo gli adattamenti, peraltro già concordati *ab origine* con il fornitore, operazione configurata dalla Corte come prestazione di servizi unitaria. Vedi L. BELLUZZO, *Commercio elettronico. La tassazione delle cessioni virtuali di beni*, in *Il Fisco*, 1999, p. 14900. Analoga distinzione si ritrova nell’ordinamento tedesco, dove la fornitura di *software* standard viene considerata una “*Lieferung*”, mentre la realizzazione di un *software* personalizzato come una “*sonstige Leistung*” (Abschnitt 25, Abs. 2, n. 7, Umsatzsteuer-Richtlinien 2000). Sul punto, O.G. LIPPROSS, *Umsatzsteuer*, Achim, 1996, p. 127 e 435; A. VOGEL – B. SCHWARZ, *Kommentar zum Umsatzsteuergesetz*, 2000, § 12, n. 2.2.1.6. Anche l’Amministrazione finanziaria austriaca opera la distinzione in oggetto: vedi H. G. RUPPE, *Umsatzsteuergesetz 1994 – Kommentar*, Wien, 1999, p. 350. Sul fondamento civilistico di tale distinzione, vedi D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, V, p. 10.

⁽²⁸⁾ Ris. Ag. Entrate, 30 settembre 2003, n. 186/E.

transazione effettuata dalla società non sia la cessione del periodico registrato, bensì un generico servizio che consente l'accesso al sito della medesima, sul quale l'associato rinviene tale pubblicazione", anche alla luce dei servizi aggiuntivi normalmente offerti, quali la selezione di informazioni, un costante aggiornamento dei contenuti, una ricerca per parola chiave.

Ora, a tale riguardo, l'unica disposizione specifica che potrebbe interessare il fenomeno è quella contenuta nell'art. 3, co. 2, n. 2, d.p.r. 633/72, che include tra le prestazioni di servizi *"le cessioni, concessioni, licenze e simili relative a diritti di autore"*. Va qui ricordato che ai sensi dell'art. 2, comma 1, n. 8, L. n. 633/1941, risultano protetti dal diritto di autore *"i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore"*. In particolare, la tutela del diritto di autore è stata estesa al *software* per effetto del d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518, in attuazione della Direttiva 91/250/CEE.

E' vero, tuttavia, che il riferimento contenuto nella richiamata norma non comprende soltanto la cessione (trasferimento della proprietà del diritto) e la concessione (trasferimento del solo godimento del diritto), ma anche la licenza ed è anche vero che il contratto che si realizza nell'ipotesi di *software* standardizzato è proprio quello della cd. "licenza d'uso": tuttavia, non può affermarsi che tale "licenza" abbia ad oggetto un bene immateriale, in quanto non vengono trasferite le facoltà riconosciute dall'ordinamento giuridico al suo titolare, risolvendosi il tutto nella possibilità di mero impiego del programma, senza possibilità né di riproduzione autonoma, né di commercializzazione ⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Vedi M. MASCHIO, *La disciplina tributaria del software*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, p. 469 e 480. Sulla qualificazione di cessione di beni (materiali) del *software* standardizzato, vedi R. VALACCA, *Aliquote IVA applicabili alla vendita di software pacchettizzato*, in *Corr. trib.*, 1991, p. 3329; M. IAVAGNILIO – P. TOGNOLO, *I contratti di distribuzione di software standardizzato*, in *Il Fisco*, 2000, p. 466; G. DAN, *Problematiche Iva relative all'acquisto di un software via Internet o via modem*, cit., p. 1761. Sulla separazione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*, e sulla qualificabilità come "cessione di beni" delle operazioni riguardanti soltanto il *corpus mechanicum*, vedi C. VALENTINI, *Profili fiscali dei beni immateriali*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, p. 1426 e G. TABET, *Il diritto di autore nella normativa tributaria*, in *Rass. trib.*, 1988, p. 56 e 69, il quale evidenzia però come in alcuni casi (es. bobine di film) la

Se guardiamo alle più generali definizioni contenute nella normativa interna di “cessione di beni” o di “prestazioni di servizi”, rispettivamente come “atti a titolo oneroso che importano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere” e come “prestazioni verso corrispettivo dipendenti da contratti d’opera (...) e in genere da obbligazioni di fare, non fare e di permettere quale ne sia la fonte”, emergono indicazioni ulteriormente contrastanti.

Infatti, l’art. 2, d.p.r. n. 633/72 si riferisce “ai beni di ogni genere”. Per la definizione di “bene” si dovrebbe fare riferimento all’art. 810 cod. civ., il quale notoriamente include al proprio interno i beni immateriali. Si tratterebbe di un’ipotesi interpretativa certamente confortata dalla non riproduzione del paragrafo 2 dell’art. 5 della Sesta direttiva (ora art. 15, par. 1, Direttiva 2006/112/CE), concernente l’assimilazione ai “beni materiali” dell’energia elettrica, del gas, del calore, del freddo e via dicendo, la quale si giustificerebbe proprio dalla riconducibilità alla nozione civilistica di “bene” anche di tali ipotesi ⁽³⁰⁾. L’art. 3, d.p.r. n. 633/72, dal canto suo, non offre una vera e propria definizione “residuale”, né appare possibile riferirsi alla previsione per i diritti

disponibilità della cosa materiale costituisce lo strumento indispensabile per attuare l’utilizzazione dell’opera dell’ingegno, di modo che la trasmissione del diritto di utilizzare implica anche la consegna del veicolo di estrinsecazione dell’opera stessa. Favorevoli all’applicabilità dell’art. 3, n. 2 d.p.r. n. 633/72 sono invece L. DE ANGELIS, *Le opere dell’ingegno ed il diritto di autore alla luce delle ultime disposizioni civilistiche e fiscali*, in *Il Fisco*, 1997, p. 9623 ss. e F. SANTORO, *Commercio elettronico. Primi problemi pratici*, in *Il Fisco*, 1999, p. 13662.

L’interpretazione proposta è peraltro anche quella seguita dall’Amministrazione finanziaria tedesca con riferimento alla nozione di “*Einräumung, Übertragung und Wahrnehmung von Rechten, die sich aus dem Urheberrechts ergeben*” contenuta nel § 12, Abs. 2, n. 7 c dell’*Umsatzsteuergesetz*, che prevede per le prestazioni ad essa riconducibili l’aliquota agevolata del 7%. Sul punto, vedi A. VOGEL – B. SCHWARZ, *Kommentar zum Umsatzsteuergesetz*, cit., § 12, Abs. 2, n. 7c, n. 26 ss., i quali evidenziano con riferimento alla fornitura di *software* mediante internet come “*Der ermässigte Steuersatz findet keine Anwendung, weil der Hauptinhalt der Leistung – wie bei der Übergabe von Standardsoftware zur weiteren Verwendung durch den Käufer – nicht in der Überlassung von urheberrechtlich geschützten Rechten besteht*”. Questa è inoltre l’interpretazione seguita dal *Bundesfinanzhof* (Urteil 13 marzo 1997, V R 13/96, in *Bundessteuerblatt*, 1997, II, p. 372 ss.), per il quale sia che si concepisca la fornitura di *software* standard come cessione di beni materiali, sia che la si inquadri nella cessione di beni immateriali, “*handelte es sich dabei im Kern um die Befugnis das auf dem Datenträger gespeicherte Computerprogramm anzuwenden, was im Urheberrechtsgesetz allenfalls am Rande geregelt ist*”.

⁽³⁰⁾ Sulla maggiore ampiezza della nozione interna di cessione di beni rispetto alla nozione comunitaria, vedi P. FILIPPI, *La cessione di beni nell’imposta sul valore aggiunto*, Padova, 1984, p. 73 ss.

di autore, una volta chiarito che nel *software* standardizzato “scaricato” in rete non avviene alcun trasferimento delle facoltà riconosciute al titolare. In tale ottica, si potrebbe, dunque, osservare che gli strumenti finanziari, il *software*, i brani musicali, i giochi elettronici configurino “beni” ai sensi dell’art. 2, d.p.r. n. 633/72, potendo formare “oggetto di diritti” e non essendo indispensabile il requisito della loro corporalità.

Da quanto sin qui esposto emerge una certa contraddizione di fondo, sia a livello interno, sia a livello europeo, poiché da un lato si qualifica come “cessione di beni” la transazione avente ad oggetto i prodotti standardizzati, e dall’altro si sostiene che lo stesso prodotto, “scaricato” da internet, costituisce una “prestazione di servizi”, ponendosi così il dubbio se non debba piuttosto rilevare l’intrinseca natura del *software* e non già la sua modalità di acquisizione, atteso che in ambedue i casi non si fa altro che acquistare una copia di un prodotto “chiuso” e pronto per l’uso.

L’evidenziata difformità tra diritto nazionale e diritto europeo sembra tuttavia poter essere ricomposta attraverso un’interpretazione adeguatrice della normativa nazionale, argomentando sia dalla nozione di “prestazione tramite mezzi elettronici” contenuta nella Proposta iniziale, sia dall’espressa qualificazione come “servizi prestati tramite mezzi elettronici” di una serie di “forniture” indicate, peraltro a titolo esemplificativo, nell’Allegato II alla Direttiva 2006/112/CE, tenuto conto che è proprio a tale nozione che le modifiche all’art. 7, d.p.r. n. 633/1972 hanno fatto implicitamente riferimento. Ciò, peraltro, con l’effetto di attrarre alla nuova disciplina tutti quei servizi (e beni digitalizzabili) che siano riconducibili alla più ampia nozione di “prestazioni di servizi rese tramite mezzi elettronici”, indipendentemente dalle puntuali regole di qualificazione e/o di territorialità contenute nella normativa nazionale ⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ A favore della prevalenza del criterio della territorialità del servizio reso mediante mezzi elettronici su quello connesso alla natura propria del servizio reso, si veda anche il volume edito a cura del Centro Studi Telos, *La territorialità dell’Iva per le prestazioni di servizi*, Roma, 2005, p. 145. Quindi, in sintesi, per quanto attiene ai beni digitalizzabili, il problema riguarda l’eventuale mutamento *tout court*

Del resto, nella recente sentenza 5 marzo 2015, C-479/13, la Corte di giustizia ha respinto il tentativo del governo francese di qualificare gli *e-book* come “cessioni di beni” al fine di giustificare l’aliquota ridotta per essi prevista, argomentando tale diniego – in modo erroneo, per quanto sopra affermato – sulla base del fatto che *“il supporto fisico che consente la lettura di tale libro, che potrebbe essere qualificato come “bene materiale”, non è presente al momento della fornitura”* (par. 35). Aggiunge inoltre la Commissione che la relativa qualificazione come prestazioni di servizi deriva proprio dal già citato Regolamento di esecuzione UE n. 282/2011 del Consiglio del 15 marzo 2011, cui deve pertanto farsi riferimento ai fini definitori (par. 36).

2.5. La territorialità: la Proposta di direttiva e le relative critiche

Ciò precisato, dobbiamo adesso esaminare le modifiche alla territorialità dell’IVA, muovendo dalla soluzione inizialmente individuata nella Proposta.

A tale riguardo, l’art. 1, par. 1 della Proposta prevedeva che per i servizi prestati tramite mezzi elettronici *“il luogo della prestazione ... è il luogo dove il cliente ha stabilito la sede della sua attività economica o ha costituito un centro di attività stabile per il quale si è avuta una prestazione di servizi o, in mancanza di tale sede o di tale centro di attività stabile, il luogo del suo domicilio o della sua residenza abituale”*.

Ciò, a condizione che i servizi in oggetto venissero forniti:

- a) da un soggetto passivo stabilito *nell’Unione* a clienti stabiliti *fuori dell’Unione*;
- b) da un soggetto passivo stabilito *nell’Unione* a soggetti passivi stabiliti *nell’Unione ma in un paese diverso* da quello del fornitore;
- c) da un soggetto passivo stabilito *al di fuori dell’Unione* a persone stabilite *nell’Unione*.

In deroga all’art. 9, par. 1, della Sesta Direttiva (ora art. 43, Direttiva 2006/112/CE),

della relativa natura (cessione di beni vs prestazioni di servizi); per quanto attiene, invece, ai servizi, il problema riguarda la prevalenza delle modalità di fruizione del servizio (consistente in un flusso di dati digitalizzabili e in un canale di trasmissione digitale, quale che sia il mezzo impiegato: es. cellulare) sul contenuto del servizio medesimo.

il quale enuncia la regola della rilevanza della sede del prestatore di servizi ai fini della definizione del luogo in cui gli stessi si considerano effettuati, la Proposta introduceva pertanto l'imponibilità dei servizi in oggetto nel luogo di residenza del cliente. Ciò al precipuo fine di evitare quei fenomeni distorsivi a danno degli operatori residenti nell'UE laddove il criterio impositivo rilevante si fosse tradotto nel luogo di residenza del fornitore; fine perseguito mediante l'imponibilità nell'UE dei servizi resi da operatori *extra-UE* a soggetti, passivi e non, residenti nella UE e, dall'altro, mediante l'esclusione da imposizione dei servizi resi da operatori UE a soggetti *extra-UE*.

La Proposta non modificava, invece, la tassazione nel caso di servizio fornito da un soggetto passivo stabilito nell'Unione a consumatori finali stabiliti anch'essi nell'Unione, rimanendo pertanto invariato il criterio della sede del *fornitore* ⁽³²⁾.

Tale ultimo criterio trovava applicazione, peraltro, anche laddove il volume di affari relativo alle prestazioni effettuate dal soggetto passivo *extra-UE* nei confronti di soggetti non passivi stabiliti nell'Unione superasse l'ammontare di 100.000 Euro. In tal caso, infatti, la Proposta prevedeva un obbligo di registrazione ai fini IVA "nello Stato membro destinatario delle prestazioni di servizi" (art. 1, n. 5, lett. b), con l'assegnazione di un numero di identificazione "speciale", facendo sì che il fornitore *extra-UE*, sempre ai soli fini dell'applicazione della nuova disciplina, venisse considerato disporre di un "centro di attività stabile" nello Stato membro dove gli era stato appunto assegnato il numero di identificazione per i servizi contemplati da tale nuova disciplina (art. 1, n. 1, comma 2, seconda parte), con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 1, n. 1, comma 2, primo periodo, della Proposta, trovava applicazione ai fini impositivi il criterio del luogo di "registrazione" ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Art. 1, n. 1, comma 2, primo periodo: "Ove tali servizi siano resi da un soggetto passivo titolare di un numero di identificazione in conformità alle disposizioni vigenti a persone che non sono soggetti passivi stabilite nella Comunità, per luogo della prestazione s'intende il luogo dove il fornitore ha stabilito la sede della sua attività economica o ha costituito un centro di attività stabile dal quale viene prestato il servizio".

⁽³³⁾ Emergeva dunque dal quadro complessivo tracciato in tema di territorialità delle operazioni rese

L'impostazione contenuta nella Proposta subì tuttavia severe critiche.

Da un lato, vi era chi evidenziava gli ampi differenziali di aliquota esistenti nei vari Stati, richiedendo pertanto di obbligare i fornitori extra-UE a registrarsi in ogni Stato membro nel quale prestavano i loro servizi; dall'altro chi, in un'ottica di semplificazione, riteneva potersi procedere alla mera integrazione della lettera e) dell'art. 9 con la radiodiffusione e le prestazioni rese mediante mezzi elettronici, lasciando alla successiva lettera f) la regolamentazione delle sole operazioni "business to consumers".

Venivano inoltre sottolineati i difetti connessi all'introduzione della soglia di € 100.000 prevista dalla Proposta, sia in quanto di incerta verificabilità per la difficoltà di unificare le informazioni riferite alle cessioni effettuate a privati consumatori ⁽³⁴⁾, sia per la possibilità di forme di elusione mediante "splitting" delle cessioni tra più società estere appartenenti al medesimo gruppo ⁽³⁵⁾, sia infine per l'effetto, provocato da tale soglia, di far permanere evidenti situazioni di distorsione.

2.6. Segue: ... e nella Direttiva 2002/38/CEE

Le osservazioni sopra riportate spiegano le ampie modifiche apportate al testo della Proposta in sede di Direttiva 2002/38/CE.

La Direttiva si muoveva, innanzitutto, in un'ottica di semplificazione, da un lato aggiungendo due punti (servizi di radiodiffusione e di televisione; servizi prestati

mediante mezzi elettronici, la mancanza di qualsiasi riferimento al criterio del "luogo di utilizzazione" della prestazione, pur richiamato in materia di telecomunicazioni e per tutte le prestazioni di cui all'art. 9, par. 2, lett. e) della Sesta direttiva. Si tratta di una scelta – come vedremo confermata nella direttiva finale – difficilmente giustificabile, soprattutto nei confronti di quei soggetti ai quali è preclusa la detrazione dell'IVA e che utilizzano le "prestazioni" ricevute al di fuori dell'Unione Europea.

⁽³⁴⁾ Vedi P. MASPEL, *Criteri di territorialità delle transazioni on-line*, in *Forum fiscale*, dicembre 2000, p. 48.

⁽³⁵⁾ Ciò non significava peraltro che un soggetto extra-UE non avesse interesse a registrarsi già prima del raggiungimento della franchigia, ad esempio per poter ottenere il rimborso dell'IVA ad esso addebitata per costi sostenuti nell'Unione Europea. In tal caso, si sarebbe pertanto dovuta valutare la possibilità di rendere facoltativa la registrazione ove l'ammontare delle operazioni compiute non eccedesse la franchigia.

mediante mezzi elettronici, *inter alia* quelli di cui all'allegato L) all'art. 9, par. 2, lett. e), poi confluiti nell'art. 56, par. 1, lett. k) della Direttiva 2006/112/CE, e nell'Allegato II); dall'altro, aggiungendo all'art. 9, par. 2, la lettera f) (ora art. 57, Direttiva 2006/112/CE), disponendo che *"il luogo in cui sono prestati i servizi di cui alla lettera e), ultimo trattino, qualora la prestazione sia effettuata a favore di persone che non siano soggetti passivi e siano stabilite, domiciliate o abitualmente residenti in uno Stato membro, da parte di un soggetto passivo che abbia fissato la sede della propria attività economica o abbia costituito un centro di attività stabile da cui il servizio è prestato al di fuori della Comunità o, in mancanza di tale sede o centro, sia domiciliato o abitualmente residente al di fuori della Comunità, è il luogo in cui la persona che non è il soggetto passivo è stabilita, domiciliata o abitualmente residente"*.

A ciò si accompagnava l'introduzione nel corpo della Sesta direttiva di un nuovo articolo 26-*quater* (ora artt. da 357 a 369, Direttiva 2006/112/CE), rubricato *"regime particolare per i soggetti passivi non stabiliti che prestano servizi informatici a persone che non sono soggetti passivi"*.

Pertanto, ne risultava il seguente quadro in tema di territorialità dell'imposta:

a) il luogo delle prestazioni di servizi indicate nella lettera e), rese a destinatari stabiliti fuori dell'Unione o a soggetti passivi stabiliti nell'Unione, ma fuori del Paese del prestatore, era quello in cui il destinatario aveva stabilito la sede della sua attività economica o ha costituito un centro di attività stabile⁽³⁶⁾ per il quale si era avuta la prestazione di servizi o, in mancanza di tale sede o di tale centro di attività stabile, il

⁽³⁶⁾ Sulla nozione di "centro di attività stabile", vedi M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2005, p. 202 ss., il quale ricorda come la Corte di giustizia, con costante giurisprudenza, abbia affermato che il riferimento di una prestazione di servizi ad un centro di attività diverso dalla sede viene in considerazione soltanto se tale centro di attività presenti un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea, sul piano del corredo umano e tecnico, tale da rendere possibili in modo autonomo le prestazioni di servizi. Sembrerebbe pertanto potersi fondatamente escludere l'applicabilità, in ambito IVA, delle conclusioni cui siamo giunti in punto di individuazione della stabile organizzazione nel commercio elettronico con riferimento al Modello OCSE, per la possibilità che si possa ivi configurare una stabile organizzazione anche in assenza del fattore umano.

luogo del suo domicilio o della sua residenza abituale. Ne conseguiva, pertanto, che:

i) se il destinatario, anche consumatore finale, era residente al di fuori dell'UE, l'imposta non trovava applicazione; ii) se il destinatario era un soggetto passivo di un altro Stato membro, rilevava la sede del destinatario della prestazione;

b) il luogo delle prestazioni di servizi indicate nella lettera e), rese a soggetti diversi da quelli sopra indicati, e precisamente nei confronti di persone non soggetti passivi stabilite, domiciliate o abitualmente residenti nella UE, restava disciplinato dalla regola generale, consistente nella residenza del prestatore del servizio. Pertanto, se il destinatario, consumatore finale, era residente in un altro Stato membro, e la prestazione veniva resa da un soggetto diverso da quello di cui alla lettera f) (cioè, da un soggetto UE: vedi *infra*), rilevava la sede del fornitore;

c) il luogo delle prestazioni rese da un soggetto passivo "extra-UE", nel senso precisato dalla lettera f) ⁽³⁷⁾, coincideva con il luogo in cui *"la persona che non è soggetto passivo è stabilita, domiciliata o abitualmente residente"*.

In tale ultimo caso, trovava applicazione (facoltativa) il regime particolare indicato nel citato art. 26-*quater* (ora artt. da 357 a 369, Direttiva 2006/112/CE), che prevedeva che il soggetto passivo non stabilito dichiarasse, avvalendosi di mezzi elettronici, allo Stato membro di identificazione – inteso come Stato membro che il soggetto passivo sceglie di contattare per notificare quando ha inizio la sua attività come soggetto passivo all'interno del territorio dell'Unione – l'inizio o la cessazione della sua attività in qualità di soggetto passivo, nonché eventuali cambiamenti a seguito dei quali non soddisfacesse più le condizioni per l'applicazione del regime particolare. A tale dichiarazione seguiva l'attribuzione, sempre mediante mezzi elettronici, di un numero di identificazione.

⁽³⁷⁾ Precisa al riguardo l'art. 26-*quater*, A – Definizioni, lettera a) (ora art. 358, Direttiva 2006/112/CE), che per "soggetto passivo non stabilito" deve intendersi "un soggetto passivo che non ha fissato la sede della propria attività economica, né ha costituito un centro di attività stabile (ora "stabile organizzazione") nel territorio della Comunità, né è tenuto altrimenti ad identificarsi ai fini fiscali ai sensi dell'articolo 22 (ora art. 214, Direttiva 2006/112/CE)".

Il soggetto identificato era poi tenuto ad una serie di adempimenti, ed in particolare, ad una dichiarazione trimestrale, dovuta anche in mancanza di operazioni, alla dichiarazione annuale, al pagamento dell'imposta in un'unica soluzione al momento della presentazione della dichiarazione, alla conservazione per un periodo di dieci anni della documentazione delle transazioni effettuate, nonché alla sua esibizione, in forma elettronica, all'amministrazione dello Stato di consumo.

Il soggetto passivo non stabilito che si avvaleva del regime doveva peraltro versare l'IVA sulle vendite senza possibilità di detrarre l'eventuale imposta assolta a monte. In tale ottica, tuttavia, la Direttiva riconosceva la possibilità di beneficiare del rimborso dell'IVA sugli acquisti previsto dalla Direttiva 86/560/CE (XIII Direttiva), escludendo la possibilità degli Stati membri di subordinare il rimborso all'esistenza di vantaggi comparabili nello Stato terzo con riferimento all'imposizione indiretta, ovvero all'esistenza di un rappresentante fiscale⁽³⁸⁾.

In conclusione, dunque, il soggetto extra-UE poteva intrattenere i rapporti con l'amministrazione finanziaria di un solo Stato membro, ad eccezione della fase relativa all'accertamento, in cui si prevedeva la possibilità di richiesta di documenti anche da parte dello Stato di residenza del consumatore finale.

A livello di normativa nazionale, la Direttiva 38/2002/CE si era risolta in una serie di modifiche all'art. 7, d.p.r. n. 633/72, mentre il regime particolare di cui all'art. 26-*quater* era stato recepito mediante l'introduzione dell'art. 74-*quinquies*, d.p.r. n. 633/72, cui hanno fatto seguito taluni provvedimenti applicativi⁽³⁹⁾, con l'istituzione

⁽³⁸⁾ Vedi, sul punto, D. RAVIOLA, *Commercio elettronico: scenario economico e legislazione tributaria dell'Unione europea*, cit., p. 5762.

⁽³⁹⁾ I dettagli applicativi di tale disciplina sono stati previsti con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate dell'8 ottobre 2003, n. 107521 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 238 del 13 ottobre 2003, e in *Il Fisco*, 2003, n. 39, fasc. 2, p. 5975 ss.), con il quale è stato approvato lo schema dei dati da inviare ai fini della identificazione IVA, nonché lo schema di dati concernente la dichiarazione trimestrale riepilogativa. L'ufficio competente a gestire i rapporti con i soggetti non residenti è il Centro operativo di Pescara. Successivamente, con D.M. 19 novembre 2003 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 277 del 28 novembre 2003), sono state disciplinate le modalità di versamento, che devono avvenire

anche di un apposito sito *web* nel quale compiere tutti gli adempimenti formali richiesti dalla normativa.

2.7. *Le proposte di modifica e la Direttiva 2008/8/CE*

Come già si è detto, la disciplina IVA del commercio elettronico sin qui esaminata è stata caratterizzata sin dall'inizio dalla sua transitorietà.

In effetti, pur avendo essa formato oggetto di ampia riflessione, permanevano elementi di distorsione. Tra questi, particolarmente evidente era la tassazione nello Stato di origine, che trovava applicazione nei rapporti con i consumatori finali nel caso in cui le prestazioni fossero rese da soggetti UE, diversamente da quanto accadeva nell'ipotesi in cui le medesime prestazioni fossero rese da soggetti *extra-UE*, in cui trovavano applicazione le aliquote dello Stato dei destinatari del servizio.

Poiché, dunque, le prestazioni rese nei confronti di un consumatore finale scontavano alternativamente l'aliquota IVA dello Stato del prestatore ovvero del consumatore a seconda che il fornitore fosse, rispettivamente, un soggetto UE oppure un soggetto non UE, ne derivava che un soggetto "non UE" poteva avere interesse a non applicare il regime speciale e a diventare vero e proprio "soggetto passivo" (esercitandovi un'attività economica) di uno Stato membro con una bassa aliquota ordinaria IVA.

Con effetto dal 1.1.2015, pur restando fermo il principio generale della territorialità riferita al luogo di residenza del prestatore, per talune attività – tra cui appunto le transazioni mediante mezzi elettronici – il luogo di tassazione viene a coincidere con il Paese del consumatore. Si è pertanto deciso di estendere il regime della territorialità attualmente previsto per i prestatori *extra-UE*, anche ai prestatori UE, mediante l'istituzione di un sistema informatico sostanzialmente analogo a quello già vigente per i primi che consenta di intrattenere rapporti con un solo Stato, di

per il tramite dell'Ufficio italiano cambi, secondo le modalità di cui all'art. 10 del decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze del 6 agosto 2003.

applicare l'aliquota dello Stato del consumatore e di distribuire successivamente il gettito tra gli Stati in cui è avvenuto il consumo. Evitando, in tal modo, che i soggetti passivi UE (ma anche quelli extra-UE, stabilendosi all'interno dell'UE medesima), possano avvantaggiarsi dei differenziali di aliquote previste negli Stati membri, localizzandosi là dove l'aliquota IVA è inferiore.

Per i servizi di *e-commerce* "diretto" svolti nei confronti dei soggetti nazionali e dell'UE, per i quali si applicava sino al 31.12.2014 la regola generale B2C con tassazione nel Paese in cui il fornitore era identificato ai fini del tributo, dal 1.1.2015, in attuazione della Direttiva 2008/8/CE, i servizi di "*e-commerce*" erogati a privati consumatori finali si considerano, dunque, effettuati nel luogo in cui il fruitore del servizio è stabilito.

A tal fine, per evitare che i vari fornitori (UE e non-UE) debbano identificarsi in tutti i Paesi UE in cui sono stabiliti i propri clienti, l'IVA potrà essere assolta nello Stato in cui il prestatore è stabilito attraverso il cd. "Portale MOSS" (*Mini One Stop Shop*), che consentirà di inviare automaticamente le dichiarazioni IVA trimestrali ed i versamenti ai rispettivi Stati membri di consumo.

Per i soggetti non UE, permane la possibilità, già prevista dal precedente sistema (VOES – *VAT On E-Services*) ⁽⁴⁰⁾ di scegliere in quale Stato UE identificarsi,

⁽⁴⁰⁾ Contemporaneamente alla Direttiva 38/2002/CE era stato emanato il Regolamento 2002/792/CE che apportava modificazioni al Regolamento n. 218/92. La disciplina sostanziale sopra esaminata sollevava infatti problemi pratici di non poco momento, per la necessità di consentire ai contribuenti di ridurre al minimo l'impatto delle nuove regole, di valutare correttamente la natura di soggetto passivo o meno del committente, nonché di instaurare un efficace sistema di comunicazione tra i vari Stati per assicurare la corretta allocazione del gettito IVA. Ebbene, a tal fine il Regolamento prevedeva un nuovo sistema comune di scambio di informazioni, nonché la possibilità, per gli operatori economici fornitori di prestazioni mediante mezzi elettronici, di richiedere conferma della validità del numero di identificazione IVA di un determinato soggetto, il tutto naturalmente mediante mezzi elettronici. Lo Stato in cui il soggetto *extra-UE* si era identificato, era inoltre tenuto a trasmettere alle amministrazioni finanziarie degli Stati in cui si è verificato il consumo i dati risultanti dalla dichiarazione, nonché a provvedere al versamento, su appositi conti correnti, della quota dell'imposta versata di competenza dei singoli Stati di consumo. A tale riguardo, va rilevato come l'art. 101, comma 2 L. 342/2000, integrando l'art. 3, comma 136 L. n. 662/96 sulla semplificazione delle procedure di attuazione delle norme tributarie da disciplinare mediante regolamento ex art. 17, comma 2, L. 400/88, include tra queste quelle relative alla "*effettuazione di transazioni di commercio*

sempreché:

- i soggetti non UE non dispongano nell'UE di una stabile organizzazione, nel qual caso il soggetto non UE potrà aderire al MOSS secondo il regime proprio dei soggetti UE;
- i soggetti non UE non siano dotati di un numero identificativo ai fini IVA, nel qual caso sarà loro totalmente precluso l'accesso al regime MOSS.

I rapporti saranno pertanto intrattenuti esclusivamente con lo Stato di identificazione, compreso il pagamento del tributo. In particolare, nella dichiarazione periodica dovrà essere indicato l'imponibile e la relativa imposta suddivisi tra i vari Stati di consumo, e lo Stato di identificazione provvederà poi a ripartire tra ciascuno di essi l'imposta dovuta.

La vera novità si rinviene tuttavia per i soggetti UE, che possono gestire i servizi TTE da un unico Stato di identificazione, che coincide con quello della loro sede o stabile organizzazione.

In ambedue i casi, non è consentita la detrazione dell'imposta a credito, sicché le dichiarazioni periodiche si limiteranno ad esporre l'IVA sulle vendite. E' pertanto stato previsto un accesso agevolato al rimborso sia per i soggetti non UE (ai sensi della XIII direttiva, n. 86/560/CEE, una volta limitata ai soli soggetti aventi la sede in Stati che garantivano la reciprocità di trattamento), che per quelli UE (ai sensi della direttiva 2008/9/CE).

Il recepimento di tale normativa – che ha comportato modifiche sia alle regole

*elettronico aventi ad oggetto beni o servizi regolati con l'intervento di intermediari finanziari abilitati", e prevede in particolare "la non obbligatorietà dell'emissione della fattura in presenza di idonea documentazione". Da ricordare anche la Circ. Min. fin., 17 maggio 2000, n. 98/E, punto 3.1.2., in *Il Fisco*, 2000, p. 7189, che ha ammesso la trasmissione della fattura tramite sistemi informatici, e la nota DRE Lombardia del 5 giugno 2000, n. 46585, in *Il Fisco*, 2000, p. 13055 ss., che ha ritenuto applicabile l'art. 22, comma 1, n. 4 d.p.r. n. 633/72, il quale prevede la non obbligatorietà dell'emissione della fattura – e dunque la riconducibilità dell'operazione al regime dei corrispettivi – ove la prestazione di servizi sia resa nell'esercizio di imprese nell'abitazione dei clienti. La stessa nota esclude tuttavia l'esonero da scontrini e ricevute fiscali. Sul punto, vedi M. MARIANO, *Commercio elettronico ed obblighi di fatturazione*, in *Il Fisco*, 2001, p. 586 ss., che evidenzia la sostanziale inutilità (e finanche dannosità) della norma sopra richiamata.*

della territorialità che ai regimi speciali – è avvenuto in Italia con il d.lgs. n. 42/2015, che ha cercato di procedere alla massima semplificazione degli adempimenti.

In tale prospettiva, è stato previsto un ampliamento delle ipotesi di esonero dalla fatturazione, aggiungendovi quella per le prestazioni TTE rese a committenti non soggetti passivi di imposta da qualunque soggetto passivo. Occorre tenere conto, del resto, che i destinatari sono consumatori finali, sicché non è agevole ottenere i dati necessari per la fatturazione. Con successivo decreto sarà previsto anche l'esonero dei servizi TTE dall'obbligo di certificazione dei corrispettivi mediante scontrino o ricevuta.

Di rilevante importanza è anche la circostanza che il legislatore italiano non ha inteso avvalersi della facoltà, concessa agli Stati dall'art. 59-*bis* della direttiva 2006/112/CE, di considerare territorialmente rilevanti (in Italia) le prestazioni di servizi rese mediante mezzi elettronici a privati consumatori residenti al di fuori dell'UE, ove tali servizi siano utilizzati in Italia, superando così le difficoltà interpretative ed applicative proprie del concetto di "utilizzazione" del servizio. Altrettanto non è invece accaduto per le prestazioni di telecomunicazioni e di tele-radiodiffusione, per le quali il legislatore ha mantenuto l'ulteriore criterio del luogo di utilizzazione.

2.8. Momento di effettuazione dell'operazione ed aliquote applicabili

Occorre infine esaminare il momento di effettuazione delle operazioni e le aliquote applicabili.

Quanto al momento di effettuazione dell'operazione, la qualificazione delle operazioni svolte tramite mezzi elettronici in termini di "prestazioni di servizi", rende rilevante, ex art. 6, co. 3 d.p.r. n. 633/72, il momento del pagamento del corrispettivo, salvo il problema di stabilire quando tale momento si verifichi nel caso di pagamento

mediante carta di credito, bancomat ovvero moneta elettronica ⁽⁴¹⁾.

Per quanto attiene alle aliquote applicabili, due sono i profili rilevanti.

Il primo riguarda lo Stato cui fare riferimento per l'individuazione di tali aliquote, che è quello del luogo in cui le prestazioni si considerano effettuate ⁽⁴²⁾.

Di conseguenza, l'aliquota è quella del Paese membro dove risiede il consumatore finale. La soluzione di applicare l'aliquota dello Stato del consumatore rappresentava già nella direttiva 2002/38/CE il compromesso raggiunto per superare quanto inizialmente indicato nella Proposta, che non prevedeva solo l'identificazione in uno Stato membro a sostanziale "scelta" del contribuente, ma anche l'applicazione in via esclusiva dell'aliquota di detto Stato, con l'effetto di costituire un chiaro incentivo alla registrazione in quello Stato membro con il regime IVA sostanziale e procedimentale più vantaggioso. Ebbene, per evitare di sfociare negli eccessi della proposta opposta finalizzata a costringere il soggetto extra-UE a identificarsi in ciascuno Stato membro di appartenenza dei clienti, era stata avanzata – e successivamente recepita in sede di Direttiva – la soluzione di lasciare ferma la registrazione in un unico Stato membro, ma di prevedere l'applicazione dell'aliquota dello Stato membro di consumo e un successivo meccanismo di "compensazione" finalizzato all'attribuzione del gettito allo Stato in cui risiede il consumatore finale. Questo meccanismo è stato confermato nel sistema MOSS.

Il secondo profilo attiene alla misura delle aliquote, che restano, a prescindere dalla natura e dallo scopo delle operazioni, quelle ordinarie, in virtù dell'espressa esclusione contenuta nell'art. 98, par. 2, direttiva 2006/112/CE per i servizi forniti per via elettronica, come recentemente affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze

⁽⁴¹⁾ Sul punto, vedi R. MICELI, *Considerazioni sul momento impositivo IVA nelle "operazioni telematiche"*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, p. 1143 ss.; M. SIRRI – R. ZAVATTA, *Moneta elettronica e altre modalità di pagamento in rete*, in *Corr. trib.*, 2004, p. 3003 ss.

⁽⁴²⁾ Sulla centralità del luogo di effettuazione delle operazioni ai fini dell'individuazione del regime al quale un'operazione soggiace (assoggettabilità e non assoggettabilità, aliquota applicabile in caso di assoggettabilità), vedi R. MICELI, *Territorialità IVA nelle operazioni telematiche*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 582.

del 5 marzo 2015 nelle C-479/13 e C-502/13.

Va detto, per la verità, che sembravano potersi rinvenire argomenti per una diversa soluzione.

In primo luogo, infatti, già nella *Communication on the Future of VAT* del dicembre 2011 si rinviene l'affermazione secondo cui "*similar goods and services should be subject to the same VAT rate and progress in technology should be taken into account, so that the challenge of convergence between the on-line and physical environment is addressed*".

In secondo luogo, prese di posizione a favore dell'equiparazione dei regimi IVA per i diversi formati dei libri, digitali e cartacei, si erano manifestate sia da parte della Commissione Europea (Comunicazione n. 851 del 6 dicembre 2011) che della Corte di giustizia (11 settembre 2014, C-219/13), le quali avevano evidenziato la necessità di garantire neutralità anche rispetto alle *forme* in cui un determinato prodotto può essere, alternativamente, fruito. In particolare, la Corte di giustizia si era trovata ad pronunciarsi sull'applicazione di un'aliquota IVA diversa per libri stampati e quelli registrati su altri supporti fisici, quali CD, CD-ROM o chiavette USB, chiarendo, in tale circostanza, che ciò che rileva, ai fini dell'applicabilità delle (medesime) aliquote ridotte di cui all'art. 98 della Direttiva 2006/112/UE è che i beni siano simili e, in quanto tali, in concorrenza fra loro (cause riunite C-259/10 e C-260/10 del 10 novembre 2011; causa C-384/01 dell'8 maggio 2003; causa C-481/98 del 3 maggio 2001). A tal fine, afferma la Corte, occorre tenere conto del punto di vista del consumatore medio, nel senso che i beni o le prestazioni di servizi devono presentare proprietà analoghe e rispondere agli stessi bisogni del consumatore, in funzione di un criterio di comparabilità nell'uso; di talché le differenze esistenti non devono influire in modo considerevole sulla decisione del consumatore medio di optare per l'uno o per l'altro di questi beni o prestazioni di servizi. Si tratta allora di valutare se i libri pubblicati in formato cartaceo e quelli che sono pubblicati su supporti fisici diversi siano prodotti idonei ad essere considerati simili da parte del

consumatore medio, e in particolare se il tipo di supporto utilizzato, il contenuto del libro o le proprietà tecniche del supporto fisico di cui trattasi, siano determinanti dal punto di vista del consumatore medio dello Stato membro interessato. In tal caso, sarà legittima la scelta della legislazione nazionale di non concedere alla cessione di libri registrati su supporti diversi dalla carta l'aliquota IVA ridotta applicabile a quella dei libri stampati, altrimenti – se cioè ciò che rilevi per il consumatore sia essenzialmente il contenuto simile di tutti i libri, quali che siano il loro supporto o le loro proprietà – l'applicazione "selettiva" di un'aliquota IVA ridotta non sarà giustificata. Da questo punto di vista, l'applicazione dell'aliquota ridotta anche per gli *e-book* poteva giustificarsi in virtù della innegabile "somiglianza" tra libri cartacei, su supporti magnetici ed *e-book* ⁽⁴³⁾.

Infine, l'effetto distorsivo della concorrenza che sembrava sorreggere le procedure di infrazione aperte dalla Commissione nei confronti di Lussemburgo e Francia, determinato dalla maggior convenienza ad acquistare *e-book* da operatori stabiliti in detti due Stati per effetto dell'aliquota ridotta, si giustificava soltanto alla luce della tassazione nel paese di origine, venuta tuttavia meno per effetto dell'entrata in vigore, a decorrere dal 1.1.2015, del principio di destinazione.

Nonostante ciò, la valorizzazione, da parte della Corte di giustizia, nelle citate sentenze del 15 marzo 2015, da un lato del divieto contenuto nell'art. 98, par. 2, e dall'altro dell'impossibilità di interpretazione estensiva delle aliquote ridotte per effetto del principio di neutralità, preclude definitivamente la possibilità di applicare aliquote ridotte, ponendo una seria ipotesi sulla scelta del legislatore italiano, fatta con la Legge di stabilità 2015, di estendere l'aliquota del 4% anche alle pubblicazioni individuate con il codice ISBN e diffuse attraverso qualsiasi supporto fisico oppure *tramite mezzi di comunicazione elettronica*.

⁽⁴³⁾ Restano tuttavia dubbi sulla scelta del legislatore italiano di limitare l'aliquota ridotta ai soli libri dotati di codice ISBN: sul punto, vedi F. SEPIO, M. D'ORSOGNA, *Legge di stabilità 2015: la riduzione dell'aliquota Iva sugli e-book nell'ambito dei principi comunitari*, in *Il Fisco*, 2015, p. 535 ss.

Non sfugge che il mancato accesso alle aliquote ridotte ⁽⁴⁴⁾ finisce per risolversi in una evidente discriminazione a seconda che un medesimo “prodotto” venga qualificato come “cessione di beni” o come “prestazione di servizi” per effetto della sua incorporazione o meno in un supporto magnetico, con le forti distorsioni che conseguono ai sensibili differenziali di aliquote esistenti ⁽⁴⁵⁾. Una discriminazione inversa si verifica, al contrario, sul piano dei dazi, atteso che il *software* fornito dall’operatore *extra*-UE tramite mezzi elettronici non sconta dazi, invece applicabili nel caso di fornitura su supporto magnetico sull’intero valore della fornitura.

Va rilevato, per completezza, che l’applicazione delle aliquote “ordinarie” dovrebbe essere intesa nel senso di “regime ordinario”, con l’effetto che eventuali regimi di esenzione accordati a determinate attività svolte nei modi tradizionali dovrebbero poter trovare applicazione anche nell’ipotesi di svolgimento delle medesime attività – si pensi alle attività di insegnamento – tramite mezzi elettronici ⁽⁴⁶⁾. Anche in tal caso, la spettanza del regime di esenzione dovrebbe naturalmente valutarsi in relazione al luogo di effettuazione dell’operazione, indipendentemente dal luogo in cui avviene il materiale versamento dell’imposta.

⁽⁴⁴⁾ In relazione alla quale già sussistevano prese di posizione dell’Amministrazione finanziaria italiana: vedi Ris. Min. Fin., 14 febbraio 2000, n. 14/E, con specifico riferimento al regime dell’editoria, sulla base di una diversità tra fornitura di informazioni in tempo reale e predisposizione delle stesse su carta stampata; Ris. Ag. Entrate, 30 settembre 2003, n. 186/E. A conclusione contraria era peraltro pervenuta l’Agenzia con Ris. 7 agosto 2001, n. 127/E, in relazione ai dispacci di agenzie di stampa diffuse tramite reti telematiche con accesso riservato esclusivamente agli abbonati o tramite linee telefoniche, purché “predisposte in forma sintetica, non preventivamente elaborate o organizzate a sistema, né corredate di elementi di valutazione o analisi”.

⁽⁴⁵⁾ Solo per fare un esempio, in Olanda la cessione di un libro è soggetta ad aliquota del 6%, mentre le prestazioni di servizi scontano un’aliquota del 17,5%.

⁽⁴⁶⁾ In senso contrario, E. PULLINO, *Il commercio elettronico e l’IVA*, cit., p. 16558. L’Amministrazione finanziaria si è peraltro espressa sulla non applicabilità degli speciali regimi di determinazione dell’imposta previsti per i prodotti forniti nei modi tradizionali: si veda Ris. Ag. Entrate, 30 settembre 2003, n. 186/E (relativa al regime monofase di cui all’art. 74, co. 1, lett. c) d.p.r. n. 633/72).

3. Conclusioni

I passi compiuti per assicurare la neutralità nel regime IVA della fiscalità digitale sono dunque, all'evidenza, assai significativi.

Permangono tuttavia almeno due questioni di notevole rilevanza, l'una relativa al territorio europeo, l'altra di carattere globale.

La prima questione attiene alla necessità di considerare l'estensione della disciplina sin qui esaminata anche alle forniture *internet* di beni non digitalizzabili, ad oggi penalizzate dalla necessità da parte del fornitore UE di intrattenere rapporti con tutte le amministrazioni finanziarie degli Stati in cui i consumi superino una determinata soglia ("*threshold*"), con preclusione, peraltro, dell'accesso al regime speciale per le prestazioni *internet* di beni digitalizzabili e/o servizi eventualmente rese nel contempo dal fornitore medesimo a consumatori finali. Non è un caso, del resto, che già nell'ambito della Proposta di direttiva sul commercio elettronico la Commissione avesse avvertito la criticità di tale discriminazione sul piano procedimentale, ripromettendosi di affrontare tale argomento in un momento successivo e che il tema viene nuovamente evidenziato nei documenti delle istituzioni europee, da ultimo nella Comunicazione della Commissione del 6.5.2015 COM(2015) 192 final "*A Digital Single Market Strategy for Europe*". Anzi, la stessa franchigia costituirebbe, ad avviso del Gruppo degli esperti sulla tassazione dell'economia digitale, un fattore distorsivo da rimuovere.

A ciò si aggiunge – come sottolineato sempre dal medesimo Gruppo – l'esenzione da IVA attualmente prevista per le importazioni di modesto ammontare (da € 10 a € 22), che attribuisce ai fornitori extra-UE un vantaggio competitivo sui fornitori UE, tenuto conto che le consegne che ne hanno beneficiato sono passate dalle 30 mln del 1999 alle 115 mln del 2013 ⁽⁴⁷⁾. Ciò non solo provoca gravi danni sotto il profilo concorrenziale, ma si risolve anche in un forte pregiudizio per il gettito

⁽⁴⁷⁾ Commission Staff Working Document, *A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence*, documento di accompagnamento alla Comunicazione COM (2015) 192 final, p. 32.

degli Stati membri.

I richiamati problemi potrebbero dunque essere superati estendendo il meccanismo MOSS al commercio elettronico "indiretto", rimuovendo la franchigia per le vendite a distanza, facendo generalizzata applicazione del principio della tassazione dello Stato di consumo ed eliminando l'esenzione IVA prevista per le importazioni di modesto ammontare. In quest'ultimo caso, poiché esiste anche una franchigia per i dazi doganali, fissata a € 150, potrebbe essere valutata la fissazione di una siffatta soglia anche ai fini MOSS, sì che quest'ultimo possa funzionare anche quale percorso "veloce" ai fini dell'esenzione doganale (ferma restando l'imponibilità IVA conseguente all'eliminazione della relativa esenzione).

Si attende dunque l'inizio una nuova fase dell'IVA, che dovrà vedere, in prospettiva, il passaggio dal MOSS all'OSS.

La seconda questione attiene, invece, all'applicazione del principio di destinazione a livello globale, per la quale il Gruppo degli esperti ipotizza la stipula di un accordo tra UE e singoli Stati Terzi, oppure l'implementazione delle convenzioni in materia di imposta sul reddito e sul patrimonio mediante la previsione di clausole apposite per le imposte sul consumo. Si tratta, certamente, di un percorso difficile, ma la sostanziale convergenza di tutti gli Stati sul principio di destinazione consente di nutrire qualche speranza.

RECENTI MISURE PER LA RIDUZIONE DEL "CUNEO FISCALE"*

di Carmen Mione
Dottoranda di ricerca
Luiss Guido Carli Roma

ABSTRACT

One of the main goals of the current Government is the reduction of the labor cost in order, on the one hand, to increase the purchasing power of employees and boost consumption and, secondly, to reduce immediately the taxes and contributions on enterprises to promoting employment. Despite the efforts and sacrifices of resource allocation, however, the measures recently introduced are not entirely satisfactory.

SINTESI

Tra i principali obiettivi dell'attuale Governo riveste particolare importanza la riduzione del costo del lavoro al fine, da un lato, di incrementare il potere d'acquisto dei lavoratori dipendenti e rilanciare i consumi e, dall'altro lato, di ridurre nell'immediato la pressione fiscale e contributiva sulle imprese favorendo l'occupazione. Nonostante gli sforzi e i sacrifici in termini di allocazione delle risorse, tuttavia, le misure recentemente adottate non appaiono del tutto soddisfacenti.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il contesto normativo – 3. Effetti delle nuove misure e problemi interpretativi – 4. Conclusioni

1. Introduzione

Il "cuneo fiscale", ovvero la differenza fra il costo del lavoro sostenuto dalle aziende e la retribuzione netta spettante ai lavoratori dipendenti, è stato oggetto di taluni recenti interventi legislativi tesi, da un lato, ad assicurare un maggiore potere d'acquisto ai lavoratori dipendenti e, dall'altro, a ridurre nell'immediato la pressione fiscale e contributiva sulle imprese favorendo, conseguentemente, l'occupazione.

In primis, con l'inserimento del comma 1-bis all'art. 13 del TUIR, il legislatore ha

introdotto – dapprima in via sperimentale a partire da maggio 2014

¹ e successivamente “a regime” a decorrere dal periodo di imposta 2015² – il c.d. *bonus* “80 euro”, ovvero sia l'attribuzione di un credito ai titolari di reddito di lavoro dipendente e di taluni redditi assimilati a questo³, la cui imposta lorda sia di ammontare superiore alle detrazioni da lavoro spettanti. Tale credito (che non concorre alla formazione del reddito imponibile) per effetto della Legge di stabilità 2015 compete in misura pari:

- all'importo fisso di 960 euro, se il reddito complessivo non è superiore a 24.000 euro annui⁴;
- all'importo di 960 euro che decresce gradualmente fino al raggiungimento di un reddito complessivo pari a 26.000 euro, se il reddito complessivo è superiore a 24.000 euro ma inferiore a 26.000 euro.

Il credito in questione è attribuito automaticamente dai datori di lavoro sugli emolumenti erogati in ciascun periodo di paga, sulla base dei dati reddituali a loro disposizione e senza che sia necessaria un'esplicita richiesta da parte dei beneficiari.

Con la medesima finalità di stimolare i consumi, il legislatore ha introdotto la facoltà, per i lavoratori dipendenti del settore privato – esclusi i lavoratori domestici ed i lavoratori del settore agricolo – che abbiano un rapporto di lavoro in essere da almeno sei mesi presso il medesimo datore di lavoro, di richiedere una “quota integrativa della retribuzione” (c.d. “Qu.I.R.”) in busta paga, consistente nelle quote

¹ D.l. 66/2014, convertito con modificazioni dalla l. 89/2014.

² Art. 4 l. 190/2014 (“Legge di stabilità 2015”).

³ In particolare si tratta: dei compensi percepiti dai lavoratori soci delle cooperative; delle indennità e dei compensi percepiti a carico di terzi dai lavoratori dipendenti per incarichi svolti in relazione a tale qualità; delle somme da chiunque corrisposte a titolo di borsa di studio, premio o sussidio per fini di studio o addestramento professionale; dei redditi derivanti da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa; della remunerazione dei sacerdoti; delle prestazioni pensionistiche comunque erogate; dei compensi socialmente utili.

⁴ Ai fini del riconoscimento del *bonus* vanno escluse dalla determinazione del reddito l'abitazione principale e le relative pertinenze. Viceversa, devono essere inclusi i redditi assoggettati a cedolare secca, secondo quanto stabilito dall'art. 3, comma 7, del d.lgs. 23/2011.

maturande del trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 del cod. civ. (TFR)⁵. Tale parte integrativa della retribuzione, per espressa scelta normativa, è assoggettata a tassazione ordinaria e non è imponibile ai fini previdenziali⁶. La misura è stata introdotta in via sperimentale, per i periodi di paga tra il 1° marzo 2015 e il 30 giugno 2018.

Passando agli incentivi fiscali previsti a favore delle imprese, con l'inserimento del comma 4-*octies* all'art. 11 del d.lgs. 446/1997⁷, il legislatore ha introdotto la deducibilità integrale ai fini IRAP del costo complessivo sostenuto per il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato, eccedente l'ammontare delle deduzioni – analitiche o forfetarie⁸ – riferibili al costo medesimo, unitamente alla previsione, per le imprese che non impiegano dipendenti, di un credito d'imposta nella misura del 10 per cento dell'imposta lorda. In altri termini, a decorrere dal periodo di imposta 2015, i datori di lavoro che impiegano lavoratori dipendenti a tempo indeterminato hanno diritto, ove la sommatoria delle deduzioni già previste dall'ordinamento sia inferiore al costo del lavoro, ad una ulteriore deduzione fino a concorrenza dell'intero importo dell'onere sostenuto. Coloro che non impiegano lavoratori dipendenti possono, invece, fruire, a decorrere dal 2016, di un credito di imposta da utilizzare in compensazione⁹ pari al 10% dell'IRAP lorda relativa all'anno precedente.

L'agevolazione in commento, che si aggiunge alle deduzioni già previste dall'art.

⁵ Art. 6, l. 190/2014, attuato con il d.p.c. 29/2015.

⁶ Inoltre, la stessa Legge di stabilità 2015, all'art. 6, comma 2, chiarisce che tale parte integrativa della retribuzione non concorre al raggiungimento dei limiti di reddito previsti per usufruire del *bonus* "80 euro".

⁷ Art. 5 l. 190/2014

⁸ Si fa riferimento alle deduzioni previste dai commi 1, lett. a), 1-*bis*, 4-*bis*, e 4-*quater* dell'art. 11 del d.lgs. 446/1997.

⁹ Il credito è utilizzabile sia in compensazione verticale, per ridurre gli importi dovuti a titolo di IRAP, sia in compensazione orizzontale a valere su altri tributi o sui contributi previdenziali. Al riguardo si è posto il problema della rilevanza che tale credito possa avere ai fini dell'imposizione sui redditi. L'Agenzia delle entrate, nella circolare n. 6 del 19 febbraio 2015, par. 7.1, ha precisato che il credito in questione genera una sopravvenienza attiva tassabile. La compensazione di detto credito è, tuttavia, soggetta al limite annuo di € 700.000,00 stabilito dall'art. 17, d.lgs. 241/1997.

11 del d.lgs. 446/1997 fino a concorrenza del costo sostenuto per il lavoro a tempo indeterminato¹⁰, è fruibile dai soggetti passivi IRAP che determinano la base imponibile ai sensi degli artt. da 5 a 9 del medesimo provvedimento¹¹.

Correlati a tali interventi, vi sono stati quelli in tema di aliquote: prima il d.l. 66/2014 le ha ridotte del 10%, poi l'art. 5, comma 2 della Legge di stabilità 2015 le ha riportate all'originario ammontare. In sostanza la prevista riduzione non è mai operata¹².

Ulteriormente, a favore dei datori di lavoro, è stato previsto¹³ l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali – per un periodo massimo di 36 mesi e nel limite dell'importo di 8.060 euro annui – con riferimento alle nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato¹⁴ decorrenti dal 1° gennaio 2015 e stipulati entro il 31 dicembre 2015.

2. Il contesto normativo

Sul versante degli incentivi a favore dei lavoratori, come anticipato, il *bonus* "80

¹⁰ Il nuovo comma 4-*octies* dell'art. 11 del d.lgs. 446/1997, infatti, non abolisce le altre deduzioni previste dallo stesso articolo bensì consente di dedurre "la differenza tra il costo complessivo per il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato e le deduzioni spettanti ai sensi dei commi 1, lett. a), 1-bis, 4-bis1 e 4-quater del presente articolo".

¹¹ Pertanto, sono interessati dalla nuova disposizione le società di capitali e gli enti commerciali, le imprese individuali e le società di persone, le banche e gli altri enti e società finanziari, le imprese di assicurazioni, gli esercenti arti e professioni e i produttori agricoli titolari di reddito agrario e assimilati. Sono invece esclusi gli enti privati che svolgono esclusivamente attività non commerciali e le amministrazioni pubbliche per i quali il valore della produzione è determinato con riferimento alle retribuzioni del personale dipendente. Di conseguenza, la deduzione generalizzata delle spese in questione su base analitica non sarebbe compatibile con il suddetto criterio di determinazione della base imponibile.

¹² Nonostante l'effetto sostanzialmente retroattivo della disposizione in esame, non è prevista alcuna deroga espressa allo Statuto dei diritti del contribuente poiché, di fatto, la norma non aveva ancora trovato applicazione. Peraltro, con l'art. 5 comma 3 della Legge di stabilità sono stati comunque fatti salvi gli effetti delle disposizioni abrogate "ai fini della determinazione dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2013 secondo il criterio provvisorio" di cui all'art. 4 del d.l. 69/1989. Di conseguenza, non saranno irrogabili sanzioni né saranno dovuti interessi dai contribuenti che in sede di calcolo e di versamento dell'acconto Irap per il 2014 hanno applicato le aliquote nella misura ridotta prevista dal d.l. 66/2014.

¹³ Art 12, l. 190/2014.

¹⁴ Sono esclusi da tale agevolazione i contratti di apprendistato e i contratti di lavoro domestico.

euro"¹⁵ è stato inizialmente introdotto in via sperimentale solo per il 2014¹⁶. Successivamente – con la Legge di stabilità 2015 – il legislatore è tornato sui suoi passi, rendendo strutturale il *bonus* IRPEF a decorrere dal 1° gennaio 2015.

Da un punto di vista normativo, tuttavia, la relativa disciplina è rimasta pressoché invariata¹⁷, confermando l'esclusione dall'ambito soggettivo dell'agevolazione i pensionati, i lavoratori autonomi e gli incapienti, ovvero coloro che percepiscono un reddito annuo inferiore ad 8.145,00 euro circa (c.d. *no tax area*)¹⁸.

Sotto il profilo strettamente operativo, i lavoratori dipendenti percepiscono il *bonus* in busta paga sotto forma di accredito. Dal canto loro i datori di lavoro, in qualità di sostituti di imposta, recuperano il credito attribuito ai dipendenti mediante

¹⁵ Nella prima versione della norma il credito era pari a 640 euro annui per i titolari di reddito di lavoro dipendente e di taluni redditi assimilati la cui imposta lorda, determinata sui redditi oggetto di agevolazione, fosse di importo superiore alle detrazioni da lavoro spettanti e il cui reddito complessivo nel 2014 non fosse superiore a 26.000 euro. L'importo inferiore del credito rispetto a quanto previsto dalla Legge di stabilità 2015 era giustificato dal minore arco temporale di operatività della misura, entrata in vigore nel maggio 2014.

¹⁶ Tuttavia, il comma 1 dell'art. 1 del citato d.l. 66/2014 già preannunciava "*un intervento normativo strutturale da attuare con la legge di stabilità per l'anno 2015 [...] al fine di ridurre nell'immediato la pressione fiscale e contributiva sul lavoro e nella prospettiva di una complessiva revisione del prelievo finalizzata alla riduzione strutturale del cuneo fiscale, finanziata con una riduzione e riqualificazione strutturale e selettiva della spesa pubblica*".

¹⁷ Alla luce della prassi dell'Agenzia delle entrate (circolari 28 aprile 2014, n. 8/E; 14 maggio 2014, n. 9/E e 11 luglio 2014, n. 22/E) il *bonus* è da ritenersi applicabile anche ai contribuenti fiscalmente non residenti in Italia, purché titolari di redditi ivi imponibili. Per converso, è da ritenersi che esso non spetti nel caso di collaboratori coordinati e continuativi fiscalmente non residenti i cui compensi non concorrono a formare il reddito complessivo in quanto assoggettati ad una ritenuta a titolo di imposta del 30% ai sensi dell'art. 24, comma, 1-ter, d.p.r. 600/1973. Peraltro, nell'ottica di non penalizzare i lavoratori, l'Amministrazione finanziaria si è occupata del coordinamento della nuova normativa con le altre disposizioni di favore concernenti il lavoro dipendente. In proposito, ad esempio, è stato chiarito che le somme percepite dai lavoratori dipendenti per l'incremento della produttività aziendale – per cui è prevista la tassazione sostitutiva con aliquota del 10% in luogo di quella ordinaria – non vanno computate nel reddito complessivo al fine di calcolare l'importo del credito spettante. Nella stessa ottica, con riferimento ai lavoratori c.d. frontalieri – per i quali è prevista una concorrenza parziale del reddito di lavoro dipendente alla formazione del reddito complessivo – la verifica della spettanza del credito va effettuata tenuto conto del reddito di lavoro dipendente eccedente i 6.700 euro.

¹⁸ La *ratio* di tale esclusione risiede nella circostanza che i soggetti che percepiscono un reddito inferiore a 8.145,00 euro possono beneficiare in pieno della detrazione per lavoro dipendente, ex art. 13 del TUIR pari ad € 1.880,00 euro circa. Si evidenzia, peraltro, che, in astratto, anche un soggetto incapiente può percepire il *bonus* quando l'incapienza non è determinata dall'applicazione della detrazione per reddito di lavoro dipendente, ma da una qualsiasi detrazione per i familiari a carico.

compensazione – ex art. 17 del d.lgs. 241/1997¹⁹ – con le somme a debito utilizzando il modello F24 ordinario²⁰.

Con riferimento alla “quota integrativa della retribuzione” prevista dalla Legge di stabilità 2015 a favore dei lavoratori dipendenti del settore privato, si evidenzia che già nel 2011 sotto il governo Berlusconi si era discusso dell'opportunità di aumentare il potere d'acquisto dei lavoratori dipendenti facendo leva sul TFR; tali discussioni, tuttavia, si erano risolte in un nulla di fatto e la misura era stata (temporaneamente) abbandonata²¹. Nel 2014, come detto, il legislatore ha reintrodotto, seppur in via sperimentale, la facoltà per i lavoratori dipendenti del settore privato di richiedere la liquidazione mensile in busta paga della quota maturanda del TFR. Tale facoltà si aggiunge alla possibilità di richiedere un anticipo del TFR maturato già prevista dalla normativa vigente²².

Passando all'analisi delle nuove disposizioni recanti agevolazioni in materia di IRAP²³, è opportuno evidenziare che non è certo la prima volta che il legislatore interviene sull'incidenza dei costi per il personale dipendente ai fini del calcolo del valore della produzione.

Dal 2006 ad oggi, infatti, si sono susseguite molteplici modifiche normative che

¹⁹ Per tale compensazione non rileva il limite massimo compensabile di 70.000 euro di cui alla l. 388/2000 (cfr. circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 9/E del 2014), né la limitazione di cui all'art. 31 del d.l. 78/2010 che introduce un divieto di compensazione dei crediti relativi alle imposte erariali in presenza di debiti iscritti a ruolo, per imposte erariali ed accessori, per un ammontare superiore ad euro 1.500 (cfr. circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 22/E del 2014).

²⁰ I datori di lavoro sono tenuti a riconoscere “in automatico” il credito spettante ai lavoratori dipendenti, ripartendolo tra le retribuzioni loro erogate, non essendo necessaria alcuna richiesta in tal senso da parte dei relativi beneficiari. I soggetti aventi i presupposti per il riconoscimento del beneficio, ma privi di sostituto di imposta – a titolo esemplificativo, i lavoratori il cui contratto è cessato prima del mese di maggio 2014 (entrata in vigore del d.l. 66/2014) – possono comunque richiedere il *bonus* attraverso la presentazione della dichiarazione dei redditi.

²¹ M. GIANNINI, *La manovra delle bollicine*, in *La Repubblica*, 30 agosto 2011

²² L'art. 2120 c.c., commi 6-11, prevede che dopo otto anni di servizio il lavoratore dipendente può richiedere un anticipo fino a un massimo del 70% del TFR maturato fino a quel momento. L'erogabilità di tale anticipo, tuttavia, non è incondizionata, ma subordinata all'esigenza di far fronte a spese sanitarie oppure all'acquisto della prima casa per sé o per i propri figli.

²³ Art. 1, commi 20 e 21 della l. 190/2014.

hanno reso particolarmente articolata la disciplina di riferimento contenuta all'art. 11 del d.lgs. 446/1997. Si rammenta, in sintesi, come un primo intervento di riduzione del c.d. cuneo fiscale sia stato compiuto con la Legge finanziaria 2007²⁴ che ha introdotto per i soggetti privati²⁵ la deducibilità di un importo fisso su base annua per ogni lavoratore dipendente a tempo indeterminato impiegato nel periodo d'imposta²⁶ (somma inizialmente pari a 5.000 euro, poi ridotta a 4.600 euro²⁷ e da ultimo aumentata a 7.500 euro²⁸).

In via alternativa è stata altresì introdotta la deducibilità di una somma fissa – all'inizio pari a 10.000 euro, poi ridotta a 9.200²⁹ euro e da ultimo elevata a 15.000 euro³⁰ – per i lavoratori dipendenti a tempo indeterminato impiegati nelle regioni economicamente svantaggiate (*i.e.* Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna, Sicilia)³¹.

Entrambe le predette deduzioni si applicano poi in misura maggiorata (rispettivamente sino a 13.500 euro e a 21.000 euro) in caso di assunzione di lavoratori di sesso femminile o di età inferiore ai 35 anni³².

Da ultimo, ulteriori deduzioni fisse sono previste per i soggetti passivi con componenti positivi che concorrono alla formazione del valore della produzione non superiori nel periodo d'imposta a 400.000 euro per ogni lavoratore dipendente

²⁴ Art. 1, comma 266, della l. 296/2006.

²⁵ Si tratta dei soggetti passivi IRAP elencati all'art. 3, comma 1, lett. da a) ad e) del d.lgs. n. 446/97 con esclusione delle imprese operanti a concessione e a tariffa nel settore delle c.d. *utilities*.

²⁶ Art. 11, comma 1, lett. a), n. 2) del d.lgs. 446/1997.

²⁷ Art. 1, comma 50, lett. f) della L. 244/2007.

²⁸ Art. 1, comma 484 della L. 228/2012.

²⁹ Art. 1, comma 50, lett. f) della l. 244/2007.

³⁰ Art. 1, comma 484 della l. 228/2012.

³¹ Art. 11, comma 1, lett. a), n. 3) del d.lgs. 446/1997.

³² Oltre alle suddette deduzioni in misura fissa, sono altresì deducibili nella determinazione della base imponibile IRAP: i contributi per le assicurazioni obbligatorie contro gli infortuni sul lavoro; i contributi assistenziali e previdenziali relativi ai lavoratori dipendenti a tempo indeterminato (con i medesimi requisiti soggettivi previsti per le deduzioni a somma fissa di cui sopra); le spese relative agli apprendisti, ai disabili e le spese per il personale assunto con contratti di formazione e lavoro; per i soli soggetti privati di cui all'art. 3, comma 1, lett. da a) ad e) del D.Lgs. n. 446/97, i costi per il personale addetto alla ricerca e sviluppo. Cfr. ancora l'art. 11, comma 1, lett. a) del d.lgs. 446/1997.

impiegato nel periodo d'imposta³³ (fino a un massimo di cinque), nonché, a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2014³⁴, è accordata una deduzione – per un importo annuale non superiore a 15.000 euro per ciascun nuovo dipendente assunto – per i soggetti che incrementano il numero di lavoratori dipendenti assunti con contratto a tempo indeterminato rispetto al numero dei lavoratori assunti con il medesimo contratto mediamente occupati nel periodo d'imposta precedente.

Infine, come accennato, sempre nell'ottica di riduzione del costo fiscale sostenuto dalle imprese, è stato introdotto un esonero contributivo della durata di tre anni entro un limite massimo di 8.060 euro annui per i privati che assumano dipendenti con contratto a tempo indeterminato nel 2015.

3. Effetti delle nuove misure e problemi interpretativi

Come evidenziato, in materia di costo del lavoro il contesto normativo, generato da interventi legislativi stratificatisi nel tempo, risulta particolarmente frammentato. Le disposizioni introdotte nel 2014 sono sostanzialmente ispirate alla finalità di riduzione del cuneo fiscale gravante sul lavoro dipendente.

In particolare, sul versante dell'IRPEF la *ratio* delle misure richiamate rimane quella di garantire un maggiore potere di acquisto immediato ai lavoratori dipendenti e assimilati mediante un incremento reddituale direttamente risultante dalla busta paga.

Con riferimento all'IRAP, alla luce dei molteplici interventi di detassazione del costo del lavoro succedutisi nel tempo, può addirittura affermarsi che la tradizionale impostazione di esclusione del costo del lavoro dalla base imponibile IRAP – secondo l'originaria *ratio* di tale tributo³⁵ – è stata definitivamente abbandonata, così

³³ Art. 11, comma 4-bis.1 del d.lgs. 446/1997.

³⁴ Art. 11, comma 4-quater del d.lgs. 446/1997 come sostituito dall'art. 1, comma 132 della l. 147/2013.

³⁵ Per tutti, F. GALLO, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 1998, 627; G. MELIS, *Note minime sulla*

superando uno dei profili più controversi di tale tributo. Come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 156 del 21 maggio 2001, l'originaria indeducibilità del costo del lavoro dalla base imponibile IRAP è giustificata dalla circostanza che tale prelievo si appunta sulla "nuova ricchezza creata dalla singola unità produttiva, che viene, mediante l'IRAP, assoggettata ad imposizione ancor prima che sia distribuita al fine di remunerare i diversi fattori della produzione" ovvero sia i finanziatori, i dipendenti ed i collaboratori dell'imprenditore o del professionista. Tuttavia, tale profilo sostanziale è stato ritenuto sin dall'introduzione dell'imposta particolarmente distorsivo nella misura in cui va ad incrementare il cuneo fiscale relativo al lavoro dipendente. Oggi non è azzardato affermare che l'impostazione originaria si è completamente rovesciata, al punto che la regola generale è divenuta quella di integrale deducibilità del costo del lavoro ai fini IRAP.

Il legislatore del 2014, infatti, ha adottato una soluzione radicale. Si tratta di un intervento normativo che se, da un lato, ha palesemente snaturato il tributo di cui trattasi, dall'altro lato risponde ad un chiaro orientamento di politica economica volto ad incidere in maniera sensibile sia sulle regole sia sui costi fiscali e contributivi del mercato del lavoro³⁶.

Ciò premesso, è opportuno evidenziare che i dubbi interpretativi posti dalle nuove misure sono non irrilevanti.

Sul versante IRPEF, e con particolare riferimento al *bonus* "80 euro", le criticità riguardano in particolar modo l'automatico riconoscimento del *bonus* da parte dei sostituti di imposta³⁷. Siffatta impostazione, volta a semplificare gli adempimenti in

"disapplicazione" dell'Irap da parte del giudice nazionale, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2005, 691.

³⁶ In tale ottica si collocano sia le novità legislative in tema di contratto di lavoro e flessibilità previste dalla l. 183/2014 (c.d. "Jobs Act"), sia la previsione di cui al citato art. 12 della Legge di stabilità 2015 che prevede l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali – per un periodo massimo di 36 mesi e nel limite dell'importo di 8.060 euro annui – con riferimento alle nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulati entro il 31 dicembre 2015.

³⁷ E. INNOCENZI – M. MARIANETTI, *Il "bonus" IRPEF tra chiarimenti amministrativi e difficoltà applicative*, in *Corr. trib.*, 2014, 2483

capo al datore di lavoro, potrebbe rivelarsi invero problematica nell'ipotesi di coesistenza di più rapporti lavoro o di possesso di redditi ulteriori tali da determinare il superamento del tetto massimo previsto *ex lege*. In assenza di indicazioni,, il datore di lavoro è tenuto ad erogare automaticamente il credito con il rischio che questo dovrà poi essere restituito in sede di conguaglio a fine anno, per superamento del limite reddituale. In tale ottica, il dovere di "diligenza" che si ritiene sussistere da parte del sostituto d'imposta – il quale dovrebbe prudentemente astenersi dall'erogare il *bonus* in tutti quei casi in cui, a prescindere dalle comunicazioni del lavoratore, sia a conoscenza di circostanze ostative al riconoscimento del beneficio – appare forse eccessivo.

Allo stesso modo, la concessione di una "quota integrativa della retribuzione" consistente nelle porzioni maturande del TFR, ha generato non poche perplessità. Nello specifico, ci si è chiesti se nella prospettiva del lavoratore dipendente sia preferibile mantenere intatta la liquidazione al termine del rapporto di lavoro, anziché beneficiare di un incremento mensile tutt'altro che significativo³⁸. Si tratta, però, di questione di fatto da risolvere caso per caso.

Anche sul versante degli incentivi fiscali in tema di IRAP, gli interventi del 2014 pongono una serie di questioni sulle quali occorre soffermare l'attenzione.

Sotto un primo profilo, in particolare, l'individuazione dei soggetti ai quali spetta la deduzione integrale del costo del lavoro a tempo indeterminato non appare scevra da dubbi interpretativi. Nello specifico è stato sollevato il dubbio³⁹ se la norma debba ritenersi applicabile non a tutte le categorie di imprese, ma solo a quelle che già potevano beneficiare delle deduzioni preesistenti, con la conseguenza che, ove così

³⁸ M. FINIZIO, *Tfr in busta paga, per le imprese sarà un flop*, in *Il Sole 24Ore*, 2 marzo 2015. In proposito, l'Associazione artigiani e piccole imprese di Mestre ha calcolato che per effetto dall'anticipazione del TFR le buste paga crescerebbero in misura pari a: € 71 euro per gli operai; € 112 euro per gli impiegati; € 214 euro per i quadri.

³⁹ G. FERRANTI, *Il nuovo credito d'imposta per le imprese e i professionisti senza lavoratori dipendenti*, in *Corr. trib.*, 2015, 319

fosse, dovrebbero escludersi dall'ambito soggettivo della norma le c.d. *public utilities*⁴⁰ cui, per espressa previsione normativa, non si applicano molte delle deduzioni già previste dall'art. 11 d.lgs.446/1997⁴¹. Tale approccio letterale, tuttavia, potrebbe avere un fondamento solo ove le preesistenti deduzioni fossero subordinate alla ricorrenza di requisiti soggettivi stabiliti in via generale per tutte le fattispecie di cui all'art. 11, commi da 1 a 4-*septies*, del d.lgs. 446/1997. Al contrario, per ogni fattispecie di deduzione tale norma stabilisce requisiti soggettivi e oggettivi distinti e non coincidenti. Ne deriva che anche la deduzione prevista dal nuovo comma 4-*octies* non può avere altro ambito soggettivo se non quello previsto dalla medesima disposizione la quale, espressamente, prevede che la nuova deduzione si applichi ai "soggetti che determinano il valore della produzione netta ai sensi degli articoli da 5 a 9", senza alcuna deroga alle caratteristiche soggettive delle imprese per le quali è destinata ad operare.

Sempre con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione della misura, si osserva che mentre la nuova deduzione ha carattere di generalità e non è subordinata a requisiti particolari, le deduzioni preesistenti sono tutt'ora fruibili solo a determinate circostanze, diverse per ogni fattispecie e non sempre facilmente riscontrabili. Ciò comporta che i contribuenti sono ancora tenuti ad effettuare complesse verifiche per stabilire la fruibilità di tali deduzioni e, per differenza, la misura della nuova deduzione.

⁴⁰ Sono definite con tale locuzione le imprese operanti in concessione e a tariffa nei settori dell'energia, dell'acqua, dei trasporti, delle infrastrutture, delle poste, delle telecomunicazioni, della raccolta e depurazione delle acque di scarico e della raccolta e dello smaltimento di rifiuti.

⁴¹ L'esclusione opera, in particolare, con riferimento alle deduzioni forfetarie – maggiorate per i lavoratori di sesso femminile nonché per quelli di età inferiore ai 35 anni – e a quella relativa ai contributi previdenziali e assistenziali per l'impiego di dipendenti assunti a tempo determinato. In proposito, si evidenzia peraltro che la Commissione europea ha affermato – con decisione C(2007) 4133 – che tale esclusione è compatibile con il diritto dell'UE nella misura in cui in sede di determinazione della tariffa per la fruizione dei servizi di utilità generale si tenga conto della maggiore IRAP. Un'analoga esclusione, al contrario, non è prevista per la deduzione delle spese relative ad apprendisti, disabili e di quelle per personale assunto con contratti di formazione e lavoro di cui all'art. 11, comma 1, lett. A), n. 5 del d.lgs. 446/1997.

E' evidente che un'interpretazione letterale e formalistica delle nuove disposizioni genera notevoli incertezze, sulle quali sarebbe auspicabile un intervento dell'Amministrazione finanziaria finalizzato a chiarire che la nuova deduzione assorbe quelle già operanti rendendo superflua l'indagine sui relativi requisiti.

Parimenti, con riferimento al profilo oggettivo delle nuove disposizioni sono sorte talune questioni sulle quali occorrerebbe un intervento chiarificatore dell'Agenzia delle Entrate. In particolar modo, l'attribuzione del beneficio della deduzione ai soli contratti a tempo indeterminato se, da un lato, indubbiamente incentiva l'instaurazione di siffatti rapporti di lavoro, dall'altro lato, configura una discriminazione non facilmente giustificabile in tutte quelle situazioni in cui, per ragioni inerenti all'attività svolta o a preclusioni di ordine legale o regolamentare, non è possibile l'impiego di dipendenti a tempo indeterminato⁴².

Altra fattispecie che merita un'attenta analisi è quella del "distacco del personale". Sulla base dei principi affermati in passato dall'Amministrazione finanziaria⁴³, nel caso di lavoratore dipendente di un'impresa italiana adibito, con carattere di continuità, all'estero, dovrebbe escludersi – ma nulla è stabilito sul piano legislativo – dall'ammontare deducibile ai fini IRAP la porzione degli oneri contributivi e retributivi che, correttamente, va ricondotta al soggetto distaccatario che ha di fatto impiegato il lavoratore.

Uguali dubbi interpretativi potrebbero porsi con riferimento alle imprese estere che impiegano lavoratori presso le proprie stabili organizzazioni italiane. In questi casi occorrerebbe, presumibilmente, analizzare caso per caso lo schema contrattuale adoperato per verificare il possesso di requisiti ai fini della deduzione.

⁴² A titolo esemplificativo, si pensi alle imprese agricole che, in ragione della stagionalità delle lavorazioni, inevitabilmente assumono personale per periodi limitati dell'anno.

⁴³ Cfr. risoluzione del MEF n. 2/DPF del 12 febbraio 2008; risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 10 giugno 2008, n. 235.

4. Conclusioni

Le recenti misure in tema di riduzione del cuneo fiscale non appaiono pienamente soddisfacenti. Vale premettere che, dal punto di vista della coerenza legislativa, gli incentivi fiscali al lavoro di recente introdotti appaiono senz'altro in armonia con il chiaro orientamento di politica economica intrapreso dal governo. In particolare, nella prospettiva dei lavoratori dipendenti le nuove disposizioni rispondono all'esigenza sempre più pressante, alla luce dell'attuale crisi economica, di incrementare in tempi rapidi la capacità di acquisto dei lavoratori a basso reddito, con l'ulteriore obiettivo di innalzare i consumi. Parimenti, le disposizioni dirette alla riduzione del cuneo fiscale, che ostacola l'assunzione di personale dipendente, sono senz'altro coerenti con il chiaro obiettivo di politica economica del governo di incidere positivamente sull'occupazione.

Tuttavia, sotto il profilo della certezza del diritto, non può sottacersi un atteggiamento a dir poco ondivago del nostro legislatore. Si pensi al *bonus* "80 euro", che è stato dapprima introdotto in via sperimentale, per poi essere reso strutturale solo pochi mesi dopo. Allo stesso modo, con riferimento all'IRAP, le misure del 2014 si sommano ai molteplici interventi normativi succedutisi dal 2006 in poi, rendendo il quadro legislativo in materia vieppiù disorganico.

Inoltre, le nuove misure si inseriscono in un disegno riformatore teso ad incentivare esclusivamente l'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente a tempo indeterminato. Un tale orientamento, a ben vedere, genera disparità di trattamento forse eccessive e difficilmente giustificabili con quei lavori in cui il ricorso a tale schema contrattuale non è fisiologicamente praticabile⁴⁴.

Infine, sotto il profilo dell'efficienza, si evidenzia che le nuove disposizioni hanno suscitato numerose critiche.

In particolare, con riferimento alle misure a sostegno del lavoro dipendente, è

⁴⁴ M. LONGONI, *Bruciato un quarto dei redditi dei professionisti*, in *Milano Finanza*, 4 marzo 2015.

stato da più parti osservato come gli effetti positivi del *bonus* “80 euro” nonché della “quota integrativa della retribuzione” sui consumi e sulla crescita economica nazionale siano stati sopravvalutati dal Governo⁴⁵. In particolare, secondo i recenti dati Istat⁴⁶ per effetto del *bonus* IRPEF non si sarebbe realizzato alcun incremento dei consumi: atteso il persistere della crisi economica, i beneficiari del *bonus* avrebbero preferito perseguire la strada del risparmio. Parimenti, con riferimento all’anticipazione del TFR in busta paga, è stato evidenziato che i lavoratori dipendenti, piuttosto che usufruire di una minima parte aggiuntiva di liquidità mensile, hanno preferito non rinunciare all’integrità della liquidazione al termine dell’attività lavorativa. A ciò si aggiunga che siffatta quota integrativa subisce la tassazione IRPEF ordinaria con aliquota marginale (in luogo di quella ridotta), è assoggettata alle addizionali regionale e comunale e ha l’effetto di ridurre l’ammontare delle detrazioni spettanti. In proposito, la Banca d’Italia ha altresì evidenziato⁴⁷ che l’erogazione anticipata di quote del TFR inciderebbe negativamente soprattutto sui lavoratori a basso reddito, per cui è alto il rischio di non poter contare su pensioni adeguate. Pertanto, ha sottolineato come sia cruciale che la temporaneità del provvedimento, motivato dalla fase congiunturale eccezionalmente avversa, venga mantenuta. Infine, non vanno sottaciuti gli effetti negativi che la misura in argomento potrebbe avere sulle tante imprese che,

⁴⁵ Nel Documento di Economia e Finanza (DEF) approvato dal Consiglio dei ministri in data 10 aprile 2015, si legge che la pressione fiscale, sarà inferiore nel 2015, passando dal 43,1% al 42,9%, nel 2016 diminuirà ancora al 42,6%, al 42,1% nel 2017, al 41,9% nel 2018 e al 41,6% nel 2019. Il provvedimento sottolinea che queste previsioni “risentono sia dei criteri di classificazione contabile della misura relativa al riconoscimento del *bonus* di 80 euro, sia delle clausole di salvaguardia previste dalle Leggi di Stabilità 2014 e 2015, che dispongono aumenti delle aliquote di imposta e riduzioni di detrazioni e agevolazioni fiscali”. Il documento afferma altresì che il quadro economico “muta sostanzialmente se, in primo luogo, si opera una classificazione più corretta dal punto di vista economico del provvedimento legato agli 80 euro”. In altri termini, le minori ritenute applicate sulla busta paga dei lavoratori dipendenti “si traducono in una minore pressione fiscale sui redditi da lavoro dipendente”.

⁴⁶ Cfr. relazione trimestrale Istat, IV trimestre 2014.

⁴⁷ Audizione preliminare all’esame dei documenti di bilancio per il triennio 2015-2017 del Vice Direttore Generale della Banca d’Italia Luigi Federico Signorini, Camera dei Deputati, 3 novembre 2014.

utilizzando il TFR sostanzialmente per “autofinanziarsi”, sarebbero costrette a ricorrere agli istituti di credito per ottenere dei prestiti e restituire il TFR ai lavoratori, andando così incontro a nuovi e più gravosi oneri.

Ulteriormente, con riferimento alle misure a favore delle imprese, le nuove disposizioni – seppur in astratto idonee a favorire l’assunzione di lavoratori dipendenti a tempo indeterminato – comportano inevitabilmente maggiori oneri per le imprese che occupano un numero limitato di dipendenti a tempo indeterminato o che non ne impiegano affatto. Anche il credito di imposta del 10%, introdotto al fine di “controbilanciare” il *dietrofront* sulla riduzione delle aliquote IRAP, pone come requisito per fruire di tale credito l’assenza di lavoratori dipendenti, senza specificare che deve trattarsi di dipendenti a tempo indeterminato. Ciò implica che tale credito di imposta, per espressa previsione normativa, non spetti alle imprese che impiegano esclusivamente lavoratori a tempo determinato, ancorché queste non fruiscano – salvo ipotesi marginali – di alcuna deduzione delle spese per il personale⁴⁸.

In conclusione, appare evidente che la prospettiva di incrementare l’occupazione ed aumentare i consumi facendo leva esclusivamente – come parrebbe – sulle misure da ultimo introdotte, appare quanto mai utopistica e fuorviante.⁴⁹

⁴⁸ Peraltro, un aggravio impositivo per il 2014 è ravvisabile anche nei riguardi di taluni soggetti che pur assumono dipendenti a tempo indeterminato. Cfr. GAIANI 2014.

⁴⁹ In proposito, secondo A. PISAURO, *“La riduzione del cuneo fiscale, un intervento su cui tutti sembrano essere d’accordo, risponde a varie esigenze e può essere realizzata in vari modi. Le finalità sono essenzialmente due: migliorare la competitività delle imprese riducendo il costo del lavoro e sostenere la domanda interna aumentando il reddito netto dei lavoratori, soprattutto di quelli con retribuzioni più basse e maggiore propensione a consumare eventuali aumenti di reddito. Le modalità di realizzazione nelle proposte finora avanzate si concentrano sull’Irap e sull’Irpef. Non sembra il modo migliore. Una riduzione dell’Irap (attraverso l’eliminazione della componente lavoro dall’imposta) risponde alla prima esigenza ma non alla seconda: riduce il costo del lavoro ma, almeno come effetto di primo impatto, lascia invariato il reddito netto dei lavoratori. Inoltre, anche ammettendo che una parte del beneficio si trasferirà nel tempo sui salari, esso sarà proporzionale all’entità della retribuzione e non favorirà, come dovrebbe, maggiormente i salari più bassi. D’altro canto, concentrare le risorse su uno sgravio dell’Irpef, come preferirebbero i sindacati, non avrebbe alcun impatto, almeno inizialmente, sul costo del lavoro. Senza contare che i difetti strutturali dell’Irpef richiederebbero di astenersi dall’ennesima “pezza a colori”*, in *Lavoce.info*, 11 marzo 2014.

“L’obbligo del contraddittorio nel procedimento tributario”*

di Salvatore Muleo

ABSTRACT

The legal and judicial developments that originally led to the denial of contradictory procedural reached then its recognition and with increasing frequency were seen legislative assumptions on which the matter had tributary is expected a real contradictory. The minimum contradictory consists in the assertion that the party is not forced to suffer a measure unfavorable to it unless it was in a position to make their own reasons and trying to defend himself during the process that led to the pronouncement ascertainment of the measure. In the national context decisive importance they have had the legal guidelines for the Community especially need to be respected to be heard as required by the Articles of taxpayers' rights. Nevertheless the tax legislation lacks the legal provision obligation to be heard and there are many outstanding problems.

Goes so sought a point of dynamic equilibrium , which allows the taxpayer to the tax and the exercise of powers that it is placed on parallel planes , aim at creating the proceeding, with the dual aim of getting a better assessment of the factual and allow the protection of the right of defense also in the procedural.

SINTESI

L’evoluzione normativa e giurisprudenziale che in un primo momento aveva portato alla negazione del contraddittorio procedimentale è giunta poi al suo riconoscimento e con sempre maggior frequenza si sono viste ipotesi normative in cui al termine del procedimento tributario viene previsto un vero e proprio contraddittorio. Il minimum del contraddittorio consiste nell’asserzione che la parte non sia costretta a subire un provvedimento ad essa sfavorevole, se prima non è stata messa in condizione di far sentire le proprie ragioni e di difendersi provando nel corso dell’iter che ha portato alla pronuncia del provvedimento accertativo. Nel contesto nazionale decisiva importanza hanno avuto gli orientamenti giurisprudenziali comunitari soprattutto per la necessità di osservare in materia di contraddittorio quanto prescritto dallo Statuto dei diritti del contribuente. Nonostante ciò parte della normativa tributaria difetta della previsione normativa dell’obbligo al contraddittorio e numerosi sono i problemi ancora aperti.

Va così ricercato un punto di equilibrio dinamico, che consenta all’Amministrazione

finanziaria ed al soggetto passivo l'esercizio di poteri che si pongano su piani paralleli, tendenti alla realizzazione del contraddittorio, con il duplice obiettivo di ottenere un miglior accertamento del fatto e di consentire la tutela del diritto di difesa anche in sede procedimentale.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dalla negazione del contraddittorio procedimentale al suo riconoscimento 2. L'influsso della sentenza Sopropè della Corte di Giustizia e le conferme della sentenza Kamino e Datema 3. La sentenza n. 18184 del 2013 delle Sezioni Unite sulla discussa questione delle conseguenze derivanti dall'inosservanza delle regole previste dall'art. 12, ultimo comma, dello Statuto dei diritti del contribuente 4. L'apertura alle ipotesi in cui la previsione normativa difettesse totalmente: l'importanza delle sentenze gemelle della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 19667 e 19668 del 2014 5. I problemi aperti: a. l'applicabilità del principio nel caso di verifiche effettuate presso la sede dell'amministrazione finanziaria: l'ordinanza n. 527 del 15 gennaio 2015 della Corte di Cassazione di rimessione della questione alle Sezioni Unite 6. Segue: b) è sufficiente l'audizione del contribuente perché sia instaurato un valido contraddittorio? È necessaria l'audizione orale?

1. L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dalla negazione del contraddittorio procedimentale al suo riconoscimento

Nell'antica Grecia era chiaro a tutti che il contraddittorio costituiva un principio da osservare al fine di avere un giusto processo ed una giusta decisione.

Si consideri, ad esempio, quel che Eschilo faceva affermare nelle Eumenidi ad Atena, che era stata prescelta quale giudice pieno in processo, dopo l'esposizione che una delle parti aveva fatto: "Siete due qui in causa: finora, odo mezza verità."

Eppure, Atena era la dea della sapienza, ma la coscienza greca, di cui Eschilo era ottimo interprete, ha resistito alla tentazione di dedurre da ciò la superfluità del contraddittorio processuale (peraltro, pur dinanzi alla commissione di un crimine terribile e di fronte ad accusatrici plurime) tanto da far dire alla dea: "Ospite, tocca a te, se vuoi. Qual è la tua replica? Declina il tuo paese, la nascita, i fatti che ti portano qui. Poi pensa a ventare l'attacco. Se credi nella giustizia e per questo non ti stacchi

dalla mia statua, lì presso la santa fiamma, sei uno che supplica, sacro: già Ippone usò questi modi. Ora ribatti punto su punto. Fammi capire.”.

La necessità del contraddittorio processuale, ai fini di una giusta decisione, non è stata successivamente posta in discussione negli schemi processuali.

Diversa sorte ha avuto, invece, il contraddittorio procedimentale.

Limitando l'indagine al nostro Paese e circoscrivendo l'analisi ad epoche non eccessivamente risalenti, si deve rilevare che non è trascorso molto tempo da quando si affermava l'inesistenza dell'obbligo del contraddittorio procedimentale sulla scorta di diverse argomentazioni.

In specie, l'istituto della partecipazione in ambito amministrativo non aveva potuto trovare sviluppo, sino a che erano evidenziati, quali requisiti tipici dell'azione amministrativa, unicamente l'autoritarità, l'esecutività e l'imperatività dei relativi provvedimenti finali, in funzione del superiore scopo di garantire la libertà e l'incondizionato svolgimento della funzione pubblica. Si era sotto la suggestione di un clima culturale tendente ad esaltare la supremazia assoluta dello Stato e non era prevista alcuna forma di tutela degli interessi dei privati, ordinariamente reputati contingenti ed egoistici.

In epoca successiva ed anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione si è osservata la riscoperta sul piano dei principi generali dell'ordinamento di situazioni soggettive non necessariamente destinate a comprimersi durante la fase procedimentale ed il concetto di contraddittorio ha iniziato ad assumere una valenza autonoma rispetto a quello di partecipazione, iniziando progressivamente a fare spazio ad un profilo spiccatamente garantista scaturente da un mutato modo di intendere la funzione amministrativa.

Ed in ambito amministrativo è stato compreso che, soprattutto in presenza di attività dichiaratamente discrezionali, il procedimento era la sede naturale per un confronto dialettico degli interessi pubblici e privati coinvolti dal provvedimento finale, e quindi lo strumento più idoneo per assicurare il rispetto tanto dei

fondamentali principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione quanto delle situazioni giuridiche soggettive dei consociati.

Solo con la legge n. 241 del 1990 c'è stato però il generale riconoscimento anche a livello legislativo dell'esistenza del principio della «partecipazione» attraverso la previsione di norme approntate per la sua realizzazione. In quella legge è stato affidato al privato un ruolo non esclusivamente collaborativo all'esercizio della pubblica funzione, poiché, al contrario, il ruolo della parte privata è stato inteso in un senso particolarmente ampio, tale da poter accogliere anche la garantista nozione difensiva, tipica del termine "contraddittorio".

Pur rientrando pacificamente il procedimento tributario nel *genus* dei procedimenti amministrativi, evidenti esigenze di non inquinamento del quadro probatorio che si andava delineando nel corso delle indagini imponevano però la previsione di non applicazione degli istituti rientranti nel novero della «partecipazione», stabilita all'art. 13 della stessa legge 241 del 1990, per evitare che il soggetto sottoposto ad indagine, se informato anche solo dell'avvio dell'indagine a suo carico, sottraesse elementi probatori a sé contrari o intervenisse su soggetti terzi in possesso di informazioni a sé sfavorevoli.

Tuttavia, dalla statuizione dell'art. 13 della legge n. 241 non era possibile desumere la volontà del legislatore di escludere l'istituto del contraddittorio dai procedimenti tributari¹.

Quella norma, difatti, appariva piuttosto come una dichiarazione di «non intervento» in un settore dominato da regole e, soprattutto, logiche sue proprie.

Nella normativa tributaria mancava (e manca tuttora) una regola generale che espressamente obblighi l'amministrazione finanziaria al contraddittorio procedimentale, pur dovendosi registrare l'incremento delle forme di contraddittorio

¹ Sulla partecipazione v. L. Salvini, *La partecipazione del privato all'accertamento (nelle imposte sui redditi e nell'iva)*, Padova, 1990.

isolatamente previste e l'armonizzazione dei profili relativi alle imposte sui redditi ed all'imposta sul valore aggiunto, sino a giungere alla previsione di cui all'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente.

Riformulando il sistema sanzionatorio, è stata invece inserita nelle sanzioni tributarie, di cui al D. Lgs. n. 472 del 1997, la fase della contestazione, che consente al soggetto passivo la difesa al termine dell'istruttoria procedimentale e prima dell'introduzione della fase processuale, realizzando un principio di complessiva economia.

Con sempre maggior frequenza si sono quindi viste ipotesi normative in cui al termine del procedimento tributario è previsto un vero e proprio contraddittorio. E mentre il termine «partecipazione» non significa necessariamente contrapposizione della parte privata e di quella pubblica, nel contraddittorio tale antitesi appare fisiologica e connaturata.

Invero le specifiche disposizioni sul contraddittorio procedimentale hanno anche permesso ai detrattori della sussistenza dell'obbligo di affermare che il legislatore, allorquando l'aveva voluto, l'aveva detto espressamente.

Tali statuizioni erano quindi adoperate dai detrattori per sostenere l'argomento interpretativo *ubi voluit dixit* e dai sostenitori per derivare analogicamente per l'appunto l'argomento analogico.

Sotto un profilo costituzionale, i detrattori dell'obbligo sostenevano che i precetti di buon andamento e di imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione, disposti dall'art. 97 Cost. insieme con i corollari dell'economicità e dell'efficacia della stessa, non dessero alla materia una copertura tale da intendersi come costituzionalmente illegittime le disposizioni del procedimento tributario che non obbligassero al contraddittorio procedimentale.

Secondo tale risalente inquadramento, difatti, la tematica del contraddittorio era classicamente ricondotta alla garanzia del diritto di difesa e del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost., e quindi alla sfera processuale, in forza del riferimento al

«giudizio», ordinariamente individuato nel processo e non nel procedimento² dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana³. La Corte costituzionale italiana, cioè, mentre a far data dalla famosa sentenza n. 70 del 1961, pur con alcune soluzioni di continuità⁴, riconosceva la tutela costituzionale del diritto alla prova e quindi non tollerava che delle acquisizioni probatorie fossero effettuate prima del processo e senza che la parte potesse parteciparvi, in genere non ha ritenuto che l'art. 24 Cost. potesse estendersi sino a riguardare anche i procedimenti non processuali.

D'altro canto, nella nozione di «giusto processo», inserita nella Carta costituzionale all'art. 111 novellato, per la prima volta appare il termine «contraddittorio», sino a quel momento derivato in dottrina dall'art. 24 Cost. (e quindi dal suo riferimento al diritto di difesa)⁵.

E, qualunque sia la nozione di contraddittorio adoperata – esposizione dialogica di ragioni ed argomentazioni ovvero partecipazione attiva delle parti in connessione con il principio di parità delle armi⁶ – la previsione della facoltà per la parte di farsi «sentire» prima dell'emissione di un provvedimento ad essa sfavorevole si presenta

² Per L. Ferlazzo Natoli, *La rilevanza del principio del contraddittorio nel procedimento di accertamento tributario*, in AA.VV., *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Padova, 2000, pagg. 551-552, invece, la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio è desumibile dall'art. 24, 2° comma, Cost. anche per il procedimento, in forza dell'interpretazione letterale.

³ La non costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento è una risalente costante della Corte costituzionale: cfr. ad esempio Corte cost. 14 dicembre 1995, n. 505, in *Cons. Stato*, 1995, II, pag. 2124, o già Corte cost. 20 marzo 1978, n. 23, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pag. 209, o Corte Cost. 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. it.*, I, 1, pag. 920.

⁴ Ad esempio Corte Cost. 9 aprile 1963 n. 45, in *Giur. cost.*, 1963, pag. 170.

⁵ Cfr., per tutti., L.P. Comoglio, *Rapporti civili. Art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, pag. 65 e segg.

⁶ Per la configurazione del contraddittorio processuale come possibilità di partecipare al processo ad armi pari, cfr. G.A. Micheli, *Il contraddittorio nel contenzioso tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1975, I, pag. 525 e segg., ove peraltro ha rilevato incidentalmente che la fase istruttoria del procedimento di accertamento amministrativo «è congegnata in modo di rispettare il più possibile il principio del contraddittorio», giacché, se l'iniziativa istruttoria è officiosa, tuttavia i risultati di essi sono portati a conoscenza della parte privata (*ivi*, pag. 534); nonostante tale congegno ed il consequenziale avvicinamento del procedimento amministrativo al processo giurisdizionale, secondo l'insigne A. solo in quest'ultimo sembrava garantito il rispetto del contraddittorio.

come requisito minimo ed indefettibile, costantemente garantito dal nostro ordinamento (prevalentemente in ossequio al precetto di cui all'art. 24 Cost., ma in realtà anche sotto ulteriori profili degni di rilevanza costituzionale, ed anzitutto per il comando di cui all'art. 111 Cost.).

Con queste coordinate costituzionali deve misurarsi la disciplina tributaria in tema di accertamento.

Difatti, prescindendo dall'ovvia considerazione del riferimento da parte dell'art. 111 Cost. ad ogni tipo di processo e quindi anche a quello tributario, occorre rilevare che, in punto di metodo, questa regola statuisce che la prova deve formarsi in contraddittorio tra le parti; ovvero, utilizzando un efficace slogan, deve esservi contraddittorio «*per*» la prova e non «*sulla*» prova.

E occorre sottolineare subito che le norme sull'accertamento delle violazioni, sia nelle imposte dirette sia nell'imposta sul valore aggiunto, richiamano espressamente il codice di procedura penale quale fonte integrativa; pertanto, per tale verso l'art. 111 Cost. è rilevante anche in ambito procedimentale tributario, giacché illumina l'interprete sui principi superiori ai quali il codice deve essere informato.

L'analisi dell'istituto del contraddittorio è stata sinora prevalentemente affidata alla dottrina processualistica ⁷, che ha individuato il suo nucleo essenziale nella possibilità, per entrambe le parti, di farsi udire dal giudice, personalmente o per mezzo del difensore, prima di ogni decisione, anche non definitiva, sulle istanze proposte ⁸.

⁷ Per le voci enciclopediche, cfr. L.P. Comoglio, *Contraddittorio (Principio del) dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 1 e segg.; G. Giostra, *Contraddittorio (Principio del) dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 1 e segg.; L. Migliorini, *Contraddittorio (Principio del) dir. proc. amm.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 1 e segg.; F. Benvenuti, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1961, vol. IX, pag. 738 e segg.; A. Nasi, *Contraddittorio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1961, vol. IX, pag. 720 e segg.; V. Cavallari, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1961, vol. IX, pag. 728 e segg.; F. Martinetto, *Contraddittorio (Principio del)*, in *Nov.mo Dig. it.*, 1959, pag. 458 e segg.

⁸ Cfr. in termini, icasticamente, L.P. Comoglio, *Rapporti civili. Art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pag. 58, per il quale l'audizione preventiva è un imperativo inderogabile.

Perché la preventiva audizione non sia svuotata di significato e di funzione, è stato ritenuto strumentalmente necessario che i soggetti processuali siano stati posti in condizione di conoscere tempestivamente le tesi avversarie, al fine di poter controdedurre e contribuire così a formare efficacemente il libero convincimento del giudice⁹.

Il contraddittorio pertanto si pone sia in funzione di utile contrappeso rispetto ad un diritto alla prova che sia consentito alle parti nella misura più ampia possibile quale idoneo strumento per un miglior accertamento della conoscenza del fatto, attraverso l'apporto partecipativo di ogni interessato all'approccio cognitivo.

È mediante il *contra dicere*, difatti, che si è storicamente verificato che l'attività dei soggetti interessati può essere utilmente stimolata, ed al tempo stesso la possibilità di difesa può essere efficacemente garantita, in una provocata «collaborazione» all'accertamento del vero¹⁰.

Tuttavia, l'estensione del contraddittorio dal processo al procedimento ha riscontrato significative resistenze.

Peraltro, l'evoluzione interpretativa in merito ai principi costituzionali in materia amministrativa, e principalmente dell'art. 97 Cost., ha consentito gradatamente di atteggiare gli stessi da norme di direzione a norme di garanzia, elaborando, di conseguenza, una concezione di amministrazione in senso non soltanto soggettivistico (come complesso esercizio di poteri unilaterali), ma come rapporto ed interscambio dialettici con gli amministrati, nei confronti dei quali si rappresenta necessario un comportamento aperto e disponibile in funzione tanto della cura concreta degli interessi pubblici quanto della tutela immediata delle situazioni soggettive man mano incontrate nel corso dello svolgimento dell'attività

⁹ Cfr. L.P. Comoglio, *op. loc. cit.*

¹⁰ Il termine «collaborazione», nelle sue diverse sfumature e sinonimi, sta ad indicare in questo contesto una organizzazione interna del processo tale da comportare il necessario coinvolgimento attivo di tutti i soggetti che vi partecipano (così anche E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, ora in *Studi in onore di Edoardo Grasso*, Milano, 1999, pag. 416).

amministrativa.

In quest'ottica, lo strumento del contraddittorio si pone come momento indispensabile per la realizzazione sul piano effettuale della ponderazione degli interessi in gioco e per l'attuazione dei precetti costituzionali.

Ai fini della realizzazione di un'effettiva ed auspicata «parità delle armi» si richiede difatti che il conflitto di interessi si espliciti ancor prima della conclusione dell'*iter* procedimentale, ossia dell'adozione del provvedimento, generando un vero e proprio contraddittorio, che trova la sua ragione giustificativa, insieme con la nozione di partecipazione, proprio nello spostamento del fulcro dall'*atto* alla *funzione* amministrativa (e pare difficile reputare che la miniriforma amministrativa del 2005, ed i collegati interventi sulla legge n. 241 del 1990, pur incidendo notevolmente sulla disciplina degli atti, abbiano stravolto tale indirizzo).

Un tale risultato si ricollega con la configurazione dell'istituto del procedimento quale strumento di garanzia (e di miglior raggiungimento dei fini della pubblica amministrazione¹¹ nonché con il consequenziale abbandono della concezione monopolistica ed unilateralistica della parte pubblica, assicurando, invece, al privato una presenza attiva per contribuire sia all'arricchimento contenutistico del provvedimento finale sia alla regolamentazione del rapporto fra l'interesse pubblico individuato ed il proprio interesse ritenuto meritevole di tutela e considerazione.

L'indiscutibile valore del contraddittorio infraprocedimentale non ha evitato, però, che la scelta legislativa sull'intitolazione del capo III della legge sul procedimento fosse effettuata alla partecipazione del privato al procedimento, indicando gli strumenti e gli istituti che ne permettono e regolano la piena realizzazione; ciò probabilmente per il timore che, sancendo vagamente l'esistenza di un principio generale o di un diritto al contraddittorio, la cui concreta applicazione fosse stata poi

¹¹ F. Benvenuti, *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive*, Padova, 1996, pagg. 233-234, aveva evidenziato come l'audizione degli interessi coinvolti sia funzionale all'effettiva imparzialità della pubblica amministrazione e come, mediante il contraddittorio, l'amministrazione si pone sullo stesso terreno dell'altra parte e ne diviene compartecipe.

rimessa ai regolamenti attuativi di ciascuna amministrazione, si potesse in qualche modo eludere il precetto normativo e per il desiderio di contemplare una disciplina generale della collaborazione del privato, che non si limitasse alle ipotesi in cui i suoi interessi fossero contrapposti a quelli della pubblica amministrazione.

E l'elemento del contraddittorio, così disciplinato, si pone in una posizione di sostanziale parità con tutti gli altri principi generali del procedimento.

Tale eguale dignità formale e sostanziale del contraddittorio rispetto agli altri principi ne impedisce la reciproca subordinazione ed il richiamo in via semplicemente sussidiaria, residuale o improntata a criteri di compatibilità.

D'altro canto, sembra anche problematico sostenere che il contraddittorio procedimentale, in nome dell'evidente derivazione dall'omonimo istituto processuale, possa essere condizionato nella sua operatività dalla presenza o dall'assenza di un pregiudizio incombente sul privato nel corso della formazione del procedimento o dalle preclusioni previste in sede processuale quanto all'allegazione delle prove e dei fatti rilevanti per la decisione della controversia.

Può ritenersi senza troppa difficoltà che il legislatore del 1990 abbia voluto sostanzialmente modellare il contraddittorio procedimentale su quello processuale, prevedendo delle significative limitazioni soggettive, sottoponendo la domanda o gli atti di intervento alla valutazione di ammissibilità (quanto alla legittimità ed alla pertinenza dell'intervento) da compiersi da parte dell'amministrazione procedente ed allo stesso tempo obbligando l'amministrazione a rispondere specificamente sulle questioni addotte a seguito dell'intervento, tenendone conto nell'adozione del provvedimento finale.

In tale quadro di riferimento, è stato rilevato che la presenza di situazioni soggettive complesse, costituite da una pluralità di diritti e di obblighi sorgenti tanto in capo all'amministrazione procedente quanto in capo al privato interveniente, farebbe, inoltre, presumere l'esistenza di un «rapporto giuridico amministrativo

procedimentale»¹², del tutto simile quanto alla sua struttura a quello classicamente identificato durante la fase processuale¹³ (o, passando ad un diverso settore, a quello derivante ad esempio da un contratto o da altro fatto lecito), con ciò segnando il tramonto della tradizionale concezione dottrinarica che riduceva l'azione amministrativa¹⁴ ad una concatenazione di atti, ciascuno dei quali sarebbe conseguenza di quello che precede e presupposto di quello successivo.

La valorizzazione, invece, della funzione permetterebbe di individuare e tener conto delle distinte situazioni di interesse incontrate in corso di svolgimento dell'azione amministrativa ancor prima della emanazione del provvedimento finale, senza differirne la tutela al successivo ed eventuale momento processuale, nell'ottica che vede nell'interesse sostanziale del soggetto coinvolto un *quid* non esterno e non di intralcio allo svolgimento dell'azione amministrativa, ma un elemento irrinunciabile per la giusta e corretta risoluzione del caso concreto, nel rispetto dei diritti e l'assolvimento degli obblighi caratterizzanti la posizione giuridica attiva rivestita dall'amministrazione.

Giungendo specificamente al procedimento tributario, va ribadito che in un sistema in cui la parte pubblica deve fisiologicamente ed il più delle volte tendere a scoprire il fatto dopo che esso si è verificato, ricostruendolo dalle tracce lasciate, la sola notizia del controllo può provocare potenzialmente (nell'inquisito in mala

¹² In tal senso F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, pag. 258.

¹³ Anche perché, come è stato giustamente rilevato, la piena realizzazione del contraddittorio procedimentale potrebbe costituire un'anticipazione dell'indispensabile indagine tesa alla individuazione dei soggetti (in special modo dei controinteressati) prodromica all'instaurazione del successivo rapporto processuale, rinvenendo una spia della relativa situazione di interesse nel fatto della loro attiva partecipazione durante la fase procedimentale. Cfr. in tal senso ancora F. Figorilli, *Il contraddittorio*, cit., pag. 283 e segg.

¹⁴ È di tutta evidenza che tale concezione ruotava su una nozione di amministrazione che valorizzava il momento autoritativo, concentrando la maggiore attenzione all'esame analitico del *farsi* del provvedimento attraverso le varie fasi di esercizio del potere; alla successiva fase processuale era attribuita, invece, la sola funzione di valutare la legittimità formale del provvedimento finale, non potendosi spingere il giudice amministrativo sino a sindacare le scelte discrezionali della pubblica amministrazione.

fede) una sollecitazione all'inquinamento delle prove. In ciò va rinvenuta la *ratio* dell'esclusione dei procedimenti tributari dalla novella del 1990 e non già nella volontà di denegare ogni forma di partecipazione e, per quel che qui interessa, di contraddittorio in ambito tributario procedimentale.

Difatti, nella legislazione successiva si sono comunque incrementate (ed opportunamente armonizzate nei profili relativi alle imposte sui redditi ed all'imposta sul valore aggiunto) le forme di contraddittorio isolatamente previste¹⁵.

Va ancora rimarcato, come elemento di differenziazione tra il procedimento amministrativo e quello tributario, che, proprio in considerazione della particolarità del settore di riferimento, le problematiche che si pongono nei diversi ambiti non sono esattamente simili, giacché in genere il procedimento amministrativo è tendenzialmente interessato da un quadro degli elementi probatori meno soggetto ad inquinamenti.

Inoltre, in esso la ricostruzione del fatto appare in molti casi finalizzata alla ponderazione degli interessi, mentre in ambito tributario interessa la tutela dei soggetti (e, come si vedrà per l'accertamento, il contraddittorio è indispensabile anche in vista di una decisione della parte privata).

In modo decisamente non condivisibile l'ordinamento italiano non ha previsto espressamente una norma per il procedimento tributario, ma in ogni legge di imposta ha contemplato le regole per lo specifico procedimento di quell'imposta. Con riferimento alle imposte sui redditi ha almeno adottato delle regole uniche, portate dal d.p.r. n. 600 del 1973, mentre talora ha invece disposto rinvii da una legge d'imposta ad un'altra.

¹⁵ Ma occorre ricordare la condivisibile osservazione di R. Schiavolin, *Le prove*, in AA.VV., *Il processo tributario*, Torino, 1998, pag. 483, secondo il quale la scelta di posticipare l'istruttoria nel processo tributario – non contemplando un'apposita fase destinata alla formazione delle prove in quella sede – muove dalla necessaria premessa che «nelle procedure di accertamento debbono essere svolte indagini approfondite» (cioè tendenzialmente complete) e che «il contraddittorio si deve sviluppare in modo pieno e corretto». Cfr. anche Id., *op. cit.*, pag. 486 e segg., per il riconoscimento all'istruzione processuale del ruolo di verifica dei risultati dell'istruzione primaria.

La soluzione adottata dal viciniero ordinamento tedesco, che al § 91 dell'*Abgabenordnung* ha sancito espressamente il diritto della parte ad esprimersi sui fatti rilevanti prima che sia emesso un provvedimento a lui sfavorevole¹⁶, appare decisamente più coerente.

Difatti, la previsione di un principio generale, valevole per tutti i procedimenti di accertamento tributario a prescindere dal tipo di imposta del cui presupposto si valuti la sussistenza, è rigorosamente rispondente alla scelta di un metodo di accertamento del fatto che non può essere differenziato a seconda della fattispecie legale ai fini della quale esso rileva.

La scelta implicita del legislatore italiano di rinunciare ad un unico sistema di accertamento, pur mitigata dal graduale avvicinamento delle metodologie accertative tra l'ambito delle imposte dirette e quello dell'imposta sul valore aggiunto anche a mezzo di rinvii testuali dall'uno all'altro, come già detto, è criticabile.

Probabilmente il legislatore voleva riservarsi in merito ai poteri da riconoscere all'amministrazione finanziaria con riferimento alle singole imposte (decidendo di sacrificare una misura minore o maggiore della sfera individuale dei cittadini in ragione dell'importanza assegnata al tributo) o forse ciò è stato il frutto di una casualità alla quale non si è voluto porre rimedio per timore di dover ripensare tutto il sistema. Tuttavia l'effetto in termini di distorsione tra le possibilità di accertamento a seconda delle differenti ipotesi è stato notevole.

L'unicità del metodo accertativo, almeno nell'intero ambito del procedimento amministrativo tributario, dovrebbe essere un obiettivo tendenziale, non apparendo sistematicamente coerente che i poteri dell'amministrazione finanziaria – e, specularmente, i diritti dei soggetti inquisiti – siano diversamente modulati a seconda del tipo di tributo da accertare.

Anche alla luce di queste esperienze, la previsione di un generale diritto di

¹⁶ E la disposizione tributaria è consona al principio del diritto di audizione nel procedimento amministrativo in genere, stabilito dall'art. 28 della legge sul procedimento amministrativo (Vwgo).

audizione (anche non necessariamente a mezzo dell'oralità, come si vedrà), prima dell'emissione di un provvedimento definitivamente sfavorevole alla parte, appare presupposto inderogabile ai fini della legittimità costituzionale dell'impianto accertativo alla luce della prescrizione del principio della buona amministrazione portato dall'art. 97 Cost..

Difatti, vista l'esistenza di diverse possibilità, per il contribuente, di definire i propri assetti in relazione alle imposte (si pensi, ad esempio, all'istituto dell'accertamento con adesione) la mancanza della possibilità di farsi «sentire» provocherebbe la violazione di principi costituzionali ed europei.

Ma, allora, da tale assunto deve discendere la necessità dell'esistenza di un previo flusso di informazioni dall'amministrazione finanziaria al contribuente in merito al quadro probatorio delineantesi; e, per tale via, dell'indicazione degli elementi di prova in possesso dell'ufficio. Altrimenti non sarebbe invero possibile attuare concretamente un pieno contraddittorio, nel quale la fattispecie concreta sia esaminata compiutamente e sia analizzata ai fini della verifica della sua eventuale sussunzione nella fattispecie astratta.

D'altro canto, il sistema sanzionatorio tributario rinnovato con la riforma del 1996-1997 ha significativamente modificato la disciplina delle sanzioni, mediante una legislazione attuata per principi generali; l'adozione di una siffatta tecnica legislativa è già di per sé rilevante anche ai fini della tecnica ermeneutica da utilizzare nell'ambito della normativa sulle sanzioni tributarie.

La stessa legge delega¹⁷ aveva previsto l'emanazione, ove possibile, di un procedimento unitario per l'irrogazione delle sanzioni che contemperasse i due obiettivi di fondo di rispettare il diritto di difesa, in ossequio anche all'art. 24 Cost., e di assicurare la sollecita esecuzione del provvedimento sanzionatorio, prevedendo altresì l'obbligo di indicare gli elementi probatori, da parte dell'ufficio o dell'ente, nello

¹⁷ Art. 3, comma 133, lettera m, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

stesso atto di contestazione.

L'impianto normativo derivatone ha attuato tale precetto contemplando due differenti procedimenti di irrogazione delle sanzioni a seconda che esse fossero collegate ai tributi di riferimento o meno.

E, nella logica del sistema sanzionatorio, l'atto di contestazione assume una valenza centrale, atteso che, in caso di mancata produzione di deduzioni difensive, non si verifica la condizione risolutiva alla quale è subordinato e pertanto si libera la potenza irrogatoria dell'atto.

È per questa essenziale ragione che l'istituto in questione ha inteso contemperare le ragioni dell'erario o dell'ente con le esigenze di compiuta conoscenza degli elementi probatori, insieme con la parte motiva dell'atto; il tutto evidentemente ai fini del corretto esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto passivo dell'obbligazione tributaria per le sanzioni¹⁸.

La rappresentazione del quadro probatorio emerso permette, in tal modo, l'instaurazione di un contraddittorio anticipato rispetto alla fase processuale¹⁹ e l'esplicazione del diritto di difesa già in ambito endoprocedimentale, consentendo altresì un'economia processuale per il caso di esercizio della potestà di autotutela totale o parziale in seguito alle controdeduzioni della parte privata.

La *disclosure* trova così attuazione ed il sistema adottato appare contemperare le esigenze di tutela della parte privata con quelle di salvaguardia del potere-dovere, per l'ufficio, di effettuazione dei controlli secondo modalità che non facilitino l'inquinamento del quadro probatorio: il passaggio dal contesto di ricerca al contesto di giustificazione è contrassegnato appunto dalla contestazione all'autore delle

¹⁸ Ed è stato condivisibilmente rilevato come la disciplina di cui all'art. 16 del D.Lgs. n. 472 del 1997 costituisca la forma più evoluta di partecipazione in funzione di contraddittorio: cfr. L. Salvini, *La «nuova» partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente ed oltre)*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, pag. 20.

¹⁹ Già l'art. 55 della legge 7-1-1929 n. 4, prevedeva che fosse comunicato al trasgressore il verbale di accertamento, invitandolo a presentare le proprie deduzioni.

violazioni delle ipotesi accusatorie emerse a suo carico.

A non dissimili conclusioni era giunta quella giurisprudenza che aveva ammesso il diritto di accesso del contribuente agli atti dell'amministrazione finanziaria successivamente al compimento delle verifiche, denegandolo invece nel corso delle stesse²⁰; ed è evidente che, se in ambito amministrativo la preoccupazione maggiore è quella di un'eventuale onda d'urto che potrebbe derivare da un massiccio ricorso dei cittadini all'accesso, in ambito tributario il timore maggiore è che la violazione della segretezza infici i risultati delle verifiche sul soggetto indagato e sugli altri potenzialmente connessi, agevolando l'inquinamento delle prove.

Non allineata appare invece la disciplina delle sanzioni collegate con i tributi, giacché la norma introdotta con la riforma del 1997²¹ non ha parimenti ribadito la previsione dell'obbligo di indicazione degli elementi probatori nell'unico atto di accertamento o di rettifica, limitandosi a rinviare alle disposizioni che regolano il procedimento di accertamento del correlativo tributo, in quanto compatibili.

Ma in tal caso appare chiaro che il legislatore delegato non ha voluto interloquire nella specifica materia, sentendosi limitato dalla delega conferita.

Da quanto sin qui analizzato è emerso quanto segue.

- Anzitutto l'opzione del legislatore del 1990 di non applicazione del capo III della legge sul procedimento amministrativo in genere all'ambito tributario non implichi necessariamente la volontà di esclusione del contraddittorio, ma possa individuare una scelta di non intervento nel settore tributario.
- In ciò il procedimento tributario si pone quindi solo apparentemente in rapporto di eccezione a regola.
- Peraltro, la pienezza del diritto alla prova postula anche, come necessario contrappeso, la completezza del contraddittorio e della motivazione, così come l'indicazione degli elementi di prova.

²⁰ La soluzione, come noto, non è pacifica.

²¹ Cfr. in termini l'art. 17 del D.Lgs. n. 472 del 1997.

- Per quanto concerne in particolare il contraddittorio, va riscontrato se possa adottarsi in ambito procedimentale il criterio suggerito da chi²² ha individuato il momento (ultimo) della indispensabilità del contraddittorio nel momento della formazione del libero convincimento del giudice, ritenendo invece che esso potesse non essere sempre necessario nella fase di formazione del mezzo di prova (ovvero del documento atipico).
- E, nella prospettiva suggerita, anche sulla base dell'osservazione della struttura fondamentalmente contenziosa del procedimento di accertamento delle imposte dirette e dell'IVA²³, potrebbe allora ritenersi che il contraddittorio debba essere rispettato almeno entro il termine ultimo in cui l'amministrazione finanziaria ed il soggetto passivo debbano prendere decisioni in merito alla condotta da tenere, pure in considerazione delle possibilità offerte dal sistema per evitare il contenzioso ricorrendo ai diversi istituti di definizione della pretesa tributaria, tra cui anzitutto l'accertamento con adesione.
- Le acquisizioni probatorie provvisoriamente eseguite, a meno di riferirsi ad atti per loro natura irripetibili²⁴, non potrebbero avere allora alcun effetto definitivo in merito alla fissazione del fatto.

In altri termini, si condivide l'assunto che il *minimum* del contraddittorio consiste nell'asserzione che la parte non sia costretta a subire un provvedimento ad essa sfavorevole, se prima non è stata messa in condizione di far sentire le proprie ragioni e di difendersi provando nel corso dell'iter che ha portato alla pronuncia del provvedimento medesimo²⁵.

Il criterio dell'«*égalité des armes*» risuona quindi come univoco principio superiore

²² Così, per l'ambito processuale civile, M. Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, pag. 276

²³ Come già rilevato da S. La Rosa, *L'amministrazione finanziaria*, Torino, 1995, pag. 139.

²⁴ Come ad esempio la constatazione della giacenza fisica di rimanenze deperibili.

²⁵ Cfr., in termini, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, III ed., Milano, 1984, vol. II, pagg. 7-8.

al quale informare la disciplina processuale²⁶.

Ma, anche con la vistosa particolarità di un contraddittorio «a due» e non «a tre», per la mancanza per definizione del soggetto giudiziale nella fase procedimentale, va però ricercato un punto di equilibrio dinamico, che consenta all'amministrazione finanziaria ed al soggetto passivo l'esercizio di poteri che si pongano su piani paralleli, tendenti alla realizzazione del contraddittorio, con il duplice obiettivo di ottenere un miglior accertamento del fatto e di consentire la tutela del diritto di difesa anche in sede procedimentale.

L'essenza del contraddittorio nel procedimento tributario potrebbe allora consistere nella possibilità, che dovrebbe essere consentita, di farsi udire dall'organo dell'amministrazione finanziaria competente ad emettere il provvedimento, *cognita re*, prima che sia presa qualsiasi decisione, anche non definitiva, sul comportamento da tenere in merito al provvedimento stesso.

La conoscenza degli elementi di fatto e di diritto, che in tale prospettiva va comunicata dall'amministrazione finanziaria al soggetto passivo, implica allora che, almeno in un determinato momento, *il flusso delle informazioni* – generalmente indirizzato dal soggetto indagato all'amministrazione finanziaria – *si inverta* e che vi sia insomma una forma di pubblicità comunicativa degli elementi in possesso dell'amministrazione finanziaria, soddisfacendo così il diritto all'informazione del contribuente²⁷.

Una siffatta impostazione consentirebbe di evitare, anche nell'ottica del rispetto

²⁶ Per l'ambito processuale civile, per tutti, L.P. Comoglio, *Rapporti civili. Art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, cit..

²⁷ Ciò significa che, se a seguito delle deduzioni rese dal contribuente in esito alla prospettazione a questi degli addebiti a suo carico l'indagine riparte, occorrerà procedere, al termine del supplemento di indagine, ad una nuova prospettazione degli elementi a carico. Per questa ragione non si condivide la soluzione adottata da Cass., sez. V, n. 992 del 21 gennaio 2015, che ha ritenuto assolto l'obbligo di rappresentazione al contribuente ex art. 12, nonostante il processo verbale di constatazione comunicato al contribuente fosse del 2001, l'amministrazione finanziaria avesse poi inviato un questionario nel 2004 e l'atto impositivo fosse del 2005: all'esito dell'istruttoria aggiuntiva effettuata con il questionario si sarebbe dovuta svolgere, a nostro avviso, una nuova fase di contestazione procedimentale.

dei valori costituzionalmente garantiti, che l'amministrazione finanziaria prenda provvedimenti con riferimento ai quali il soggetto passivo sia costretto ad assumere decisioni – ad esempio, in merito alla convenienza o meno dell'acquiescenza, dell'impugnazione ovvero della richiesta di accertamento con adesione – senza che egli sia stato messo compiutamente al corrente di tutte le circostanze di fatto (oltre che delle norme di diritto) considerate e presupposte.

Non si può immaginare, cioè, che l'organo dell'amministrazione finanziaria si ponga come solitario ricercatore della verità, risultando al contrario dallo stesso confronto con i metodi di accertamento processuali e procedurali la preferenza sistematica per i criteri che valorizzano la partecipazione delle parti ed utilizzano il loro apporto cognitivo, se non perennemente nel *contesto di ricerca* di certo costantemente nel *contesto di giustificazione*.

Tale argomentazione non è, in realtà, in contrasto con le pur considerabili esigenze di speditezza degli accertamenti, poiché l'eventuale impiego supplementare di tempo dell'amministrazione finanziaria durante la fase dell'istruttoria procedimentale procura un risparmio di energie (sia da parte dell'amministrazione stessa sia da parte dei contribuenti) nella eventuale fase contenziosa, con un complessivo vantaggio.

Il principio di economia, difatti, deve essere inteso non solo come applicazione del minimo mezzo per raggiungere il soddisfacimento di un obiettivo posto dall'ordinamento processuale, ma, più in generale, come precetto del minimo mezzo nel raggiungimento degli obiettivi della composizione delle liti e della restaurazione dell'ordine sociale violato, che pure l'ordinamento si pone.

Nell'ottica, cioè, di un ambito che ricomprenda sia la fase procedimentale sia quella (eventuale) processuale, la migliore applicazione del principio di economia potrebbe aversi, nell'interpretazione suggerita, predisponendo tutti i mezzi e gli strumenti per evitare la fase processuale.

D'altro canto, è evidente come il diritto di difesa, nel suo contenuto essenziale,

debba ritenersi incomprimibile e non sacrificabile all'interesse fiscale.

Ed allora, perché sia possibile un vero e proprio contraddittorio è necessaria la contemporanea attuazione di due corollari:

- una motivazione che dia conto puntualmente di tutti i profili e che consenta al contribuente l'espletamento della difesa nonché, a tal fine,
- la totale *disclosure* con riferimento agli atti del procedimento.

Insomma facendo sì, per adoperare una locuzione sintetica ma efficace, che trovi attuazione il precetto del contraddittorio «per» la prova anche in ambito procedimentale tributario.

L'attuale secondo comma dell'art. 111 Cost. statuisce che ogni processo debba svolgersi nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale (inserendo per la prima volta nella carta costituzionale il lemma «contraddittorio», il cui principio era in precedenza desunto dall'art. 24 Cost.).

Ma soprattutto – ed è tale profilo a dover essere valorizzato in ambito tributario – il quarto comma dell'art. 111 Cost. stabilisce che il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Come cennato, può ritenersi che tale precetto valga anche in ambito tributario. Difatti, sia le analogie strutturali con il processo penale quanto alla relazione sussistente tra i soggetti ed il fatto oggetto di prova sia i simmetrici rinvii integrativi – ai fini dell'accertamento delle violazioni – delle norme sull'accertamento delle imposte dirette e dell'IVA al codice di procedura penale (artt. 70 del d.p.r. n. 600 del 1973 e 75 del d.p.r. n. 633 del 1972) rendono applicabile la novella costituzionale relativa al processo penale anche all'ambito procedimentale tributario, che si trova quindi a subire indirettamente gli influssi derivanti dai mutamenti delle regole di rito richiamate (ovvero dei suoi principi informatori, come nel caso di specie).

Un'obiezione a tale impostazione potrebbe derivare dalla considerazione del fenomeno probatorio come tipicamente processuale ed assolutamente estraneo alla fase procedimentale: ciò implicherebbe la non applicabilità al procedimento

tributario dell'art. 111, quarto comma, Cost..

Sempre mantenendosi entro un'interpretazione scaturente dall'ordinamento interno, si potrebbe però replicare che il fenomeno di costante «processualizzazione» del procedimento (nell'ottica del perseguimento del duplice obiettivo della garanzia del controllo democratico in via anticipata e della complessiva economicità ed efficienza dell'azione pubblica) implica la proposizione di tematiche strutturalmente tipiche del processo anche in sede procedimentale. Evidentemente, poi, a nessun atto può dar luogo l'amministrazione finanziaria in difetto di elementi probatori acquisiti od assunti sul fatto.

Soprattutto, la (ri)affermazione del principio del contraddittorio da parte del legislatore costituzionale per quanto concerne il processo penale trova un appiglio testuale incontestabile per quello schema e di grande suggestione anche in ambito tributario procedimentale in forza dei rinvii integrativi richiamati.

Quanto meno, allora, il precetto generale portato dal 4° comma dell'art. 111 Cost. potrebbe valere come limite: vale a dire nel senso che, in carenza di contraddittorio (in tutte le fasi), non possa ritenersi formata alcuna prova.

Il concetto della precostituzione delle prove nel procedimento tributario andrebbe allora rivisitato alla luce del precetto di garanzia costituzionale: nessuna prova potrebbe trovare ingresso nel procedimento se non formata nel contraddittorio tra le parti (posticipando lo stesso nel caso di atti irripetibili).

Ed allora l'intero sistema deve esser rivisto assumendo come punti zenitali i due precetti: quello dell'art. 24 Cost. in merito al riconoscimento di un diritto alla prova pieno e quello dell'art. 111 Cost. per quanto concerne la formazione della prova stessa in contraddittorio.

E l'ossequio del principio del contraddittorio nella formazione della prova comporta la verifica del medesimo principio in ogni momento relativo alla formazione stessa, e cioè sia nell'acquisizione o nell'assunzione degli elementi probatori sia nella valutazione degli stessi (ricomprendendo in tale profilo l'esame

dell'ammissibilità e della rilevanza dei mezzi di prova), rimanendo non coinvolta la sola fase della decisione (che non può che essere attribuzione unilaterale dell'amministrazione finanziaria).

Già considerando i soli profili costituzionali e quelli emergenti dall'ordinamento interno, è emersa quindi la difficoltà di concepire l'organo dell'amministrazione finanziaria come un solitario ed autonomo ricercatore della verità dei fatti²⁸²⁹.

Ma occorre a questo punto tener conto degli influssi derivanti dai principi europei, portati dal Trattato di Lisbona e dalla Carta di Nizza-Strasburgo ormai comunitarizzata nonché dalla giurisprudenza europea.

2. L'influsso della sentenza Sopropè della Corte di Giustizia e le conferme della sentenza Kamino e Datema

Sotto il profilo comunitario ed internazionale si rilevano minori incertezze interpretative anche con riferimento alla fase procedimentale.

L'art. 6 del Trattato di Lisbona senza dubbio garantisce i diritti anche sostanziali delle persone. E così pure l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha sinora trovato pacifica applicazione nella tutela del domicilio e della corrispondenza nonché nell'irrogazione delle sanzioni, sebbene non ancora quanto ai tributi.

L'art. 41 della Carta di Nizza-Strasburgo, che ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona ha lo stesso valore giuridico del Trattato stesso, stabilisce il diritto alla buona amministrazione.

²⁸ Per adoperare un'efficace espressione di Beccaria, di recente così rielaborata e riferita al ruolo del giudice nel processo civile continentale da M. Taruffo, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pag. 436, che ha rilevato che il giudice, relativamente ai mezzi di prova la cui assunzione è consentita d'ufficio, deve comunque permettere lo sviluppo del contraddittorio, che significa lasciare alle parti la possibilità di a) contestare la rilevanza e l'ammissibilità, b) partecipare alla loro assunzione, c) poter dedurre prove contrarie e d) poter discutere l'efficacia delle prove d'ufficio, prima della loro assunzione.

²⁹ Per l'affermazione del principio del contraddittorio in sede amministrativa tributaria cfr. L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2010, p. 21 s.

Dai principi comunitari la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha tratto il principio secondo il quale esiste il diritto di essere sentiti nel corso di un procedimento che abbia effetti anche nei confronti delle parti interessate ad esso o che possa sortire effetti lesivi di situazioni soggettive tutelate.

In altri termini, come corollario del diritto di difesa, riconosciuto in ambito comunitario anche nella fase procedimentale, è ravvisato come principio fondamentale del diritto comunitario il diritto ad essere sentiti, anche in mancanza di qualsivoglia norma che contempili espressamente tale diritto, funzionalmente all'esercizio del diritto di difesa medesimo.

In specie, la questione del contraddittorio procedimentale ha trovato il suo punto di svolta nella sentenza del 18/12/2008, emessa dalla Corte di Giustizia nella causa C 349-07 nella causa *Sopropé - Organizações de Calçado Lda* contro *Fazenda Pública*³⁰, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, ed in cui la Corte ha dichiarato che:

1) Per quanto riguarda la riscossione di un debito doganale al fine di procedere al recupero a posteriori di dazi doganali all'importazione, un termine da otto a quindici giorni concesso all'importatore sospettato di aver commesso un'infrazione doganale affinché questi presenti le proprie osservazioni è, in linea di principio, conforme alle prescrizioni del diritto comunitario.

2) Spetta al giudice nazionale adito stabilire se, alla luce delle circostanze particolari della causa, il termine concretamente concesso a detto importatore gli abbia consentito di essere utilmente ascoltato dalle autorità doganali.

3) Il giudice nazionale deve inoltre verificare se, in considerazione del periodo intercorso tra il momento in cui l'amministrazione interessata ha ricevuto le osservazioni dell'importatore e la data in cui ha adottato la sua decisione, sia

³⁰ Corte di Giustizia UE, sez. II, sent. 18 dicembre 2008, causa C-349/07, in *G.T. Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2009, p. 203 s., con nota di A. MARCHESELLI, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale del diritto comunitario*.

possibile o meno ritenere che essa abbia tenuto adeguatamente conto delle osservazioni che le sono state trasmesse.

Le statuizioni della Corte di Giustizia sono di estremo interesse. Anzitutto, esse sono intervenute in assenza di una specifica disposizione comunitaria, riconoscendo il contraddittorio come principio immanente del sistema.

In secondo luogo, hanno riconosciuto che la previsione, da parte dell'ordinamento domestico, di un termine da otto a quindici giorni per presentare osservazioni, in relazione ad un'importazione alla quale aveva dato luogo il soggetto passivo, può anche esser congrua, ma a seconda delle circostanze particolari.

Infine, hanno sottolineato che l'amministrazione fiscale ha l'obbligo di valutare seriamente le osservazioni del soggetto passivo.

In sostanziale conformità si è espressa, pur aggiungendo un elemento che può esser foriero di divergenze, la Corte di Giustizia UE, con la sentenza del 3 luglio 2014, nelle cause riunite C-129/13 e C-130/13, intraprese da *Kamino International Logistics BV* (C-129/13) e *Datema Hellmann Worldwide Logistics BV* (C-130/13) contro *Staatssecretaris van Financiën*, ed aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dallo Hoge Raad der Nederlanden (Paesi Bassi), in relazione al diritto al contraddittorio per il destinatario della decisione di recupero che non è stato sentito dalle autorità doganali prima dell'adozione di tale decisione, bensì nella successiva fase di reclamo.

In questa sentenza la Corte ha concluso che:

1) Il principio del rispetto dei diritti della difesa da parte dell'amministrazione e il diritto che ne deriva, per ogni persona, di essere sentita prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi, quali si applicano nell'ambito del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario, come modificato dal regolamento (CE) n. 2700/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16

novembre 2000, possono essere fatti valere direttamente, dai singoli, dinanzi ai giudici nazionali.

2) Il principio del rispetto dei diritti della difesa e, segnatamente, il diritto di ogni persona di essere sentita prima dell'adozione di un provvedimento individuale lesivo, devono essere interpretati nel senso che, quando il destinatario di un'intimazione di pagamento adottata a titolo di un procedimento di recupero a posteriori di dazi doganali all'importazione, in applicazione del regolamento n. 2913/92, come modificato dal regolamento n. 2700/2000, non è stato sentito dall'amministrazione prima dell'adozione di tale decisione, i suoi diritti della difesa sono violati quand'anche abbia la possibilità di fare valere la sua posizione nel corso di una fase di reclamo amministrativo ulteriore, se la normativa nazionale non consente ai destinatari di siffatte intimazioni, in mancanza di una previa audizione, di ottenere la sospensione della loro esecuzione fino alla loro eventuale riforma. È quanto avviene, in ogni caso, se la procedura amministrativa nazionale che attua l'articolo 244, secondo comma, del regolamento n. 2913/92, come modificato dal regolamento n. 2700/2000, limita la concessione di siffatta sospensione allorché vi sono motivi di dubitare della conformità della decisione impugnata alla normativa doganale, o si debba temere un danno irreparabile per l'interessato.

3) Le condizioni in cui deve essere garantito il rispetto dei diritti della difesa e le conseguenze della violazione di tali diritti rientrano nella sfera del diritto nazionale, purché i provvedimenti adottati in tal senso siano dello stesso genere di quelli di cui beneficiano i singoli in situazioni di diritto nazionale comparabili (principio di equivalenza) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività).

Tuttavia, quest'ultima sentenza ha aggiunto una statuizione che potrebbe dar luogo ad ambiguità, affermando che il giudice nazionale, avendo l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, può, nel valutare le conseguenze di

una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, tenere conto della circostanza che una siffatta violazione determina l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe potuto comportare un risultato diverso.

La Corte in tal modo ha aperto uno spiraglio ad un'interpretazione che, se si affermasse, sminuirebbe lo stesso valore del contraddittorio, derubricandolo da principio in sé, atto a tutelare il diritto di difesa, a criterio subordinato alla dimostrazione che il risultato sarebbe stato differente.

E non si comprende ad opera di chi dovrebbe avvenire tale dimostrazione. Ove mai si reputi che l'onere gravi sul contribuente, si avrebbe il risultato di chiedere ad un soggetto di fornire una dimostrazione di utilità di una fase di previa esposizione delle contestazioni, senza che queste contestazioni gli siano rese. E ciò sarebbe una evidente lesione del diritto di difesa.

3. La sentenza n. 18184 del 2013 delle Sezioni Unite sulla discussa questione delle conseguenze derivanti dall'inosservanza delle regole previste dall'art. 12, ultimo comma, dello Statuto dei diritti del contribuente

Le spinte garantiste che hanno portato all'emanazione dello Statuto dei diritti del contribuente (legge n. 212 del 2000) hanno anche fatto sì che esso includesse nel suo ambito una forte disposizione circa le verifiche fiscali; che è stata ampiamente ispirata all'art. 16 del libro delle procedure fiscali francesi.

Così, l'art. 12, ultimo comma, ha stabilito, per quel che riguarda il tema in esame, che "nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori" e che "l'avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del

predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza.”

Sono ben note le questioni interpretative che si sono poste in relazione a questa disposizione, che, mediante il richiamo ad un atto non tipizzato (non esisteva e non esiste un “processo verbale di chiusura”), ha inteso riconoscere in capo al contribuente il diritto al contraddittorio procedimentale al termine di ogni indagine, comunque si sia denominato l’atto conclusivo.

Difettando una sanzione espressa di nullità, l’attenzione della giurisprudenza si è focalizzata anzitutto sulla necessità o meno di concludere per l’annullamento dell’atto impositivo successivo ad una verifica in relazione alla quale al contribuente sia stata negata la possibilità di conoscere, al termine della fase delle indagini ed ancora nel procedimento, gli addebiti che gli erano mossi.

Inoltre, ci si è domandati se tra i “casi di particolare e motivata urgenza” potesse essere inclusa l’imminente scadenza dei termini di accertamento (e si è risposto in senso negativo).

La questione della nullità o meno dell’atto impositivo in caso di inosservanza del precetto di cui all’art. 12, ultimo comma, dello Statuto dei diritti del contribuente, è stata risolta dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 18184 del 29 luglio 2013³¹.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione si era divisa in tre diversi indirizzi³².

In un primo indirizzo rientravano quelle sentenze che avevano cassato con rinvio le sentenze di merito che avevano annullato gli atti impositivi, rilevando la mancanza del controllo della rispondenza della motivazione degli atti rispetto alle ragioni che

³¹ Su cui v. G. Tabet, *Spunti controcorrente sulla invalidità degli accertamenti “ante tempus”*, in *G.T. Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2013, p. 853 s.; F. Tesaurò, *In tema di invalidità dei provvedimenti impositivi e di avviso di accertamento notificati ante tempus*, in *Rass. Trib.*, 2013, p. 1144 s.

³² La catalogazione è stata ripresa dall’ordinanza della Corte di Cassazione, sez. trib., n. 7318 dell’11 maggio 2012, che ha rimesso gli atti alle Sezioni Unite per dirimere il contrasto giurisprudenziale. Ovviamente anche la giurisprudenza di merito aveva avuto analoghe divisioni: per un riepilogo cfr. A. Colli Vignarelli, *La Cassazione si pronuncia in modo discordante in tema di invalidità dell’accertamento per violazione del contraddittorio anticipato*, in *Rass. Trib.*, 2012, p. 453 s., nota 23.

avevano determinato l'urgenza ed avevano indotto l'amministrazione finanziaria all'emissione anticipata degli atti stessi³³.

Secondo un altro orientamento, che aveva attribuito valore decisivo alla mancanza della espressa previsione di nullità nello Statuto dei diritti del contribuente, la violazione dell'art. 12 dello Statuto avrebbe dato luogo a mera irregolarità, poiché il contraddittorio procedimentale non sarebbe consistito in una garanzia indefettibile³⁴.

Ed infine un terzo indirizzo aveva riconosciuto che il termine dilatorio in esame ha funzione di garanzia per il contribuente e conseguentemente aveva già deciso che la sua lesione provoca un vizio che invalida l'atto impositivo successivo³⁵.

Nel frattempo la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 244 del 24 luglio 2009, ha rigettato l'eccezione di incostituzionalità ex artt. 24 e 111 Cost. dell'art. 12, comma 7, della legge n. 212 del 2000³⁶, poiché il giudice remittente avrebbe dovuto valutare la questione della legittimità dell'avviso di accertamento non rispettoso dell'obbligo di motivazione, anche sotto il profilo dell'urgenza, alla luce del combinato

³³ Si tratta, ad esempio, di Cass., sez. trib., n. 22.320 del 3 novembre 2010 con nota di A. RENDA, *La nullità degli atti impositivi che non esplicitano le ragioni della soppressione del contraddittorio preventivo*, in *G.T. Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2011, p. 213 s., Cass., sez. trib., n. 10.381 del 12 maggio 2011, Cass., sez. VI, ord. n. 11.347 del 5 luglio 2012, Cass., sez. trib., n. 4.687 del 23 marzo 2012.

³⁴ Cfr. Cass., sez. trib., ord. n. 3.988 del 18 febbraio 2011, Cass., sez. trib., n. 21.103 del 13 ottobre 2011 con nota di A. RENDA, *L'impossibilità di esercitare il diritto al contraddittorio anticipato non determina l'invalidità dell'atto impositivo*, in *G.T. Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2011, p. 1028 s., Cass., sez. trib., n. 11.944 del 13 luglio 2012, Cass., sez. trib., n. 16.557 del 28 settembre 2012, Cass., sez. trib., n. 16.992 del 5 ottobre 2012.

³⁵ Così Cass., sez. trib., n. 6.088 del 15 marzo 2011 (che si veda anche per il riconoscimento della qualifica di processo verbale di chiusura, di cui all'art. 12 dello Statuto, a due verbali meramente descrittivi dell'accesso, ai quali non erano seguiti altri atti del procedimento portati a conoscenza del contribuente), Cass., sez. trib., n. 18.906 del 16 settembre 2011, con nota di A. COLLI VIGNARELLI, *La Cassazione si pronuncia in modo discordante in tema di invalidità dell'accertamento per violazione del contraddittorio anticipato*, in *Rass. Trib.*, 2012, p. 453 s., Cass., sez. V, ord. n. 29.156 del 28 dicembre 2011, Cass., sez. trib., n. 16.999 del 5 ottobre 2012, Cass., sez. trib., n. 5.652 del 9 marzo 2011.

³⁶ Sul tema cfr. A. MARCHESELLI, *Nullità degli avvisi di accertamento senza contraddittorio con il contribuente*, in *Corr. Trib.*, 2009, p. 2915 s., M. BASILAVECCHIA, *Quando le ragioni di urgenza possono giustificare l'anticipazione dell'accertamento?*, in *Corr. Trib.*, 2010, p. 3969s., M. BRUZZONE, *Diritto al contraddittorio preventivo e motivazione del provvedimento impositivo nell'interpretazione adeguatrice "suggerita" dalla Consulta*, in *G.T. Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2010, p. 121 s.

disposto degli artt. 12 della legge 212 del 2000, 7, comma 1, della stessa legge, e 3 e 21-septies della legge 241 del 1990, come modificata nel 2005.

Avendo la Corte costituzionale adottato un'ordinanza di inammissibilità per insufficiente sforzo interpretativo e non una decisione interpretativa di rigetto, essa non ha assunto valore vincolante né per il giudice remittente né, tanto meno, per gli altri giudici³⁷, pur costituendo un autorevole precedente. Ed ogni indirizzo giurisprudenziale ha quindi incidentalmente fornito una propria interpretazione, coerente con il risultato raggiunto.

Le Sezioni Unite hanno risolto le divergenze interpretative concludendo per l'illegittimità dell'avviso di accertamento emesso antecedentemente al decorso del termine di sessanta giorni dal rilascio della copia del processo verbale di chiusura, contemplato dall'art. 12, ultimo comma, dello Statuto dei diritti del contribuente.

Anzitutto, la Corte ha ricordato che lo Statuto, sebbene abbia rango di legge ordinaria, in virtù della speciale clausola rafforzativa di autoqualificazione delle disposizioni stesse come attuative delle norme costituzionali richiamate e come principi generali del diritto, dell'attività amministrativa e dell'ordinamento tributario, ha il compito di assicurare che l'azione amministrativa sia esercitata in senso garantistico ed esprima principi immanenti nell'ordinamento tributario, da reputarsi vigenti anche prima dell'entrata in vigore dello Statuto medesimo.

E, nella sentenza a Sezioni Unite n. 18184 del 2013 la Corte è giunta, condivisibilmente, a riconoscere il ruolo cardine che l'art. 12 assume nei rapporti tra contribuente e Fisco, sottolineando che in esso sono disciplinati i diritti e le garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, dapprima sottolineando il profilo collaborativo cui la norma è sottesa (anche come diretta applicazione dell'art. 97

³⁷ Come rilevato da G. TABET, *La sospensione del potere impositivo per 60 giorni tra interpretazione adeguatrice e diritto vivente*, in *G.T. Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2011, p. 926. Cfr. anche G. TABET, *Ancora incerta la sorte degli accertamenti emessi prima del termine di sessanta giorni*, in *Corr. Trib.*, 2011, p. 3693 s.

Cost.³⁸, 53 Cost. e 3 Cost.), e quindi più opportunamente mettendo a fuoco il vero punto centrale: il contraddittorio procedimentale, rispetto al quale ha rimarcato il generale riconoscimento che la giurisprudenza e la dottrina³⁹ hanno espresso.

Non pare un caso, peraltro, che la prima sentenza citata dalle Sezioni Unite in questo arresto a conferma dell'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla valorizzazione del contraddittorio procedimentale è proprio la sentenza *Sopropè*, emessa dalla Corte di Giustizia UE nel 2008, in precedenza ricordata, assunta correttamente quale paradigma dei comportamenti che le amministrazioni finanziarie dei Paesi membri dell'UE devono tenere, consentendo al contribuente di far valere le proprie osservazioni in procedimenti tributari dai quali possano scaturire conseguenze negative per il suo patrimonio.

Quindi, la Corte ha citato anche i suoi precedenti in tema di accertamenti emessi con il metodo dei parametri o degli studi di settore⁴⁰, ove pure mancava ogni espresso riferimento all'indefettibilità del contraddittorio procedimentale, ed a proposito di invii di questionari al contribuente sottoposto ad accertamento⁴¹. Ed, infine, ha affermato che, nel sistema comunitario e nazionale in cui la norma opera, il vizio nel procedimento tributario si traduce in una inaccettabile divergenza dal modello normativo.

La Corte non ha preso invece posizione sulla questione dell'inquadramento della violazione nel novero delle nullità ex art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, risolvendo altrimenti la questione interpretativa sottoposta.

Il fulcro esattamente individuato dalla Corte consiste, invece, nelle garanzie del

³⁸ E quindi la Corte si è posta in dialogo con la dottrina (G. TABET, *Ancora incerta la sorte degli accertamenti emessi prima del termine di sessanta giorni*, in *Corr. Trib.*, 2011, p. 3695), che aveva avvisato che la conclusione dell'illegittimità dell'avviso di accertamento emesso prima del termine poteva esser raggiunta solo premettendo che il principio della collaborazione e del contraddittorio anticipato tra contribuente ed amministrazione finanziaria sia desumibile direttamente dall'art. 97 Cost.

³⁹ Per tutti, si veda G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009.

⁴⁰ Cass., S.U., n. 26.635 del 18 dicembre 2009

⁴¹ Cass., sez. trib., n. 28.049 del 30 dicembre 2009

contribuente⁴², viste nella prospettiva comunitaria.

Tali garanzie sono evidentemente incompressibili⁴³, una volta terminata l'esigenza della segretezza delle indagini, giacché il contribuente ben può subire lesioni a seguito del provvedimento tributario emesso nei suoi confronti. Difatti, dopo la conclusione delle indagini, il contribuente potrebbe reputare opportuno compiere anche atti di disposizione del suo patrimonio mediante adesione ad una delle tante forme di definizione agevolata esistenti nell'attuale momento storico. Ed è chiaro che allo stesso contribuente deve esser consentito prendere le proprie decisioni una volta che sia stato informato degli addebiti a suo carico e che gli sia stata data la possibilità di fornire il proprio (interessato) apporto cognitivo nel contraddittorio procedimentale.

Per completezza di esposizione occorre precisare ancora che non si può ritenere che l'accertamento emesso prima del termine sia riconducibile a nullità ex art. 21 septies della legge 241 del 1990 poiché si risolverebbe in un difetto di motivazione dell'atto e sotto tale profilo rientrerebbe in un difetto degli elementi essenziali, intendendosi per tali anche le risultanze dell'istruttoria, di cui all'art. 3 della stessa legge n. 241 del 1990. Difatti, nell'art. 7 dello Statuto, il richiamo all'art. 3 della legge n. 241 è stato accompagnato dalla deprecabile ripetizione dei requisiti dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche, portando a ritenere non necessaria l'ulteriore esposizione delle risultanze dell'istruttoria tributaria. L'applicazione analogica dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 trova quindi ostacolo in una dizione espressa, che parrebbe esprimere una volontà contraria⁴⁴.

⁴² Sulla funzione di garanzia svolta dal processo verbale di chiusura v. M. PIERRO, *Rilevanza procedimentale del processo verbale di constatazione e tutela del contribuente*, in *Rass. Trib.*, 2013, p. 125.

⁴³ Nello stesso senso Cass. sez. V n. 7843 del 17 aprile 2015 per il caso di mancato rilascio del processo verbale di chiusura delle operazioni di verifica.

⁴⁴ Pur non mancando argomentazioni, sebbene non unanimemente condivise, per sostenere la tesi dell'applicazione analogica: cfr. S. MULEO, *Contributo allo studio del sistema tributario nel procedimento di accertamento*, Torino, 2000, p. 357 s.

Più suggestivo appare il tentativo di ricomprendere la violazione in esame nelle nullità ex art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 sotto il profilo della carenza di potere⁴⁵ che vizierebbe l'atto emesso prima del termine. Ma questa tesi parte dal presupposto che la carenza di potere in concreto, storico motivo di annullabilità dell'atto amministrativo, dia luogo a difetto assoluto di attribuzione; e tale affermazione è poco condivisibile⁴⁶.

E, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., non c'è dubbio che il principio di diritto stabilito dalla Suprema Corte vincoli gli interpreti⁴⁷.

4. L'apertura alle ipotesi in cui la previsione normativa difettesse totalmente: l'importanza delle sentenze gemelle della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 19667 e 19668 del 2014

Proseguendo quell'opera di "dialogo tra Corti" felicemente avviata negli ultimi

⁴⁵ G. MARONGIU, *Contribuente più tutelato nell'interazione con il Fisco anche prima dell'avviso di accertamento*, in *Corr. Trib.*, 2011, p. 1721, F. TUNDO, *Validità dell'avviso di accertamento emesso "ante tempus": i difformi orientamenti richiedono l'intervento delle Sezioni Unite*, in *G.T. Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2012, p. 679. Anche A. FANTOZZI, *Violazioni del contraddittorio e invalidità degli atti tributari*, in *Riv.dir. trib.*, 2011, I, p. 157, ha concluso per l'invalidità/annullabilità dell'atto, ma solo se si dovesse ritenere l'essenzialità delle norme sulla partecipazione del privato, anche in funzione dell'interesse generale. Sul tema v. pure P. RUSSO, *Le conseguenze del mancato rispetto del termine di cui all'art. 12, ultimo comma, della legge n. 212 del 2000*, in *Riv. Dir. trib.*, 2011, I, p. 1085. In senso contrario all'applicazione dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 quale regola dalla quale far scaturire ipotesi di nullità v. F. PISTOLESI, *La "invalidità" degli atti impositivi in difetto di previsione normativa*, in *Riv. Dir. trib.*, 2012, p. 1131 s.

⁴⁶ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2012, p. 487, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 536 s. Per F. TESAURO, *L'invalidità dei provvedimenti impositivi*, in *Boll. Trib.*, 2005, p. 1446, il difetto assoluto di attribuzione sussiste allorquando l'atto impositivo è emesso da un ufficio privo della funzione impositiva esercitata; occorre insomma che sussista carenza di potere in astratto e non in concreto.

⁴⁷ Meravigliano, quindi, le quasi immediate sentenze divergenti della giurisprudenza della Suprema Corte di poco posteriori alla sentenza a Sezioni Unite, come Cass., sez. trib., ord. n. 24739 del 05 novembre 2013 (per il tentativo di depotenziare l'art. 37 bis, comma quarto, d.p.r. n. 600 del 1973 nonché di reputar non grave la concessione del termine di giorni cinquantaquattro in luogo dei sessanta previsti dalla legge) e Cass., sez. trib., n. 25515 del 13 novembre 2013 (per la ritenuta non applicazione dell'art. 12, u.c., dello Statuto per le sanzioni tributarie e per i soggetti a carico dei quali siano emessi atti impositivi in conseguenza di verifiche effettuate a terzi, su cui gli accertamenti sono basati). Tali sentenze non hanno avuto seguiti significativi nella giurisprudenza della Suprema Corte.

tempi, la Corte di Cassazione con le sentenze n. 19667 e n. 19668 del 18 settembre 2014 ha quindi ribadito l'esistenza del diritto al contraddittorio procedimentale anche qualora le leggi d'imposta non abbiano per nulla previsto tale facoltà, come è avvenuto nel caso dell'iscrizione di ipoteca ex art. 77 d.p.r. n. 602 del 1973 a garanzia dei crediti tributari.

In queste sentenze è significativamente sottolineata la portata generale del principio del contraddittorio procedimentale, principio che la Corte ha tratto direttamente dai principi generali comunitari, ed in specie dal principio della buona amministrazione portato dall'art. 41 della Carta di Nizza-Strasburgo, concludendo per la nullità dell'atto impositivo non preceduto dal contraddittorio.

E condivisibilmente la Corte non ha subordinato la tutela del diritto al contraddittorio alla prova di resistenza circa quella che sarebbe stata in concreto l'utilità del contraddittorio medesimo: il diritto al contraddittorio è stato tutelato in sé, evitando di ricadere nella tentazione di seguire tesi riduttive.

In altri termini, per le sentenze nn. 19667 e 19668 del 2014 la mancata instaurazione del contraddittorio procedimentale costituisce una immediata lesione del diritto del contribuente ed è superfluo cercare di individuare se l'eventuale contraddittorio sarebbe stato utile o meno.

Risulta in tal modo non seguita dalla Suprema Corte l'equivoca indicazione della Corte di Giustizia nella sentenza Kamino e Datema, sopra ricordata, secondo cui il giudice nazionale "può" tenere conto della mancanza del contraddittorio, ai fini dell'annullamento dell'atto impositivo, solo se ritiene che, in mancanza di tale irregolarità, il risultato sarebbe stato diverso⁴⁸.

⁴⁸ La tesi svalutativa è stata seguita solo parzialmente in dottrina da A. MARCHESELLI, *Il contraddittorio va sempre applicato ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 2536 s., secondo il quale chi eccepisce la violazione del contraddittorio avrebbe semplicemente l'onere di allegare che, se il contraddittorio vi fosse stato, egli avrebbe detto qualcosa (e quindi non anche l'onere di dimostrare che il risultato sarebbe stato diverso). Nemmeno questa versione della tesi svalutativa è in realtà convincente, perché le garanzie non sono valutabili a posteriori in base agli effetti delle lesioni.

Ed è peraltro significativo che le sentenze nn. 19667 e 19668, come è stato sottolineato⁴⁹, abbiano interrotto l'evoluzione casistica ed abbiano affermato che si deve applicare un principio generale, ritenuto immanente al sistema, che supera le eccezioni precedentemente effettuate.

5. I problemi aperti: a. l'applicabilità del principio nel caso di verifiche effettuate presso la sede dell'amministrazione finanziaria: l'ordinanza n. 527 del 15 gennaio 2015 della Corte di Cassazione di rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Come si è detto, le Sezioni Unite si sono pronunziate con la sentenza n. 18184 del 2013 affermando l'obbligatorietà del contraddittorio ex art. 12, ultimo comma, della legge n. 212 del 2000 in un procedimento nel quale erano state effettuate verifiche *in situ* mediante accessi, ispezioni o verifiche; e difatti anche nello stesso principio di diritto sono richiamate tali fattispecie.

Si è posto però il problema dell'applicazione di tale principio anche per le verifiche effettuate in ufficio.

La questione ha iniziato a trovare soluzioni positive nella giurisprudenza di merito, che si è pronunziata in tal senso vuoi in base ad applicazioni analogiche⁵⁰ ricorrendo a non condivisibili ricostruzioni letterali includenti il testo della *rubrica legis*⁵¹.

Un significativo passo in avanti nella definizione della problematica è giunto di recente ad opera della ordinanza n. 527 del 14 gennaio 2015 della Corte di

⁴⁹ Cfr. M. CICALA, *Attività di accertamento e contraddittorio amministrativo: verso un nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Boll. Trib.*, 2015, p. 90

⁵⁰ Comm. Trib. Prov. di Milano n. 126 del 10 maggio 2010, Commissione Tributaria Provinciale di Cosenza, n. 380 del 14 maggio 2012; nonché Comm. Trib. Reg. Lombardia n. 38 del 23 febbraio 2011 (sulla necessità dell'ossequio dell'art. 12 dello Statuto anche in caso di accessi brevi), Comm. Trib. Reg. n. 118/19/13 del 29 ottobre 2013 (sull'applicabilità dell'art. 12, u.c., anche in caso di accessi brevi).

⁵¹ Così Commissione tributaria primo grado Trento n. 7 del 7 febbraio 2011, che ha sopravvalutato la *rubrica legis*, che menziona le verifiche fiscali in genere, rispetto al testo dell'art. 12, che disciplina in tutto l'articolo le verifiche fiscali effettuate nei locali del contribuente.

Cassazione.

Con essa la Sesta Sezione della Corte ha ripercorso i momenti più significativi della giurisprudenza della Corte stessa, ha richiamato la sentenza n. 19667 del 2014, sottolineandone i passaggi più significativi e mettendo in evidenza sia il principio colà stabilito circa la portata generale del contraddittorio procedimentale sia i corollari che dallo stesso derivano.

Ed ha quindi rimesso la questione alle Sezioni Unite, giacché la Sezione remittente ha avuto perplessità circa la tesi secondo cui anche gli avvisi di accertamento conseguiti a verifiche effettuate nella sede dell'Ufficio e non preceduti da contraddittorio procedimentale sarebbero nulli per due ragioni:

a) Permarrebbero significative incertezze in ordine ai limiti di applicazione del principio stesso;

b) L'eventuale riaffermazione dell'esistenza dell'obbligo di attivazione di un contraddittorio procedimentale da parte dell'amministrazione finanziaria postulerebbe la precisazione delle concrete modalità di esplicazione del contraddittorio e degli effetti dell'eventuale inosservanza di tali modalità.

Le incertezze della Sezione remittente possono probabilmente essere però superate.

Per quanto concerne il primo profilo, per restare in una stretta interpretazione costituzionalmente orientata, i dubbi circa l'applicazione degli artt. 24 e 97 Cost. alla fase procedimentale ed alla derivazione da essi dell'obbligo di instaurare il contraddittorio anche in assenza di una norma espressa⁵² possano esser dissolti ricorrendo all'interpretazione analogica rispetto alla fattispecie regolata dall'art. 12, ultimo comma, della legge n. 212 del 2000 per le verifiche *in loco* (ipotesi peraltro esaminata dalla stessa Corte allorquando ha cercato di ipotizzare una ricostruzione del sistema, per il caso in cui le Sezioni Unite risolvano in senso positivo il dilemma

⁵² E si osservi come, nel prosieguo, la Sezione remittente abbia specificato di riconoscere il nesso tra contraddittorio procedimentale e la tutela dei valori presidiati dagli artt. 24 e 97 della Costituzione.

circa l'obbligatorietà del contraddittorio anche per le verifiche "a tavolino"). La perplessità della Sezione parrebbe consistere nell'impossibilità di creare una norma derivandola dai principi costituzionali; ma, come appena detto, l'applicazione dell'interpretazione analogica dovrebbe risolvere il dubbio. Né si potrebbe desumere, come ulteriore argomento *a contrario*, che la previsione del contraddittorio procedimentale nella legge delega n. 23 dell'11 marzo 2014 possa confermare l'attuale inesistenza dell'obbligo stesso, anzitutto poiché, come di recente specificato⁵³, non si tratta di norma di interpretazione autentica ed in secondo luogo perché trattarsi di un caso in cui la legislazione "segue" la giurisprudenza.

Il dubbio è poi definitivamente dissolto, come la stessa Sezione ha ipotizzato, operando un'interpretazione adeguata ai principi europei: movendosi dagli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza-Strasburgo, in sede processuale, e dall'art. 41, in sede procedimentale, si desume il diritto al contraddittorio per ogni individui prima che nei suoi confronti sia posto in essere un provvedimento lesivo. E la Sezione pare sottoporre alle Sezioni Unite per mero scrupolo il dubbio circa l'applicabilità delle regole comunitarie anche ai tributi non armonizzati, poiché essa stessa ha rilevato fondatamente che sarebbe stridente e forse illegittima costituzionalmente una disparità di trattamento tra tributi armonizzati e tributi che non lo sono.

Anche il secondo dubbio, circa le modalità da seguire per il caso di riconoscimento dell'esistenza del contraddittorio procedimentale in ogni caso, può esser risolto, come la Sezione ha ipotizzato, ricorrendo all'applicazione analogica della regola stabilita dall'art. 12 dello Statuto, che contempla ipotesi tipiche, ma che non hanno le caratteristiche di fattispecie eccezionali⁵⁴; e quindi ammettendo la ricorrenza dell'obbligo di attendere sessanta giorni dalla comunicazione al contribuente del processo verbale di chiusura e valutando motivatamente le

⁵³ Cfr. M. CICALA, *op. cit.*, p. 94

⁵⁴ Era la soluzione che avevamo ipotizzato, commentando la sentenza n. 18184 del 2013: cfr. S. MULEO, *Avvisi di accertamento "ante tempus" e vizi dell'atto*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2013, n. 4, pp. 996 - 1005.

eventuali deduzioni presentate dallo stesso entro tale termine⁵⁵.

Si è posta infine la Sezione la domanda circa quale siano le conseguenze derivanti dall'eventuale mancato ossequio del contraddittorio procedimentale nel caso delle verifiche "a tavolino" e, sulla suggestione della sentenza nella causa C-129/13 Kamino della Corte di Giustizia ha ipotizzato, non senza esitazioni, che si possa distinguere tra i casi in cui il contribuente eccepisca nel successivo giudizio che in sede di contraddittorio avrebbe allegato ragioni serie ed i casi in cui opponga ragioni meramente pretestuose, concludendo per l'annullamento solo nella prima ipotesi.

La soluzione, a nostro avviso, non può prescindere dalla disciplina stabilita dalla norma interna per le verifiche effettuate mediante accessi ed ispezioni. Una volta stabilita l'applicazione analogica dell'art. 12 dello Statuto⁵⁶, ci pare necessario adottare anche per le verifiche "a tavolino" l'interpretazione giurisprudenziale che in termini di conseguenze hanno effettuato le Sezioni Unite con la sentenza n. 18184 del 2013. Peraltro, l'ultima indicazione della sentenza Kamino (circa la facoltà del giudice di annullare l'atto impositivo se in mancanza dell'irregolarità ci sarebbe stato un risultato diverso) non pare costituire un limite per il giudice nazionale, ma, trattandosi per l'appunto di diritti della difesa, denotare il *minimum standard* da riconoscere, ferma restando la maggior tutela che gli ordinamenti domestici dovessero giungere a riconoscere⁵⁷; come si desume anche dall'uso del verbo "può"

⁵⁵ E' chiaro che da ciò deriva l'obbligo per l'amministrazione finanziaria di inviare al contribuente un atto dal quale emergano le contestazioni che allo stesso intende rivolgere con il successivo atto impositivo.

⁵⁶ E Cass. sez. VI n. 4543 del 5 marzo 2015 condivisibilmente ha spiegato che non occorre verificare se il mancato rispetto del termine di sessanta giorni abbia o meno determinato una effettiva compressione del diritto di difesa del contribuente, provocando esso comunque una lesione del contraddittorio tale da far derivare l'illegittimità dell'atto impositivo successivo. In senso conforme Cass., sez. V, n. 406 del 14 gennaio 2015 e Cass. sez. V n. 7843 del 17 aprile 2015. Si veda anche Cass., sez. V, n. 25759 del 5 dicembre 1979.

⁵⁷ Così testualmente il punto 82 della sentenza Kamino: "Il giudice nazionale, avendo l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, può, nel valutare le conseguenze di una violazione dei diritti della difesa, in particolare del diritto di essere sentiti, tenere conto della circostanza che una siffatta violazione determina l'annullamento della decisione adottata al termine del procedimento amministrativo di cui trattasi soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, tale procedimento avrebbe

e non di quello “deve” nella cennata sentenza Kamino.

Si deve poi rilevare che le garanzie non si possono giudicare a posteriori, poiché ciò significherebbe sminuire, se non addirittura azzerare, il loro valore: esse o operano o non operano⁵⁸.

Senza affaticarsi nella valutazione *ex post* di ciò che avrebbe potuto dire il contribuente, a nostro avviso anche per le verifiche “a tavolino” va applicata quindi la medesima disciplina⁵⁹, illustrata quanto agli effetti dalla sentenza n. 18184 del 2013 delle Sezioni Unite, prevista dall’art. 12 della legge n. 212 del 2000.

6. Segue: b. è sufficiente l’audizione del contribuente perché sia instaurato un valido contraddittorio? È necessaria l’audizione orale?

Può esser utile accennare, pur sinteticamente, a due minori profili applicativi.

Il primo riguarda un possibile equivoco, che potrebbe derivare dall’assimilazione dell’audizione del contribuente o dell’invio di un atto dell’indagine con la nozione di contraddittorio procedimentale.

Come si è detto in precedenza, perché si espliciti un corretto contraddittorio procedimentale deve accadere che l’audizione del contribuente avvenga *cognita re*, vale a dire dopo che è stata messo al corrente degli addebiti emergenti a seguito

potuto comportare un risultato diverso.”

⁵⁸ E’ evidente la pericolosità di un ragionamento che porti a reputare sussistente una garanzia a seconda dell’utilità di quel che sarebbe accaduto se essa fosse stata rispettata. Si consideri, ad esempio, il caso delle indagini effettuate nel domicilio del contribuente: seguendo lo stesso ragionamento, si giungerebbe a reputare l’autorizzazione del Procuratore della Repubblica come non indispensabile o come surrogabile da valutazioni successive. E ciò evidentemente cancellerebbe la norma di garanzia.

⁵⁹ Non si condivide pertanto la statuizione di Cass. sez. V n. 26493 del 17 dicembre 2014 (e quindi antecedente all’ordinanza di rimessione n. 527 del 2015 alle Sezioni Unite), secondo cui le garanzie dell’art. 12 dello Statuto sussistono per il contribuente sottoposto a verifica, ma non anche per il terzo nei confronti del quale siano emersi dalla stessa verifica dati, informazioni ed elementi utili per l’emissione di un avviso di accertamento nei suoi confronti. Il risultato, difatti, sarebbe paradossale: mentre il contribuente sottoposto a controllo avrebbe frammenti di informazioni reputati insufficienti dall’ordinamento, l’altro contribuente non avrebbe nessuna informazione sino alla ricezione dell’atto impositivo. E ciò appare fortemente stridente.

dell'istruttoria procedimentale. La comunicazione delle contestazioni al contribuente è essenziale al fine di segnare il confine tra *contesto di ricerca* (fase delle indagini) e *contesto di verifica* (fase delle giustificazioni). Solo in tal modo, peraltro, si riesce a stimolare il contribuente alla produzione anticipata delle giustificazioni, che altrimenti renderà nel processo, e ad ottenere quell'obiettivo della riduzione dei processi che insieme con la tutela del contribuente anche nella fase procedimentale costituisce lo scopo di tale contraddittorio.

Ben può avvenire, quindi, che il contribuente sia "sentito", ed anche più volte, dall'amministrazione finanziaria nel corso delle indagini, ma, perché vi sia effettivamente un contraddittorio procedimentale, occorre che al termine della fase delle indagini si proceda previamente all'inversione del flusso delle informazioni, che andranno quindi dall'amministrazione finanziaria al contribuente, e si dia allo stesso la possibilità di illustrare la propria versione dei fatti.

Ciò introduce al secondo profilo.

Lo stesso adattamento alla fase procedimentale di un requisito processuale potrebbe indurre a risentire dell'insegnamento chiovendiano in tema di oralità, che l'insigne Autore ha delineato quale connotato capace di per sé di migliorare l'efficienza e l'economicità del processo⁶⁰, e che è stato certamente rilevante anche sulla stessa redazione del codice di procedura civile del 1940 e di quelli successivi.

L'oralità, intesa come caratteristica prevalente rispetto alla scrittura in un sistema misto⁶¹, significava che la conoscenza del soggetto decidente (il giudice, nello schema processuale) delle attività processuali doveva avvenire in base all'impressione da esso stesso ricevuta, potendo essere solamente «rinfrescata» dalle scritture, richiedendo per la sua piena applicazione l'identità fisica del giudice

⁶⁰ Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1928, pag. 677 e segg.

⁶¹ Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pag. 679; in senso conforme, P. Calamandrei, *Oralità nel processo*, ora in Id. (a cura di M. Cappelletti), *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, pag. 450.

della causa, la concentrazione di essa e l'inappellabilità delle interlocutorie.

Il tutto in correlazione più⁶² o meno⁶³ stretta con il principio di immediatezza, nell'ottica di un contrappeso all'impianto inquisitorio del processo ed al fine di rendere più trasparente e più controllabile l'istruttoria processuale e di migliorare la dialettica probatoria tra le parti e tra queste ed il giudice.

Non pare che l'oralità faccia parte in questo momento storico delle garanzie fondamentali della maggioranza dei paesi europei quanto al processo. E certamente non ne fa parte quanto al procedimento (si veda, in proposito, la stessa sentenza Sopropè, ove è chiaramente affermato che al contribuente può anche esser data facoltà di essere "sentito" per iscritto).

Peraltro, al termine della fase delle indagini, le scritture meglio rispondono al requisito della controllabilità e meglio aiutano a sviluppare razionalmente le affermazioni sull'accaduto, consentendo quell'economia dell'azione amministrativa che è pure garantita dall'art. 97 Cost..

Proprio nella dottrina chiovendiana, il vantaggio dell'oralità pare desumersi in tema di valutazione delle dichiarazioni di qualcuno, poiché il soggetto decidente può trarre dal contatto diretto maggiori elementi di valutazione ai fini dell'attendibilità delle asserzioni svolte. Ma quando le indagini sono ultimate e le giustificazioni sono poggiate massimamente su documenti, come avviene nella materia tributaria usualmente, il requisito dell'oralità può cedere il passo alla scrittura.

Non è detto, quindi, che l'«ascolto» delle parti ai fini del soddisfacimento del contraddittorio procedimentale debba avvenire necessariamente oralmente né che il principio di oralità processuale faccia parte del nucleo minimo di garanzie indefettibili del giusto processo.

⁶² Cfr. E. Allorio, *Verso il nuovo processo civile*, in Id., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, pag. 403 e segg.

⁶³ Per altri versi l'oralità era vista anche come garanzia per la genuinità degli atti.

Il taglio del costo del lavoro attenua ma non risolve la crisi dell'IRAP e ne amplifica le contraddizioni*

di Raffaele Perrone Capano

SINTESI

*L'articolo esamina alcune delle criticità proprie della struttura dell'IRAP, alla luce dell'esclusione dalla base imponibile del costo del lavoro relativo ai contratti a tempo indeterminato. Il lavoro esprime apprezzamento per questo intervento che riduce fortemente i profili discriminatori sul fattore lavoro tipici del modello italiano. Ne evidenzia tuttavia i limiti alla luce delle mutate condizioni del contesto economico internazionale. Al riguardo lo studio si sofferma sulla recente riforma francese della *taxe professionnelle*, evidenziandone i profili distributivi ben più equilibrati rispetto all'IRAP, con l'obiettivo di minimizzare gli inconvenienti messi in luce proprio dall'esperienza italiana. L'articolo evidenzia l'incostituzionalità sopravvenuta dell'IRAP dopo l'esclusione del costo del lavoro dalla base imponibile e si conclude con l'auspicio di una riforma complessiva dell'imposta, alla luce degli stringenti vincoli di compatibilità economica e insieme giuridica.*

ABSTRACT

*The paper examines some of the problems of the structure of IRAP, in view of the exclusion from the tax base of the labor cost about permanent contracts. It is enjoyed this intervention that greatly reduces discriminatory profiling on labor typical of the Italian model. However, are highlighted its limits in view of changed conditions in the international economic environment. The study dwells on the recent reform of the French *taxe professionnelle*, by detecting profiles distribution much more balanced compared to IRAP, in order of minimizing the disadvantages identified in the Italian experience. The article highlights the supervening unconstitutionality of the IRAP following the exclusion labor cost from the tax base and concludes with the hope of a comprehensive reform of this tax, in front of the stringent constraints of economic and legal compatibility.*

SOMMARIO: 1. Premessa 2. L'IRAP tra vecchi e nuovi problemi 3. Dalla riforma della *taxe professionnelle* in Francia, indicazioni utili per l'Italia 4. L'Irap tre vecchie e nuove antinomie 5. Le conseguenze del taglio del costo del lavoro dall' IRAP, per le imprese individuali e i lavoratori autonomi 6. Conclusioni

1. Premessa

Al giro di boa del primo semestre 2015 mentre la crescita del PIL, dopo sei anni di recessione su sette è talmente modesta da sfiorare l'errore statistico, e la produzione industriale, se non fosse per la ripartenza della Fiat e del settore farmaceutico, presenterebbe un dato marcatamente negativo, una prima riflessione sugli effetti sull'economia della politica tributaria del Governo Renzi, potrebbe presentare un certo interesse.

Purtroppo i dati 2015 sul gettito delle principali imposte sono ancora troppo parziali per poter trarre qualche indicazione d'ordine generale. Appare quindi opportuno circoscrivere l'indagine all'Irap, all'Irpef e all'Iva, le tre principali imposte su cui la legge di stabilità 2015 ha previsto interventi significativi.

Sull'Irpef la sola considerazione che mi sento di fare in questo momento è che è del tutto inutile parlarne, al di fuori di un disegno complessivo di riforma che non sembra all'ordine del giorno del Governo; mentre l'intervento elettorale sulle detrazioni stabilito l'anno scorso, in vista delle elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo, a favore soltanto di una parte dei contribuenti a reddito medio basso, ne ha ulteriormente accentuato le contraddizioni e le antinomie. In buona sostanza una misura estemporanea, asistemica, di dubbia legittimità, che non ha precedenti in nessun altro Paese dell'UE: una questione quest'ultima, che forse più di qualsiasi altra mette in luce la crisi profonda che attraversano le nostre istituzioni rappresentative.

A queste riflessioni, certo non positive, occorre aggiungere che il rapporto costi efficacia della manovra sull'Irpef è stato particolarmente sfavorevole, nel senso che i suoi effetti sulla domanda interna sono stati fin qui praticamente nulli. Un elemento quest'ultimo che evidenzia una ulteriore caratteristica delle manovre fiscali degli ultimi anni, adottate al di fuori di qualsiasi disegno di politica tributaria: quella di avere effetti imprevedibili. Basti pensare al riguardo alla stretta fiscale attuata nel

dicembre 2011 dal governo Monti; 30 miliardi di euro tra maggiori entrate e tagli della spesa pubblica, hanno determinato nel 2012 un maggior gettito tributario pari a 11,6 miliardi, con un crollo del Pil del 2,8%. In buona sostanza, per realizzare poco meno di 12 miliardi di euro di maggiori entrate tributarie, sono stati distrutti 40 miliardi di ricchezza nazionale.

Si potrebbe dire che in assenza di qualsiasi manovra, il quadro di finanza pubblica si sarebbe presentato di gran lunga migliore, con minori effetti recessivi accompagnati da maggior gettito fiscale. Posta in questi termini l'osservazione pur avendo una base reale è sicuramente semplicistica, perché la pressione speculativa sul debito pubblico italiano, imponeva al Governo l'adozione di una serie di misure correttive, per assicurare i mercati. Ma questo non assolve quel Governo dalle modalità improvvisate e dagli eccessi che hanno accompagnato la sua azione politica; a partire dal carattere accentuatamente regressivo della politica tributaria. Un elemento determinante nell'avvitamento recessivo della domanda interna nei successivi 3 anni.

Il commento più diffuso da parte di numerosi osservatori e studiosi, specie economisti a questi dati, è stato che non avevano una spiegazione plausibile; la realtà era al contrario spiegabilissima, solo che ci si soffermi sui profili distributivi delle misure fiscali adottate, sia dal lato della spesa, sia soprattutto tributarie. In una crisi economica caratterizzata da un picco particolarmente elevato (PIL -6,4% tra il 2008 e il 2009), protratta per lunghi anni, accompagnata da diffuse e crescenti condizioni di stress fiscale, a partire dalle fasce di reddito meno abbienti, una manovra tributaria accentuatamente regressiva, senza alcuna seria stima degli effetti, quale quella attuata dal governo Monti, nel dicembre 2011, non poteva avere esiti diversi.

Il richiamo alle condizioni di emergenza che caratterizzavano l'Italia in quel momento, utilizzato ex post per giustificare l'improvvisazione e gli eccessi di quella politica, sono in tutti i casi inaccettabili in quanto provano troppo. L'emergenza

infatti era dovuta alla crisi politica che aveva favorito una serie di attacchi speculativi al debito pubblico italiano: la soluzione politica in una democrazia normale, sarebbe stata quella di indire le elezioni anticipate. In Italia invece l'opzione rappresentata dal governo Monti è stata quella di un congelamento delle istituzioni che si è risolto nell'adozione di alcuni provvedimenti tributari, eccessivi nelle dimensioni, tutti caratterizzati in senso fortemente regressivo, comunque sganciati da qualsiasi disegno di politica tributaria.

La stessa assenza di un disegno coerente di politica tributaria, lo si rinviene nelle principali misure tributarie decise dal governo Renzi con la legge di stabilità per il 2015, dal taglio dell'Irpef a favore dei redditi da lavoro dipendente sino a € 26.000; all'eliminazione del costo del lavoro (limitatamente ai contratti a tempo indeterminato) dalla base imponibile dell'IRAP; per giungere all'estensione alla grande distribuzione del reverse charge in materia di Iva e allo split payment sempre in tema di IVA, nei rapporti dei fornitori con la pubblica amministrazione. Un mix di sconti fiscali di grande rilievo, particolarmente onerosi, accompagnati da una serie di espedienti e di misure per far cassa in materia di IVA, che non ha certo favorito la ripresa dell'economia.

Con queste premesse mi sembra opportuno concentrare l'attenzione sugli interventi che hanno caratterizzato l'IRAP, allo scopo di verificare se, almeno questo provvedimento, auspicato da molti osservatori, abbia avuto effetti positivi sull'andamento dell'economia nazionale.

2) L'IRAP tra vecchi e nuovi problemi

L'Irap è un'imposta nata male nel 1997, per l'eterogenesi dei fini che ne ha accompagnato la nascita e poi per un'evoluzione del tributo in base a scelte politiche, che ne ha accentuato ulteriormente i difetti.

Un primo limite di ordine giuridico, a mio modo di vedere, è rappresentato dal fatto che con l'IRAP si è adottato uno schema di imposta sul valore aggiunto di tipo

reddito, per aggirare il vincolo imposto dalla sentenza numero 42/1980 della Corte costituzionale, che aveva ritenuto l'illegittimità della discriminazione qualitativa dei redditi da lavoro nell'ILOR, l'imposta locale sui redditi, introdotta con la riforma del tributaria nel 1972.

Un secondo limite è rappresentato dal fatto che un'imposta sul valore aggiunto di tipo reddito tende a somigliare come una goccia d'acqua ad un'imposta sul valore aggiunto orientata al consumo; ne deriva che per evitare di porre il nuovo tributo in evidente contrasto con l'articolo 33 della sesta direttiva in materia di IVA, che vieta l'istituzione di imposte ad effetto equivalente rispetto all'IVA, il legislatore, ha dovuto necessariamente limitare l'assoggettabilità al tributo alle sole attività svolte nel territorio nazionale, con esclusione quindi delle merci importate.

Quest'ultimo profilo assume un rilievo particolare, perché tende a penalizzare le produzioni nazionali rispetto a quelle relative ai beni importati, nei cui confronti l'IRAP si comporta come un incentivo all'importazione: in buona sostanza l'IRAP, al contrario dell'IVA, non è un'imposta neutrale.

Questo profilo era stato fortemente sottovalutato dagli economisti, a partire dal Ministro delle finanze dell'epoca, Vincenzo Visco che avevano contribuito all'elaborazione del modello impositivo, all'atto dell'introduzione del tributo nel 1997, senza tenere conto di una serie di rilievi giuridici che ne mettevano in discussione alcuni profili qualificanti; dall'assoggettamento all'imposta del lavoro autonomo con la medesima aliquota prevista per le imprese, all'indeducibilità dell'imposta regionale dalle imposte sui redditi.

Da allora si può dire che per l'economia è cambiato tutto; da un lato l'introduzione dell'euro non ha consentito più di utilizzare la manovra del tasso di cambio come strumento di sostegno a favore della produzione nazionale, dall'altro la profonda crisi finanziaria del 2008/2009, ha condotto alla scomparsa di moltissime imprese, non solo in Italia, accentuando la concorrenza internazionale.

Ne consegue che l'IRAP, almeno nella sua struttura attuale, sia per l'ampiezza

della base imponibile sia per il livello delle aliquote particolarmente elevato, è un'imposta che contrasta sia con i principi costituzionali tributari sia con le libertà fondamentali garantite dai Trattati dell'UE dall'Ue. Al riguardo occorre rilevare che se fino a qualche mese addietro l'imposta penalizzava irragionevolmente il fattore lavoro, a partire dal 2015 evidenzia una discriminazione qualitativa nei confronti dei redditi lavoro autonomo su cui tornerò più avanti. Tuttavia l'elemento di maggiore criticità sia per gli effetti economici sia sotto il profilo giuridico, è rappresentato dal premio alle importazioni, tanto maggiore quanto più elevata è l'aliquota vigente in una determinata regione: una chiara violazione della libertà di concorrenza di origine tributaria.

Si tratta di un aspetto particolarmente insidioso perché, come una droga produce un effetto di cumulo che spiazzava le produzioni nazionali quando il vantaggio marginale in termini di costo dei prodotti nazionali rispetto alle importazioni si annulla per via dell'imposta. Un meccanismo subdolo che agisce gradualmente espellendo dal mercato quelle produzioni i cui costi marginali non sono più concorrenziali rispetto alle importazioni, proprio per il premio determinato dall'IRAP, che com'è noto esenta le importazioni. Un processo continuo, a cui non si presta in Italia la dovuta attenzione, che influenza innanzitutto la grande distribuzione, impegnata in una continua riduzione di costi per contrastare il calo dei consumi, che dura ormai da molti anni.

Il che equivale a dire che l'imposta, stabilita nel 1997 con l'aliquota del 4,25%, che allora non sembrava compromettere la competitività del sistema produttivo italiano (incidendo negativamente solo sulle imprese marginali) oggi, per contenerne gli inconvenienti e non penalizzare l'economia nazionale, dovrebbe adottare un'aliquota ridotta (almeno) dei due terzi.

3. Dalla riforma della *taxe professionnelle* in Francia, indicazioni utili per L'Italia

Sembra utile sottolineare che la scelta di un' aliquota dell' 1,5%, come aliquota massima, non rappresenta un' ancorché motivata opzione personale. l'aliquota è infatti l'aliquota massima applicata in Francia sulla componente, valore aggiunto economico (CVAE), nella *contribution économique territoriale*. (CET):

Vediamo sinteticamente di che cosa si tratta.

Nel 2009, nel pieno della recessione mondiale, la Francia, dopo una serie di studi avviati all'inizio degli anni 2000, aveva sostituito la "**taxe professionnelle**", un'imposta locale particolarmente penalizzante per l'industria manifatturiera, i cui costi erano a carico dello Stato per il 56% del gettito, (per via di una serie di esenzioni e riduzioni dell'imposta stabilite nel tempo per ragioni economico sociali) ed ha introdotto la CET, "**Contribution économique territoriale**". Il nuovo modello di imposta locale sulle attività economiche, è il risultato di due diverse basi imponibili, integrate tra di loro in modo tale che il totale dell'imposta, calcolato sulla base delle due componenti, patrimoniale e valore aggiunto, non superi il 3% del valore aggiunto economico.

La componente patrimoniale è calcolata sul valore locativo degli immobili utilizzati per lo svolgimento di un'attività economica; per non penalizzare l'industria manifatturiera, più esposta alla concorrenza internazionale è previsto un abbattimento del 30% della componente patrimoniale della CET. La seconda componente del nuovo tributo locale è rappresentata dal valore aggiunto economico, CVAE, che incide sul valore aggiunto prodotto annualmente nello svolgimento di un'attività economica. Il costo del lavoro e gli interessi passivi non sono presi in considerazione nella determinazione del valore aggiunto economico.

Alla base imponibile della CVAE, così determinata viene applicata un'aliquota moderatamente progressiva che raggiunge il tetto dell'1,5% quando il valore aggiunto economico supera i 50 milioni di euro.

Ai fini del calcolo della CET, il valore aggiunto economico, CVAE, viene preso in considerazione quando viene superata la soglia di € 152.000; al di sotto di questa

cifra è dovuta soltanto la componente immobiliare dell'imposta.

Occorre aggiungere per completezza che fino alla concorrenza di € 500.000 di valore aggiunto imponibile, la CVAE rimane a carico del bilancio dello Stato, che provvede a trasferire i corrispettivi agli enti territoriali in base alle quote di ripartizione del tributo.

In buona sostanza fino a € 500.000 nessun contribuente, non importa se impresa o persona fisica, è assoggettato all'imposta sul valore aggiunto economico; occorre arrivare a una base imponibile di 3 milioni di euro per vedere applicata l'imposta con un'aliquota dello 0,5%; da 3 milioni e fino a 40 milioni di euro il tasso cresce molto lentamente, fino a diventare proporzionale con un'aliquota dell'1,5% al superamento dei 50 milioni di euro.

L'aspetto più sorprendente, della riforma francese dell'imposta sulle attività produttive è rappresentato, almeno per noi italiani, dall'attenzione ai profili distributivi della CET, in modo da minimizzare gli effetti indesiderati dell'imposta; con il solito pragmatismo transalpino il livello elevato di esenzione (€ 500.000) applicato indistintamente sia alle attività di impresa sia a quelle di lavoro autonomo, ha minimizzato gli effetti distorsivi dell'indeducibilità del tributo, specie per i contribuenti assoggettati ad imposizione personale (IRPP), senza la necessità di inventarsi motivazioni giuridiche improbabili, per giustificare un'imposta che almeno per le attività di lavoro autonomo si configura nei fatti nella maggior parte dei casi, come un'addizionale al reddito.

Per chi avesse interesse a documentarsi ulteriormente sulla CET, è disponibile sul sito del Senato francese un approfondito e documentato rapporto redatto dal senatore Guenet che dà conto sia degli obiettivi della riforma, sia degli effetti raggiunti, a partire dai forti recuperi di competitività realizzati del settore manifatturiero, sia dei possibili interventi correttivi che si rendessero necessari.

Per avere un'idea più chiara dell'imposta francese è opportuno soffermarsi su tre elementi caratteristici, che non consentono alcun accostamento all'IRAP della CVAE,

l'imposta francese sul valore aggiunto economico, neppure adottando uno schema interpretativo darwiniano.

Il primo elemento è rappresentato dall'oggetto del tributo che, nel definire il valore aggiunto economico ai fini della CET, esclude dalla base imponibile sia il costo del lavoro, sia gli interessi passivi; eliminando alcune delle distorsioni che penalizzano, attraverso l'IRAP, il sistema produttivo italiano, riducendone la competitività sui mercati internazionali.

Per avere una l'idea della distanza siderale che corre tra la CVAE e l'IRAP, bastano due semplici dati; il primo si riferisce ad un'impresa italiana assoggettata ad IRAP caratterizzata da un valore aggiunto di 3 milioni di euro. A seconda della regione in cui l'impresa svolge la propria attività, l'imposta dovuta varierà da un minimo di € 93.000 per un'impresa operante nella regione Veneto, ad un massimo di € 153.000 per un'azienda dello stesso tipo, residente nella regione Campania; La stessa attività assolverebbe in Francia una CVAE pari a € 15.000

Un secondo profilo distintivo è costituito dall'esenzione di tutte le attività soggette alla CVAE, fino ad un livello di € 500.000 (in realtà in base alla legge istitutiva, la componente della CET che incide sul valore aggiunto economico è dovuta al superamento della soglia di € 152.000; tuttavia fino a € 500.000 di volume d'affari l'imposta rimane a carico dello Stato che la ripartisce pro quota agli enti territoriali).

L'aliquota, moderatamente progressiva contribuisce a minimizzare gli effetti sulla concorrenza del nuovo tributo nei confronti delle imprese minori e medie; l'aliquota massima, come detto è pari all'1,5% e si applica al valore aggiunto economico a partire da 50 milioni di euro, mentre il tasso di riferimento per un valore aggiunto di 3 milioni di euro è pari allo 0,5%.

In buona sostanza un'impresa francese che abbia prodotto nel 2014 un valore aggiunto economico di 3 milioni di euro, sarà assoggettata, come abbiamo visto, ad un'imposta tra 6 e 10 volte inferiore a quanto avrà pagato in Italia un'impresa con

un valore aggiunto analogo. Una differenza che evidenzia la grande attenzione posta dai francesi ai profili distributivi della CVAE, specie nei confronti delle imprese minori, visti i numerosi problemi che comporta un'imposta di questo tipo, sul piano della concorrenza.

Un'attenzione particolare sul versante della competitività dei prodotti nazionali sul mercato mondiale, e della minimizzazione del premio alle importazioni di beni e servizi, insito nel modello di imposizione del valore aggiunto della produzione proprio della CVAE e dell'IRAP.

Un tema quest'ultimo completamente ignorato dal legislatore italiano, nonostante l'accentuata concorrenza alimentata dalla recessione del periodo 2008/14. Una dimenticanza tanto più grave se si considera la perdurante crisi della domanda interna in Italia, che coinvolge tutto il sistema produttivo, ma è particolarmente sentita dalle imprese di minori dimensioni, oggetto di particolare attenzione nella riforma della *taxe professionnelle*.

Da ultimo il gettito dell'imposta sul valore aggiunto economico francese (CVAE), pur incidendo su una base imponibile molto più contenuta rispetto all'Irap, ed essendo applicata con un'aliquota media incomparabilmente meno onerosa, è pari al 60% del gettito dell'IRAP, al netto della quota che in Italia è a carico del settore pubblico, (determinando ulteriori distorsioni distributive), non prevista nell'imposta francese. Un dato quest'ultimo su cui occorrerebbe una seria riflessione, perché evidenzia nell'eccesso di fiscalità mal distribuita una delle principali cause della diffusione in Italia dell'evasione fiscale.

È quasi inutile aggiungere che la riforma in Francia è stata al centro di un confronto e di un dibattito particolarmente serrato e rigoroso, in tutto il decennio scorso (la nuova imposta data 2009), e che il Senato, fortemente rappresentativo delle realtà territoriali in quell'ordinamento costituzionale, ne ha monitorato gli effetti con una serie di indagini sul campo che hanno condotto alla presentazione del rapporto Guenet.

Da questi sia pur sintetici elementi emerge quindi che non solo non è possibile alcun paragone tra le due diverse forme di imposizione del valore aggiunto della produzione vigenti in Francia e in Italia; ma che il nostro legislatore, pur essendo consapevole dei gravi limiti strutturali del tributo (il taglio del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP sta a dimostrarlo), non sembra intenzionato, per ragioni politiche, a riformare l'imposta, per adeguarla ai principi giuridici comuni interni ed europei, garantendo al tributo un livello di competitività e di tutela della concorrenza, comparabile con quello assicurato dalla *Contribution économique territoriale* in Francia.

4. L'IRAP tra vecchie e nuove antinomie

Al di là delle criticità dal punto di vista economico della struttura della nostra IRAP, evidenziate per differenza impietosamente dalla riforma francese del 2009 della *taxe professionnelle*, occorre ora mettere in rilievo le ulteriori contraddizioni, che conducono a vere e proprie antinomie rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento tributario.

Mi riferisco in particolare agli effetti che l'eliminazione dalla base imponibile dell'IRAP del costo del lavoro, determina sotto il profilo distributivo, rispetto ai redditi da lavoro autonomo e d'impresa individuale, tuttora assoggettati all'imposta regionale sulle attività produttive. Ed ancora ai delicati problemi che comporta la particolare struttura dell'IRAP, rispetto all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, in tema di libertà di movimento dei capitali. Da ultimo mi sembra opportuno accennare ai profili in punto di costituzionalità che comporta l'incremento dell'aliquota IRAP stabilito con la legge finanziaria per il 2007 dal Governo Prodi per ripianare i debiti della sanità in alcune regioni. Disposizione successivamente confermata dal governo Berlusconi con il decreto delegato di attuazione del federalismo fiscale regionale.

Partiamo da quest'ultimo aspetto fin qui assai poco considerato dalla dottrina,

che investe sia profili di diritto interno, sia di diritto europeo. Si tratta infatti di una vicenda istruttiva, perché evidenzia un'incapacità generalizzata da parte dei governi che si sono succeduti da molti anni a questa parte a dare un senso compiuto alla nozione di politica tributaria.

Una prima considerazione riguarda l'aumento della pressione fiscale connessa con il processo di decentramento; si tratta di una scelta avviata dal governo Prodi con la finanziaria per il 2007 e dunque ben prima che si manifestasse la crisi finanziaria internazionale del 2008, che ha innescato nel 2009 la più grave recessione del dopoguerra.

La sostituzione inopinata del sistema di deduzioni dall'imponibile, decrescenti per assicurare la progressività dell'ordinamento tributario, introdotta con la riforma dell'Irpef del 2003/2005 (la cosiddetta no tax area e family area), con detrazioni di imposta anche esse decrescenti, ha da un lato dissimulato un incremento generalizzato delle aliquote dei diversi scaglioni, al tasso della decrescenza delle detrazioni: una soluzione di dubbia legittimità, in contrasto con i principi di trasparenza e affidamento del sistema tributario.

Dall'altro ha reso imponibile ai fini delle addizionali regionale e comunale all'IRPEF, la quota di reddito precedentemente non tassabile in quanto deducibile come no tax area e family area. Una misura quest'ultima fortemente regressiva, che ha penalizzato i territori caratterizzati da minore capacità fiscale per abitante, aggirando i vincoli di ordine costituzionale stabiliti dall'articolo 119 comma terzo della Costituzione.

L'avvio del federalismo fiscale con la legge delega 42 del 2009 e con il successivo decreto delegato sulla fiscalità regionale, varato nel 2010 dal governo Berlusconi, fidando sulla ripresa dell'economia (nel 2010 il Pil era cresciuto 1,5%), ha ulteriormente aggravato la situazione sotto il profilo distributivo, creando le basi per una nuova recessione (2011/2014) molto più lunga e distruttiva (la produzione nel periodo si è ridotta di un quarto rispetto al 2007, con un taglio della capacità

produttiva che aveva superato indenne il picco recessivo del 2009, di oltre il 15%).

In quegli anni, la politica, con un'abile gioco di specchi, è riuscita a trasformare l'IRAP da tributo statale il cui gettito era destinato alle regioni, in un tributo proprio (derivato) regionale, caratterizzato da margini di autonomia particolarmente ridotti. Da un lato l'IRAP, è ormai diventata a tutti gli effetti un'imposta regionale, quindi non più soggetta ai vincoli della perequazione statale, di cui al terzo comma dell'articolo 119 della Costituzione, pur essendo un tributo fortemente legato al territorio e quindi condizionato sotto il profilo del gettito dalla diversa capacità fiscale per abitante. Dall'altro il carattere derivato dell'imposta, una formula "*inventata*", in quanto estranea al modello di decentramento delineato dall'articolo 119 cost, ha consentito al legislatore statale di mantenere saldamente nelle proprie mani gli strumenti di governo del gettito dell'imposta.

A partire dal divieto per le regioni di utilizzare la quota mobile dell'addizionale regionale all'IRPEF, per finanziare il taglio dell'IRAP, (una soluzione contrastante con le motivazioni federaliste della riforma); e a partire dalla possibilità, stabilita dal decreto delegato a favore delle regioni, di introdurre deduzioni non predeterminate per legge (con effetti difficilmente compatibili sotto il profilo distributivo con il carattere di imposta sulle attività produttive).

Un'opportunità che, in assenza di qualsiasi forma di perequazione, ha introdotto ulteriori elementi di discriminazione in danno delle regioni caratterizzate da una minore capacità fiscale per abitante; quest'ultime infatti, di fronte ai tagli dei trasferimenti statali, compensati solo parzialmente dall'incremento del gettito dell'Irap in assenza di perequazione, non saranno in condizione di poter ridurre il peso dell'imposta, un'opportunità consentita in teoria dalla legge dello Stato, inapplicabile nelle regioni del Mezzogiorno. Al contrario queste ultime si vedranno costrette, per esigenze di gettito, ad applicare al tributo le aliquote più elevate consentite dalla legge statale. Un ulteriore profilo di discriminazione fiscale delle imprese, non collegata a capacità contributive diversificate, di dubbia legittimità sia

in relazione all' art. 41 cost. , sia al principio di capacità contributiva..

Da ultimo il decreto delegato ha stabilizzato la maggiorazione delle aliquote IRAP, introdotta, come detto, dal governo Prodi a partire dal 2007. Il tema, pur presentando indubbiamente anche dei risvolti politici, evidenzia una serie di criticità ulteriori, innanzitutto sotto il profilo giuridico, che ne mettono in dubbio la legittimità.

L'aspetto di maggior interesse della questione è rappresentato dal fatto che la struttura dell'IRAP, così come è stata definita dal legislatore nel corso del tempo, investe contemporaneamente sia principi costituzionali, in tema di ostacoli di natura fiscale alla

concorrenza e alla libertà di movimento di capitali e di merci tra le regioni; sia, per gli stessi profili, alcune delle libertà fondamentali che caratterizzano il diritto dell'Unione europea.

Sul piano interno un indizio assai significativo dell'incompatibilità dell'attuale struttura giuridica dell'Irap, viene evidenziato innanzitutto sotto il profilo economico, per differenza, dal ben diverso profilo distributivo assunto dalla componente sul valore aggiunto economico della CET, la *contribution économique territoriale*, introdotta in Francia nel 2009, su cui ci siamo soffermati in precedenza.

Non solo l'aliquota massima della CVAE (1,5%, oltre i 50 milioni di valore aggiunto economico) è meno della metà di quella italiana (3,9%); La relativa tenuità del tributo francese, caratterizzato da una moderata progressività, garantisce una distribuzione del prelievo che non dovrebbe determinare violazioni significative del principio di concorrenza, che anche in quell'ordinamento tutela il buon funzionamento del mercato interno. Questione quest'ultima che rinvia immediatamente al diritto dell'Unione europea, e al corretto funzionamento del Mercato Unico.

Non sembra infatti neppure ipotizzabile un Mercato Unico che operi in conformità col principio della libertà di concorrenza, garantito dal TFUE, costituito dalla somma di mercati nazionali i cui ordinamenti, siano strutturati in modo da non assicurare la

libertà di concorrenza sul piano interno.

Da questo punto di vista, l'aumento inopinato dell'aliquota dell'IRAP, a partire dal 2007, limitato soltanto da alcune regioni (quelle con la sanità in disavanzo) si pone in contrasto con gli articoli 41 comma terzo, 53, e 117 comma secondo, sia da ultimo con l'articolo 120 della Costituzione. L'articolo 41 a mio modo di vedere è violato perché in sede di programmazione di bilancio il Governo è vincolato a non introdurre a ostacoli sub specie fiscale alla libertà di iniziativa economica, che si traducano in discriminazioni di natura territoriale, che colpiscano solo una parte del *sistema di impresa*, in assenza di qualsiasi collegamento con una diversa capacità contributiva.

In buona sostanza la tesi che, in base a una nozione dilatata della discrezionalità legislativa, la riserva di legge in tema di tutela della libertà economica stabilita al terzo comma dell' art. 41 Cost. sarebbe recessiva rispetto al principio solidaristico, che impone il concorso di tutti al finanziamento della spesa pubblica attraverso le imposte, non convince. A ben vedere la questione non può essere circoscritta alla prevalenza del principio solidaristico, relativo al dovere della contribuzione, rispetto alla tutela della libertà di iniziativa economica; quest'ultima infatti involge sia i, da un lato lo stretto collegamento tra il principio solidaristico e il fondamentale principio di eguaglianza nella regolamentazione dei profili distributivi di tributi a carattere generale, quali le imposte sul reddito o sul valore aggiunto, nelle diverse specificazioni.

Evidenziare dall'altro che la pretesa recessività della riserva di legge ex articolo 41 cost. in tema di tutela delle attività economiche, nei confronti del dovere di contribuzione espresso dall'articolo 53 cost., non autorizza il legislatore ad introdurre, per pretese esigenze finanziarie, differenziazioni del prelievo tra contribuenti a cui non corrispondano analoghe differenziazioni sotto il profilo della capacità contributiva.

Diversamente opinando la recessività della riserva di legge ex articolo 41 Cost., rispetto al dovere di contribuzione regolato dall'articolo 53 cos., in base a motivazioni

solidaristiche, (art. 2 Cost.) determinerebbe di fatto la recessività dello stesso principio di uguaglianza, (art. 3 Cost.) rispetto alla pretesa tributaria; il che, da qualsiasi lato lo si osservi, è evidentemente insostenibile.

Del resto, il richiamo all'articolo 41 della Costituzione, come limite alla discrezionalità legislativa in campo tributario, profilo fin qui poco esplorato dalla Corte Costituzionale, trova un preciso riferimento in tema di retroattività delle norme tributarie. Alla luce di quanto stabilito dall'articolo 3 dello Statuto dei diritti del contribuente, che deve orientare l'interprete nella lettura delle norme tributarie, sembra evidente che mentre un'imposta patrimoniale retroattiva, in presenza di determinate condizioni, se costruita in base a parametri determinati alla luce del principio di ragionevolezza, possa non porsi in contrasto con il principio di capacità contributiva, lo stesso non può dirsi per un tributo che incida retroattivamente su un'attività economica.

La ragione è intuitiva; in questa seconda ipotesi infatti, un' imposta retroattiva colpirebbe una capacità contributiva, di cui l'attività economica è espressione, che si è esaurita con il compimento dell'attività stessa; in buona sostanza, l'ampia discrezionalità attribuita al legislatore nella scelta dei criteri di riparto per realizzare il concorso alla spesa pubblica, ai sensi dell'articolo 53 della Costituzione, non è senza limiti; limiti tanto più stringenti in presenza di interessi costituzionalmente protetti, che il legislatore non può obliterare per il proprio comodo: a partire dal fondamentale principio della parità dei contribuenti di fronte alla legge tributaria, interpretato secondo ragionevolezza al metro del principio di capacità contributiva.

Questa considerazione è rafforzata dal fatto che il divieto di introdurre ostacoli di natura fiscale alle libertà di movimento di persone, merci e capitali tra le diverse regioni, fissato nell'articolo 120 della Costituzione, è precedente al Trattato di Roma del 1957, istitutivo delle Comunità europee, e non è stato sul punto modificato dalla riforma del titolo V° della Costituzione. Rappresenta dunque una precondizione ordinamentale per il corretto funzionamento del decentramento regionale, che non

consente deroghe al legislatore, nell' esercizio della propria discrezionalità, specie in presenza di interessi costituzionalmente protetti.

Ne vale a riguardo la considerazione che l'articolo 120 è rivolto alle regioni e dunque vincolerebbe queste ultime, ma non opererebbe nei confronti dello Stato.

Non vi è chi non veda che il governo Prodi , introducendo un forte incremento dell'aliquota IRAP nelle regioni con la sanità il disavanzo, ha adottato con la legge finanziaria per il 2007 una misura programmatica di natura tributaria, che va in senso opposto a quanto stabilito nell'articolo 120 Cost.; sembra quindi ovvio che il medesimo divieto operi anche nei confronti dello Stato, nel momento in cui il legislatore statale, sostituendosi a quello regionale, introduce disposizioni operanti esclusivamente sul territorio di singole regioni, che si pongono in contrasto con i principi regolati dall'articolo 120. Il richiamo al divieto di introdurre barriere alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali tra le regioni, di natura fiscale, mette in luce un altro profilo critico dell'imposta italiana, a cui la CVAE, cerca di ovviare almeno in parte, attraverso l'adozione di aliquote particolarmente moderate.

Il problema è stato reso più evidente dai recenti indirizzi della Corte di giustizia europea, che ha affermato il principio che la libertà di movimento dei capitali, regolata dal diritto dell'Unione europea, rappresenta una libertà fondamentale i cui effetti non sono limitati al solo mercato interno: opera infatti anche come libertà esterna al perimetro dei paesi aderenti all'Unione europea ai sensi dell'articolo 63 del TFUE. Da questo ormai consolidato indirizzo della giurisprudenza europea, discende il divieto per i legislatori nazionali di introdurre limitazioni alla libera circolazione dei capitali all'interno del mercato unico. Ora, al di là della questione della legittimità dell'aumento dell'aliquota dell'IRAP nelle regioni con la sanità in disequilibrio strutturale, vi è un altro elemento connesso alla particolare struttura dell'IRAP, che si comporta come una barriera indiretta alla libera circolazione dei capitali. Mi riferisco alla situazione di un'impresa multinazionale che abbia dato vita ad una importante attività produttiva in Italia; il suo regime fiscale in Italia è ovviamente del

tutto identico a quello di una impresa italiana. Dunque da questo punto di vista non si pongono particolari problemi di natura tributaria.

La situazione diventa più complicata quando si passa ad esaminare dal punto di vista tributario il rapporto tra la stabile organizzazione in Italia e la società madre, in seguito alla distribuzione di utili prodotti in Italia alla società madre. In questo caso la società madre potrà dedurre dal reddito distribuito le imposte assolute in Italia per la produzione del medesimo; tuttavia poiché l'IRAP rappresenta un unicum dal punto di vista tributario, pur essendo un'imposta inerente alla produzione del reddito, non è contemplata né tantomeno regolata dai trattati contro le doppie imposizioni; e dunque nei confronti della società madre rappresenta un onere non deducibile di natura tributaria che si pone in contrasto con il divieto di introdurre barriere fiscali alla libertà di movimento dei capitali.

Una limitazione evidente alla libertà di circolazione dei capitali, regolata dall'articolo 63 del TFUE che si pone in contrasto con la libertà di stabilimento, sancita dai trattati dell'Unione europea. Non è del resto un caso che sia la CET in Francia, sia la IAE in Spagna non prevedono alcuna differenziazione del prelievo a carico delle attività economiche in relazione alla diversa collocazione territoriale. Aggiungo per completezza, che in base agli indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, la possibilità di diversificare sul piano regionale un'imposta con le caratteristiche dell'IRAP, presuppone un livello di autonomia tributaria e di bilancio, che non è certo quella riconosciuta alle regioni, dal carattere di tributo proprio derivato, assunto da ultimo dall'imposta regionale sulle attività produttive.

Da questo angolo visuale l'IRAP, in base alle differenziazioni territoriali che caratterizzano il prelievo potrebbe porsi in contrasto anche con gli articoli 107 e 108 del TFUE, che disciplinano il divieto di aiuti di Stato.

5. Le conseguenze del taglio del costo del lavoro per le imprese minime e per i lavoratori autonomi

Dal punto di vista normativo, l'eliminazione della gran parte del costo del lavoro dalla base imponibile dell'Irap è stata realizzata con l'inserimento nell'articolo 11 del Dl Gs 446/1997, del comma 4-octies. In base alla nuova disposizione è stata prevista la deducibilità integrale ai fini Irap del costo complessivo sostenuto per il personale dipendente con contratto a tempo indeterminato, per la parte che eccede l'ammontare delle deduzioni – analitiche forfettari – riferibili al medesimo costo; per le imprese individuali, che non impiego dipendenti, la nuova disposizione ha introdotto un credito d'imposta nella misura del 10% dell'imposta lorda.

In buona sostanza le imprese che impiegano lavoratori dipendenti con contratto a tempo indeterminato, nell'ipotesi in cui prevedibilmente il costo di tali dipendenti sia superiore alle deduzioni già spettanti in base alla normativa vigente, avranno diritto a un'ulteriore deduzione fino alla totale copertura degli oneri sostenuti per tali contratti.

Da ultimo, un profilo di rilevante contrasto dell'IRAP con i principi che regolano il nostro ordinamento tributario è rappresentato dagli effetti dell'eliminazione del costo del lavoro della base imponibile del tributo regionale, senza alcun aggiustamento relativo alla posizione delle imprese minime (quelle fino a cinque dipendenti), soprattutto di quelle individuali e del lavoro autonomo.

La questione investe motivazioni economiche, giuridiche, e politiche. Da quest'ultimo angolo visuale è sorprendente l'accanimento con cui tutti i governi che si sono succeduti negli ultimi anni, hanno ignorato l'esigenza di ridurre il carico fiscale nei confronti delle imprese minori, salvo poi battere la grancassa sul tema dell'evasione, senza alcuna riflessione sulle origini strutturali, interne al sistema tributario, che la alimentano, a partire dalla forbice insensata tra aliquota marginale e media che caratterizza l'Irpef, specie per i redditi da lavoro dipendente

È troppo presto per valutare l'impatto economico dell'eliminazione del costo del

lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, sia pure per i soli contratti a tempo indeterminato. L'aspetto più discutibile di questa misura, sicuramente positiva su di un piano generale, sta nel fatto di non essere inserita all'interno di un chiaro disegno di riequilibrio del prelievo fiscale a fini di sviluppo. Basti pensare all'esclusione dal beneficio dei contratti di lavoro stagionali, particolarmente diffusi nel settore turistico, la cui crescita è fortemente compromessa dall'eccesso di fiscalità. Una situazione opposta rispetto alla Francia, alla Grecia, e alla Spagna, la cui politica tributaria, specie negli ultimi anni, è stata caratterizzata da un incremento degli incentivi fiscali a favore del turismo.

L'eliminazione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'Irap è stata accompagnata

Non meno criticabile, dal punto di vista distributivo il fatto che il legislatore non abbia accompagnato l'ampio intervento sul costo del lavoro, di cui hanno beneficiato soprattutto le imprese medio-grandi, con un incremento significativo della quota deducibile dalla base imponibile dell'IRAP, tuttora ferma a € 8000, nelle imprese che occupano fino a cinque dipendenti. Vale forse la pena ricordare che nel 2006, anno in cui per la prima volta fu introdotta questa deduzione, l'incremento del gettito dell'IRAP nel settore privato era stato del 10,2%; è vero che in quell'anno l'avvio del secondo modulo della riforma dell'Irpef, aveva favorito un allargamento delle basi imponibili che aveva determinato un incremento del gettito di tutte le principali imposte. Ma non vi è dubbio che il dato dell'IRAP, per le sue dimensioni, rappresenta un chiaro indicatore degli effetti positivi di misure fiscali finalizzate a favorire l'emersione spontanea di quote imponibili precedentemente sottratte al fisco, attraverso un uso mirato di strumenti fiscali idonei allo scopo.

Una buona pratica, sostituita poco dopo da un uso spregiudicato delle politiche di contrasto all'evasione tributaria, finalizzato a giustificare ulteriori aumenti delle principali imposte.

Fin qui si tratta di scelte, motivate da ragioni politiche, criticabili, ma rientranti

nell'ampio margine di apprezzamento che l'ordinamento affida all'autonomia del legislatore, con il solo limite della ragionevolezza delle decisioni assunte.

Si presenta invece in termini diversi il rapporto tra l'IRAP e le attività di lavoro autonomo, alla luce delle modifiche intervenute nella determinazione della base imponibile dell'imposta regionale, in seguito alla quasi completa fuoriuscita del costo del lavoro dall'ambito di applicazione del tributo. Al riguardo vale forse la pena di ricordare che, nell'ambito del dibattito sulle politiche di rilancio delle attività produttive, l'ex Ministro dell'economia e delle finanze, Vincenzo Visco un articolo sul sole 24 ore aveva preso una decisa posizione contraria all'eliminazione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, sostenendo in alternativa una rimodulazione moderatamente progressiva dei contributi sociali, allo scopo di ridurre il costo del lavoro, specie per le attribuzioni più modeste.

La proposta di Visco, come sappiamo, non ha avuto seguito. Si può dire in ogni caso che si trattava di una proposta datata, che non teneva conto dell'irragionevolezza dell'applicazione criterio della progressività ai contributi sociali, in un sistema previdenziale che ha adottato per il calcolo delle prestazioni il metodo contributivo; in ogni caso la proposta Visco sarebbe stata molto meno vantaggiosa per le imprese, perché com'è noto i contributi sono deducibili per reddito mentre non lo è l'IRAP. Si deve tuttavia riconoscere che il ragionamento di Visco aveva in sé un elemento di coerenza, perché l'eliminazione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'IRAP, avrebbe trasformato immediatamente l'IRAP sulle attività di lavoro autonomo, in una discriminazione qualitativa dei redditi a fini fiscali, in contrasto con quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza numero 42 del 1980 relativa all'ILOR.

In buona sostanza il concetto di autonoma organizzazione, preso a base dalla Corte costituzionale con la sentenza numero 156 nel 2000, per evidenziare l'elemento discriminante ai fini dell'assoggettamento all'IRAP delle attività di lavoro autonomo, perde qualsiasi significato nel momento in cui l'esclusione del costo del

lavoro dalla base imponibile dell'imposta regionale , rende quest'ultima sovrapponibile a quella dell'imposta sui redditi personali: una discriminazione qualitativa incompatibile con il principio della parità dei contribuenti davanti a le imposte.

In buona sostanza l'esclusione del costo del lavoro dalla base imponibile dell'Irap ha messo completamente fuori gioco la debole costruzione concettuale relativa all'autonoma organizzazione (che ha creato disparità di trattamento del tutto irragionevoli, nell'applicazione dell'Irap alle attività di lavoro autonomo); una condizione giuridicamente insostenibile che il legislatore, avrebbe potuto attenuare attraverso una forte rivalutazione della deduzione prevista dalla normativa per le attività minori.

Conclusivamente, anche questa vicenda, in cui prevalgono valutazioni ampiamente positive, evidenzia l'urgenza di una revisione Generale dell'imposizione sui redditi personali e di impresa, con l'obiettivo di restituire un minimo di coerenza all'ordinamento tributario, lungo un percorso che consenta finalmente alle principali imposte di assumere quelle caratteristiche di sistema richiamate esplicitamente nell'articolo 53 della Costituzione.

La penalizzazione del risparmio nella legislazione trinitaria del 2014*

di Federico Rasi

Professore a contratto di Diritto tributario

Università degli Studi del Molise

ABSTRACT

The paper analyzes the reforms concerning the taxation of financial instruments implemented in 2014, evaluating their interactions with the tax system and their actual impact. The result of the study shows that such reforms penalized all forms of savings and, in particular, increased the taxation of the most widespread kind of savings which, in the past, were conversely deemed worthy of protection (such as dividends from non-qualified investments and supplementary pensions schemes). The amendments enacted give rise to regressive effects that justify the opportunity to rethink the taxation of investment income in order to implement (as in the past) a system consistent with the principle of ability to pay (art. 53 Cost.) and the other constitutional principles that protect savings (art. 47 and 38 Cost.).

SINTESI

Il contributo analizza le riforme in tema di fiscalità finanziaria succedutesi nel corso del 2014 coll'ocandole sistematicamente e verificandone l'impatto. Da tale analisi risulta una complessiva penalizzazione del risparmio in tutte le sue forme e, soprattutto, un aumento della tassazione di quelle più diffuse e ritenute, in passato, meritevoli di tutela (dividendi da partecipazioni non qualificate e previdenza complementare). Questi interventi hanno, dunque, effetti complessivamente regressivi che giustificano un generale ripensamento della tassazione dei redditi finanziari così da renderla (rectius da farla tornare) coerente con il principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.) e con gli altri principi costituzionali che tutelano il risparmio (artt. 47 e 38 Cost.).

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive 2. Il d.l. n. 66 del 2014 e l'ulteriore innalzamento della tassazione delle rendite finanziarie 3. La tassazione dei dividendi percepiti da enti non commerciali secondo la Legge di Stabilità 2015 3.1. Osservazioni di politica fiscale 3.2. Osservazioni di tecnica fiscale 4. La tassazione del risparmio previdenziale secondo la Legge di Stabilità 2015 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Nel corso del 2014 il legislatore è nuovamente intervenuto sulle modalità di tassazione dei redditi di natura finanziaria (redditi di capitale e diversi),²²² determinando un complessivo inasprimento del carico fiscale che grava su di essi. Questi cespiti sono stati interessati da interventi, essenzialmente finalizzati ad un celere e consistente recupero di gettito, per effetto dei quali “i conti tornano” (almeno i dividendi sono uniformemente tassati a prescindere dal loro percettore), mentre “il sistema non torna” (si registrano, infatti, forme regressive di tassazione). Tale assetto ha reso oramai improcrastinabile la necessità di una riforma del settore della fiscalità finanziaria.

2. Il d.l. n. 66 del 2014 e l'ulteriore innalzamento della tassazione delle rendite finanziarie

In ordine di tempo, il primo intervento registratosi nel corso del 2014 è quello che si deve al d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2014, n. 89, che ha innalzato l'aliquota di tassazione dei redditi finanziari (di capitale e diversi) nella misura del 26%.

Questo decreto prosegue la manovra del 2011 che aveva già profondamente innovato il sistema di tassazione dei redditi finanziari. Come noto, fino a quell'anno, tali redditi subivano una tassazione sostitutiva o del 12,50% o del 27% a seconda del fatto che il legislatore volesse incentivare o penalizzare talune forme di investimento²²³. Con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla

²²² Su tali categorie, in generale, cfr. G. CORASANITI, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, pag. 36, L. CASTALDI, *I redditi di capitale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, I, Torino, 1994, pag. 217; A. VIOTTO, *Le plusvalenze derivanti da cessioni di partecipazioni sociali e valute estere*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario – L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, diretta da F. TESAURO, II, Torino, 1994, pag. 973.

²²³ Concretamente ciò era reso possibile dal ricorso ad una molteplicità di criteri per scegliere l'una o l'altra misura (il fatto che i titoli sottostanti fossero emessi o meno da enti soggetti a forme di vigilanza; la durata dell'investimento; il rendimento dello stesso) che riconducevano l'applicazione

legge 14 settembre 2011, n. 148, il legislatore ha pressoché completamente rinunciato a queste forme di politica fiscale prevedendo che gli interessi ed i dividendi (ad eccezione di quelli da partecipazioni qualificate) scontino tutti una tassazione sostitutiva del 20%, salvo talune deroghe tassativamente previste, la più importante delle quali accorda una tassazione del 12,50% ai rendimenti dei titoli di Stato e dei titoli equiparati. Dal punto di vista della tassazione dei dividendi, ciò ha comportato di fissare tra il 35% ed il 43% la tassazione complessiva società/soci.

Il d.l. n. 66 del 2014 ha pienamente confermato tale impianto elevando ulteriormente l'aliquota di tassazione dei redditi di capitale e di quelli diversi di natura finanziaria dal 20% al 26% (confermando, comunque, la tassazione del 12,50% sui titoli di Stato). Il principale ed immediato effetto di tale normativa è un ingiustificato aumento del carico fiscale gravante sui titolari di partecipazioni non qualificate tale per cui essi subiscono una tassazione superiore a quella dei grandi investitori, ovverosia dei titolari di partecipazioni qualificate²²⁴. Un simile risultato pone plurimi

dell'aliquota più elevata agli investimenti che denotavano un carattere più speculativo.

²²⁴ La misura del carico fiscale complessivo (tenendo conto delle varie riforme che si sono succedute nel tempo) sui dividendi percepiti da persone fisiche può così riassumersi:

	2003	2004	2008	2012	2014
Tassazione societaria	34	33	27,5	27,5	27,5
Tassazione complessiva società/soci titolari di partecipazioni non qualificate cui si applica l'imposta sostitutiva	42,25 (salva opzione per la tassazione ordinaria)	41,37 (non opzione per la tassazione ordinaria)	36,56 (non opzione per la tassazione ordinaria)	42 (non opzione per la tassazione ordinaria)	46,35 (non opzione per la tassazione ordinaria)
Tassazione complessiva società/soci titolari di partecipazioni qualificate con aliquota marginale minima	32,6 (aliquota 20%)	38,36 (aliquota 20%)	35,8 (aliquota 23%)	35,8 (aliquota 23%)	35,8 (aliquota 23%)
Tassazione complessiva	45 (aliquota	45,06 (aliquota	43 (aliquota	43 (aliquota	43 (aliquota

e fondati sospetti di incostituzionalità.

In questo quadro, si sono inseriti alcune delle norme della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. Legge di Stabilità 2015). Ci si riferisce a quelle che hanno modificato le regole di tassazione dei dividendi percepiti dagli enti non commerciali (che scontavano una tassazione non allineata alle misure anzidette) ed a quelle che hanno disposto un aumento della tassazione dei redditi dei fondi pensione²²⁵.

3. La tassazione dei dividendi percepiti da enti non commerciali secondo la Legge di Stabilità 2015.

3.1. Osservazioni di politica fiscale

Il comma 655 dell'articolo unico della Legge di Stabilità 2015 ha disposto l'aumento della tassazione degli "utili percepiti" dagli enti non commerciali residenti di cui all'art. 73, comma 1, lett. c), t.u.i.r.²²⁶: per questi soggetti "tutti" i dividendi, ivi

società/soci titolari di partecipazioni qualificate con aliquota marginale massima	45%)	45%)	43%)	43%)	43%)
--	------	------	------	------	------

²²⁵ L'aumento della tassazione di tali enti era stato ipotizzato dalla "Commissione di studio sulla tassazione dei redditi di capitale e dei redditi diversi di natura finanziaria" (c.d. Commissione Guerra), sulla base dei lavori della quale hanno avuto origine tanto la riforma del 2011, quanto quella del 2014. Tale Commissione, infatti, dopo aver ritenuto percorribile un aumento della tassazione dei redditi finanziari, con specifico riferimento al risparmio previdenziale riteneva "indispensabile segnalare che l'unificazione delle aliquote sui redditi finanziari ad un livello intermedio fra il 12,5% e il 27% pone un problema urgente di coordinamento per quanto riguarda il regime riservato a tale tipologia di risparmio" (cfr. *Relazione finale*, in *Tributi, Supplemento n. 2*, 2008, *passim*). Per la Commissione conservare la tassazione dei fondi pensione nella misura dell'11% avrebbe di fatto accordato a tale tipologia di risparmio vantaggi troppo significativi che avrebbero alterato eccessivamente "il disegno del prelievo sul risparmio previdenziale". Auspicava, dunque, per ovviare a tale situazione "una riconsiderazione complessiva della tassazione del risparmio previdenziale e, per coordinamento, del risparmio previdenziale assicurativo".

²²⁶ Tra i primi commenti a questi interventi si segnala R. PARISOTTO, *Aumento dell'imposizione su fondi pensione, polizze assicurative e dividendi per gli enti non commerciali*, in *Corr. Trib.*, 2014, pag. 3327; G. MOLINARO, *Inasprimento delle tassazione su risparmio previdenziale, utili degli enti non commerciali e proventi da contratti assicurativi*, in *Il Fisco*, 2014, pag. 4353.

compresi quelli prodotti nell'esercizio di impresa²²⁷, concorreranno alla base imponibile IRES non più nella misura del 5%, ma nella misura del 77,74%.

Tecnicamente, il legislatore ha raggiunto tale risultato modificando l'art. 4, comma 1, lett. q), d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, ovverosia una delle "disposizioni transitorie" (così la rubrica) previste dal legislatore al momento dell'introduzione dell'IRES. La menzionata lett. q) equiparava la tassazione dei dividendi (non anche delle plusvalenze) percepiti, appunto, dagli enti non commerciali a quella delle società e degli enti commerciali residenti: dunque, anche nei loro confronti era prevista l'esclusione da tassazione nella misura del 95%²²⁸. Si trattava di una norma che sarebbe dovuta essere superata dall'implementazione della c.d. Imposta sul Reddito (IRE) di cui all'art. 3, co. 1, lett. a), legge delega 7 aprile 2003, n. 80 e dall'inclusione degli enti non commerciali tra i soggetti passivi di tale imposta²²⁹. Non essendo mai stata attuata questa parte della Riforma del 2003, la norma, da transitoria, è divenuta definitiva accordando agli enti non commerciali un significativo vantaggio che il legislatore del 2014 ha ritenuto non più accettabile.

Sotto questo punto di vista, indubbiamente la Legge di Stabilità 2015 rimedia ad un'aporia del sistema: dal momento che tanto le persone fisiche, quanto gli enti non commerciali seguono la regola della "tassazione isolata" dei redditi secondo la loro fonte di provenienza, non vi sono ragioni per prevedere regole differenziate nella determinazione dei singoli redditi²³⁰.

²²⁷ In questo senso l'Agenzia delle Entrate nella circolare 19 febbraio 2015, n. 6/E.

²²⁸ L'Agenzia delle Entrate, nella circolare 26 giugno 2004, n. 26/E, al punto 3.7, aveva chiarito che il descritto trattamento fiscale si applica agli utili derivanti sia da partecipazioni non qualificate che da partecipazioni qualificate, nonché, visto il generico riferimento agli "utili percepiti" dagli enti non commerciali contenuto nel citato art. 4, d.lgs. n. 344 del 2003, sui proventi degli strumenti finanziari partecipativi e sugli utili derivanti dai contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza con apporto di capitale o misto, indipendentemente dall'entità dell'apporto.

²²⁹ Cfr. G. FRANSONI, *I criteri e i principi direttivi della legge delega relativi ai soggetti passivi delle nuove imposte sui redditi (con particolare riferimento agli enti non commerciali)*, in *Rass. trib.*, 2002, pag. 2015.

²³⁰ Questa regola, nel corso degli anni, si prestava ad essere utilizzata per realizzare arbitraggi fiscali. Ciò era dovuto alla sua interazione con le norme che hanno introdotto il *trust* nell'ordinamento nazionale. Come è noto, il comma 74 dell'articolo unico della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha dettato la disciplina fiscale del *trust*, inserendolo fra i soggetti passivi dell'IRES (commerciali o non

commerciali a seconda dell'oggetto dell'attività esercitata) e prevedendo che, nel caso in cui i beneficiari siano individuati, i redditi conseguiti dal *trust* siano ad essi imputati. Veniva così consentito ai contribuenti di avvantaggiarsi grazie al *trust* di un più mite regime di tassazione dei dividendi, poiché solo il 5% del loro ammontare avrebbe costituito il reddito imponibile. Era una conseguenza del principio della c.d. "*base imponibile uniforme*" introdotto dall'Agenzia delle Entrate con la circolare 6 agosto 2007, n. 48/E, laddove, con riguardo alle modalità di determinazione della base imponibile del *trust*, aveva precisato che occorre procedere unitariamente alla determinazione del reddito prodotto dal *trust* quale che sia la configurazione civilistica dello stesso e "*dopo aver determinato il reddito del trust, il trustee indicherà la parte di esso attribuito al trust - sulla quale il trust stesso assolverà l'IRES - nonché la parte imputata per trasparenza ai beneficiari - su cui questi ultimi assolveranno le imposte sul reddito -*". Conformemente a quanto avviene nei modelli di trasparenza esistenti nell'ordinamento nazionale, la determinazione della base imponibile avviene a livello dell'ente trasparente sulla base della sua natura commerciale o meno e questa viene traspunta ai partecipanti dell'ente. La norma consentiva, dunque, ai beneficiari di *trust* di beneficiare di regole più vantaggiose.

La modifica operata con la Legge di Stabilità 2015 non risolve tale situazione, ma solo la rovescia. Ora, in caso di *trust* con beneficiari individuati, concorrerà a tassazione il 77,74% del dividendo (restando escluso il 22,26%), mentre, ove i medesimi dividendi siano percepiti direttamente dai beneficiari, concorrerebbe a tassazione il 49,72% (restando escluso il 50,28%).

Ciò aumenta in modo significativo ed asistematico la tassazione complessiva in capo ai *trust* trasparenti i cui beneficiari possono subire una tassazione fino al 51,74%.

La misura del carico fiscale sui dividendi percepiti dai beneficiari di un *trust* trasparente può così riassumersi:

Utile	100	100
Aliquota	27,50%	27,50%
Imposta (A)	27,50	27,50
Utile distribuibile	72,50	72,50
Ammontare del dividendo	72,50	72,50
Quota esclusa	16,14	16,14
Quota tassata	56,36	56,36
Aliquota IRPEF	43%	23%
Imposta (B)	24,24	12,96
Totale imposte (A + B)	51,74	40,46

L'unica soluzione possibile per risolvere definitivamente tale aporia sarebbe ripetere quanto accaduto con riferimento all'art. 116 t.u.i.r.. Quest'ultimo, nell'originaria formulazione avrebbe esteso ai soci-persone fisiche delle società a responsabilità limitata, che avessero esercitato l'opzione per la trasparenza, il regime di determinazione delle plusvalenze previsto per i soggetti IRES. Per evitare questo effetto il legislatore aveva precluso l'esercizio stesso dell'opzione per trasparenza alle società a responsabilità limitata che possedevano partecipazioni che potessero beneficiare del regime di *participation exemption*. Impedire l'accesso al regime di trasparenza per opzione è stata però considerata una reazione eccessiva che ha obbligato il legislatore ad intervenire. L'art. 36, comma 16, lett. a), d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248:

- da un lato, ha soppresso il secondo periodo del comma 1 dell'art. 116 t.u.i.r. e modificato il comma 2 dell'art. 116 t.u.i.r. consentendo l'esercizio dell'opzione anche alle società che possiedono partecipazioni potenzialmente esenti;

La Legge di Stabilità 2015 porta così la tassazione complessiva dei dividendi percepiti dagli enti non commerciali alla misura del 43%²³¹, ovvero sia la medesima misura prevista per le persone fisiche²³².

La tassazione complessiva società/socio nel caso di persone fisiche oscilla, infatti, tra il 35,8% (per i soci titolari di partecipazioni qualificate con aliquota marginale minima) ed il 43% (per i soci titolari di partecipazioni qualificate con aliquota marginale massima), ferma la tassazione complessiva del 46,35% subita dai soci titolari di partecipazioni non qualificate cui si applica l'imposta sostitutiva

- dall'altro, ha esteso alle società a responsabilità limitata trasparenti le regole di determinazione di dividendi e plusvalenze proprie della persone fisiche, così da assicurare una piena omogeneità tra regole di determinazione dei redditi per le società e per i soci.

Tale risultato può, però, essere solo il frutto di una specifica modifica normativa che il legislatore non sembra intenzionato ad apportare al sistema.

Con riferimento ai *trust* la Legge di Stabilità 2015 causa un'ulteriore discrasia. La tassazione nella misura del 77,74% vale solo per i *trust* non commerciali in quanto il citato art. 4, d.lgs. n. 344 del 2003, opera solo per i soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. c), t.u.i.r.. Essa non varrà per i *trust* commerciali di cui all'art. 73, comma 1, lett. b), t.u.i.r. per i quali i dividendi continueranno a concorrere alla determinazione della base imponibile nella misura del 5%. A seconda dell'oggetto del *trust* vi potranno, dunque, essere significative differenze nel carico fiscale complessivo sopportato dalla stesso o dai suoi beneficiari.

Cfr. M. SNICHELOTTO, *La tassazione dei dividendi percepiti dal trust*, in *Corr. Trib.*, 2015, pag. 431. Lo stesso Autore osserva che, dal momento che la norma menziona testualmente la "maggiore imposta sul reddito delle società" che i beneficiari di un *trust*, in assenza di un chiarimento dell'Agenzia delle Entrate, non potranno beneficiare del credito di imposta di cui al comma 656 dell'art. 1, legge n. 190 del 2014.

²³¹ La misura del carico fiscale sui dividendi percepiti da enti non commerciali può così riassumersi:

Utile	100	100
Aliquota	27,50%	27,50%
Imposta (A)	27,50	27,50
Utile distribuibile	72,50	72,50
Ammontare del dividendo	72,50	72,50
Quota esclusa	16,14	16,14
Quota tassata	56,36	56,36
Aliquota	27,50%	
Aliquota dimezzata (art. 6, d.P.R. n. 601 del 1973)		13,75%
Imposta (B)	15,50	7,75
Totale imposte (A + B)	43	35,25

²³² Cfr. la tabella di cui alla precedente nota 3.

del 26%. La tassazione società/soci enti non commerciali²³³ viene ugualmente ad attestarsi tra il 35,25% (per quegli enti che godono dell'aliquota IRES ridotta alla metà²³⁴) ed il 43% (per tutti gli altri).

²³³ Si deve inoltre segnalare che l'art. 4, comma 1, lett. q), d.lgs. n. 344 del 2003, testualmente si applica solo agli enti di cui all'art. 73, comma 1, lett. c), t.u.i.r., ovvero sia agli enti non commerciali residenti. Restano, dunque, esclusi gli enti non commerciali non residenti.

Per questi dovrebbe applicarsi l'art. 27, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ai sensi del quale è dovuta una ritenuta del 26% sugli utili corrisposti a "soggetti non residenti" nel territorio dello Stato, fermo restando che i soggetti non residenti, diversi dagli azionisti di risparmio, hanno diritto, fino a concorrenza degli undici ventiseiesimi della ritenuta, al rimborso dell'imposta che dimostrino di aver pagato all'estero in via definitiva sugli stessi utili mediante certificazione del competente ufficio fiscale dello Stato estero.

La medesima ritenuta è, invece, operata a titolo di imposta e con l'aliquota dell'1,375% sugli utili corrisposti "alle società e agli enti" soggetti ad un'imposta sul reddito delle società negli Stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo inclusi nella *white list*.

Tale differenza di trattamento tra enti residenti ed enti non residenti potrebbe non risolversi in una discriminazione vietata dal diritto dell'Unione Europea. Qualora venga, infatti, applicata l'aliquota del 26%, eventuali discriminazioni sono stemperate dal riconoscimento del credito di imposta nella misura di undici ventiseiesimi e, comunque, dalla possibilità di applicare le aliquote (di norma sensibilmente inferiori) accordate dalle convenzioni contro le doppie imposizioni. Ove, invece, sussistano i presupposti per l'applicazione dell'aliquota dell'1,375%, potrebbero sussistere svantaggi a carico degli enti non commerciali residenti in quanto la recente modifica legislativa ha elevato per costoro il livello impositivo. L'aliquota dell'1,375% si applica agli enti soggetti ad un'imposta sul reddito delle società, non ai soggetti che svolgono attività commerciale; in una situazione puramente interna allo Stato italiano è, invece, proprio la distinzione tra ente commerciale ed ente non commerciale a giustificare un diverso trattamento fiscale.

²³⁴ L'art. 6, d.P.R. n. 29 settembre 1973, n. 601, accorda una riduzione alla metà dell'aliquota IRES ai seguenti soggetti a condizione che abbiano personalità giuridica:

- a) enti e istituti di assistenza sociale, società di mutuo soccorso, enti ospedalieri, enti di assistenza e beneficenza;
- b) istituti di istruzione e istituti di studio e sperimentazione di interesse generale che non hanno fine di lucro, corpi scientifici, accademie, fondazioni e associazioni storiche, letterarie, scientifiche, di esperienze e ricerche aventi scopi esclusivamente culturali;
- c) enti il cui fine è equiparato per legge ai fini di beneficenza o di istruzione;
- d) istituti autonomi per le case popolari, comunque denominati, e loro consorzi.

La norma ha suscitato numerose incertezze circa la sua applicabilità alle fondazioni bancarie. Sul punto si segnala un orientamento della Cassazione che nega la possibilità di applicare tale norma sulla base di argomenti tratti:

- dal diritto interno in quanto detta agevolazione è riconosciuta "ad una platea di soggetti ben definiti e individuati ... in ragione del loro profilo soggettivo e non in ragione della attività oggettivamente svolta". Con riferimento alle fondazioni bancarie non è possibile rinvenire alcuna "somiglianza" tra questi enti e le fondazioni bancarie atteso il "particolare vincolo genetico, che le univa alle aziende scorporate, e della particolare missione loro assegnata dal legislatore" (Cass. Sez. Un., 22 gennaio 2009, nn. da 1576 a 1594 e da 1596 a 1599);
- dal diritto dell'Unione Europea in quanto la stessa agevolazione compete solo a enti che si

Come appena dimostrato, il legislatore ha raggiunto una sostanziale uniformità dal punto di vista “quantitativo” nella tassazione dei dividendi percepiti da persone fisiche ed enti non commerciali²³⁵.

qualificano di per sé quali enti non commerciali, mentre le fondazioni bancarie, sulla base del diritto dell'Unione Europea, non possono ricevere tale qualificazione dal momento che quella delle fondazione bancarie si qualifica quale “attività commerciale ... secondo il diritto comunitario” in tutti i casi in cui le stesse non siano in grado di dimostrare “concretamente ... e indipendentemente dalle previsioni statutarie, di aver svolto un'attività prevalente od esclusiva di promozione sociale o culturale, anziché di controllo o governo delle partecipazioni bancarie” (Cass., sent. 2 aprile 2010, n. 8082).

In senso contrario, anche se isolata, si segnala la sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia 25 giugno 2010, n. 130, che ha superato quanto affermato dalle Sezioni Unite ritenendo che l'art. 6, d.P.R. n. 601 del 1973, fornisca un'elencazione di enti “non definiti in modo specifico che si individuano e qualificano sulla base dell'attività, ricorrendo così ad un criterio misto soggettivo/oggettivo”. Ne consegue che “l'individuazione dei soggetti beneficiari delle agevolazioni rientranti in questa tipologia deve essere operata accertando l'esercizio delle attività costituenti quindi presupposto per l'agevolazione”. Pertanto, ad avviso della Commissione Regionale, il fatto che le fondazioni bancarie “non siano state “nominativamente” indicate nell'art. 6 non costituisce ostacolo ... alla sua applicazione atteso che le fondazioni in generale [svolgono] più di una delle attività ivi contemplate. Ciò che contraddistingue le fondazioni (se si vuole ex bancarie) è il fatto che operano non in uno ma in più dei predetti campi”. La Commissione Regionale procede quindi non a quella verifica soggettiva che le Sezioni Unite invitavano i giudici a fare, ma ad una verifica oggettiva e puntuale delle attività svolte dalla fondazione bancaria ricorrente.

In dottrina cfr. G. ZIZZO, *Ragionando sulla fiscalità del Terzo Settore*, in *Rass. trib.*, 2010, pag. 974; L. PERRONE, *Le vicende delle agevolazioni tributarie sul reddito delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rass. trib.*, 2010, pag. 25; E. NUZZO, *Fondazioni bancarie: possesso di partecipazione di maggioranza ed attività commerciale*, in *Rass. trib.*, 1997, pag. 1042; F. AMATUCCI, *I requisiti di “non commercialità” dell'attività svolta dalle fondazioni bancarie per il riconoscimento delle agevolazioni fiscali*, in *Rass. trib.*, 2006, pag. 134; P. ROSSI, *Agevolazioni fiscali e fondazioni bancarie: lo “scopo” dell'ente conferente e le attività che è chiamato a svolgere*, in *Boll trib.*, 1997, pag. 1514; ID., *Sull'applicabilità dell'agevolazione prevista dall'art. 6 DPR 29 settembre 1973, n. 601 alle Casse di Risparmio conferenti le aziende bancarie*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, pag. 53; R. RINALDI, *La natura di imprese delle fondazioni bancarie e la inapplicabilità dell'esonero della ritenuta d'acconto sui dividendi: luci ed ombre della sentenza a Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2007, pag. 988.

²³⁵ Si segnala, però, una differenza “qualitativa”. Il carico fiscale sopportato dalle persone fisiche (cfr. le misure di cui alla nota 3) risulta, infatti, dalla distinzione tra:

- a. dividendi prodotti nell'esercizio di impresa (che concorrono alla determinazione del reddito complessivo nella misura del 49,72%) e;
- b. dividendi prodotti al di fuori dell'esercizio di impresa, in cui si deve ulteriormente distinguere tra:
 1. dividendi relativi a partecipazioni qualificate (che concorrono alla determinazione del reddito complessivo nella misura del 49,72%) e;
 2. dividendi relativi a partecipazioni non qualificate (soggetti ad imposta sostitutiva del 26%).

Il carico fiscale sopportato dagli enti non commerciali (cfr. le misure di cui alla nota 10) dipende solo da differenze nell'ammontare dell'aliquota IRES (integrale o dimezzata) applicabile agli enti medesimi. In questa ipotesi, i dividendi concorrono “sempre” alla determinazione del reddito complessivo nella misura del 49,72%, a nulla rilevando l'essere prodotti o meno nell'esercizio di

È questo ciò che non convince. L'uguaglianza del sistema viene assicurata da meri calcoli matematici e non da precise scelte di politica fiscale finalizzate ad incentivare talune forme di risparmio, piuttosto che altre o le finalità perseguite da taluni soggetti piuttosto che da altri. Viene così del tutto omessa qualunque valutazione sulla maggiore o minore meritevolezza dei fini che essi possono perseguire²³⁶. Il precedente regime di detassazione dei dividendi percepiti dagli enti non commerciali nella misura del 95% veniva, invece, giustificato in dottrina²³⁷ proprio dalla circostanza che il legislatore avesse *“voluto avere un occhio di riguardo per essi in considerazione degli scopi non lucrativi perseguiti”*.

La Legge di Stabilità 2015 evidenzia, una volta di più, come il legislatore abbia rinunciato ad introdurre forme di “discriminazione qualitativa” nella tassazione dei redditi di natura finanziaria, accontentandosi di una “uguaglianza quantitativa” del loro livello (alto) di tassazione.

L'intervento attuato dalla Legge di Stabilità 2015 presenta un ulteriore elemento critico; più precisamente, esso mantiene, ma non corregge, un “peccato originale” dell'art. 4, comma 1, lett. q), d.lgs. n. 344 del 2003, ovvero sia la circostanza di essere applicato ai soli dividendi e non anche alle plusvalenze azionarie. Un tratto caratterizzante della riforma IRES era stato, invece, quello di aver previsto una sostanziale assimilazione tra tali due categorie reddituali in forza dell'osservazione

imprese (lo chiarisce la circolare n. 6/E del 2015), o il derivare da partecipazioni qualificate o non qualificate (lo chiarisce la circolare n. 26/E del 2004).

²³⁶ L'occasione di dare rilievo a tali circostanze potrebbe, invece, essere il disegno di legge di *“Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale”* (Atto della Camera dei Deputati n. 2617 approvato il 9 aprile 2015 – Atto del Senato della Repubblica n. 1870) con cui viene auspicata un'integrale riforma dell'organizzazione e dell'attività degli enti non commerciali. Per quanto qui di interesse, viene previsto che il Governo proceda al riordino ed all'armonizzazione del sistema tributario e delle forme di fiscalità di vantaggio e di sostegno economico applicabile agli Enti No Profit. L'obiettivo del legislatore sembrerebbe proprio quello di introdurre regimi di tassazione che tengano conto delle finalità solidaristiche e di utilità sociale che tali enti perseguono, nonché dell'impatto sociale delle attività da loro svolte.

²³⁷ Così F. GALLO, *Fondazioni e Fisco*, in *Rass. Trib.*, 2004, pag. 1159, il quale insinuava altresì il dubbio che l'intervento del legislatore dell'epoca non fosse del tutto consapevole, ma solo dettato da contingenze concrete.

per cui le plusvalenze altro non rappresentano che l'attualizzazione di futuri flussi di dividendi. Dal momento che questi due cespiti, nella prospettiva economica, condividono la medesima natura, il legislatore della Riforma IRES ha scelto di estendere alle plusvalenze (salvo che per alcuni aspetti) il regime di tassazione accordato ai dividendi²³⁸.

Per gli enti non commerciali tale assimilazione non valeva e non vale: le plusvalenze realizzate dagli enti non commerciali sono tassate come quelle realizzate dalle persone fisiche e, dunque, distinguendo plusvalenze su partecipazioni non qualificate (assoggettate ad imposta sostitutiva del 26% sull'intero ammontare) e plusvalenze su partecipazioni qualificate (assoggettate ad aliquota IRES sul 49,72% del loro ammontare).

I dividendi e le plusvalenze realizzate dagli enti non commerciali scontano un prelievo differenziato²³⁹ che non solo altera l'impostazione unitaria impressa nel 2003 dal legislatore al sistema, ma potrebbe anche causare arbitraggi fiscali.

3.2. Osservazioni di tecnica fiscale

Il successivo comma 656 dell'art. 1, legge n. 190 del 2014, accorda *"un credito d'imposta pari alla maggiore imposta sul reddito delle società dovuta, nel solo periodo d'imposta in corso al 1° gennaio 2014, in applicazione della disposizione introdotta con il*

²³⁸ I. VACCA, *La nuova imposta sul reddito delle società: prime osservazioni - Atti del Convegno di studi svoltosi presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" - Facoltà di Economia Dipartimento di Economia Pubblica, il 6 giugno 2002*, in allegato a *Il Fisco*, 2002 e disponibile in Banca dati Fisconline.

²³⁹ La misura del carico fiscale sulle plusvalenze può così stimarsi:

	Dividendi		Plusvalenze su partecipazioni qualificate		Plusvalenze su partecipazioni non qualificate
Ammontare	100	100	100	100	100
Quota esente	22,26%	22,26%	50,28%	50,28%	0%
Quota tassata	77,74	77,74	49,72	49,72	100
Aliquota	27,50%	13,75%	27,50%	13,75%	26%
Imposta	21,38	10,69	13,67	6,84	26

comma 655"²⁴⁰.

La concessione del credito di imposta assolve ad una funzione essenzialmente pratica: sanare la sostanziale retroattività della modifica normativa in quanto è previsto che la nuova (peggiorativa) percentuale di esclusione *"in deroga alle disposizioni dell'articolo 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, concernente l'efficacia temporale delle norme tributarie, [si applichi] agli utili messi in distribuzione dal 1° gennaio 2014"*. La "retroattività formale" della norma è, dunque, corretta, per garantirne l'"irretroattività sostanziale" (anche se futura). Per effetto del credito di imposta in esame, infatti, viene restituita, a partire dal 2016, la maggior imposta corrisposta per il 2014.

La determinazione della misura di tale credito di imposta pone alcuni problemi. In particolare, dal punto di vista operativo, possono configurarsi due alternative:

a) comparare l'imposta che si sarebbe dovuta pagare sul solo dividendo. In altri termini dovrebbe essere fatto un raffronto tra quanto effettivamente pagato e quanto si sarebbe pagato sulla base del previgente regime solo ed esclusivamente in relazione al dividendo distribuito;

b) comparare l'imposta di cui si sarebbe stati debitori rispetto a quella di cui si è effettivamente risultati debitori. In altri termini il contribuente dovrebbe procedere a tutti i passaggi necessari per l'applicazione dell'imposta di cui è debitore²⁴¹ modificando la base imponibile.

La differenza tra le due impostazioni è, in estrema sintesi, se il credito di imposta debba essere calcolato isolatamente sul solo dividendo o tenendo conto di come

²⁴⁰ Si prevede che detto credito possa essere utilizzato esclusivamente in compensazione; in proposito vale la pena osservare che, riferendosi genericamente alla "compensazione", senza prevedere alcun limite, sarà possibile ricorrere sia alla compensazione orizzontale, sia a quella verticale.

²⁴¹ Il contribuente, in altri termini ancora, dovrebbe procedere alla determinazione del reddito complessivo lordo, all'applicazione delle deduzioni, alla determinazione dell'imposta lorda secondo gli scaglioni di reddito, all'applicazione delle detrazioni, allo scomputo di altri crediti, ma non degli acconti.

tale dividendo si cali nella situazione complessiva del contribuente. Per risolvere tale questione occorre determinare il significato della formula "imposta dovuta". Si tratta di un'espressione che il t.u.i.r. non definisce²⁴²; ciò nonostante dal t.u.i.r. si ricava che la determinazione dell'imposta da versare debba svolgersi passando per le seguenti fasi:

- a) determinazione dell'imposta lorda;
- b) sottrazione dall'imposta lorda delle detrazioni;
- c) scomputo dall'imposta netta dei crediti di imposta per le imposte pagate all'estero;
- d) scomputo degli acconti;
- e) scomputo delle ritenute alla fonte.

Data tale esemplificazione, l'imposta dovuta si ritiene sia quella *sub c)*; si tratta di quella che il contribuente è tenuto a pagare per adempiere al suo debito d'imposta in ossequio al principio costituzionale di capacità contributiva, rappresentando lo scomputo di eventuali acconti e ritenute un mero fatto finanziario che non incide sulla capacità contributiva del soggetto. Appare così evidente come il presente credito di imposta non possa essere calcolato isolatamente, confrontando solo la tassazione dei dividendi, ma tenendo conto dell'intera fiscalità dell'ente, escludendo pertanto quelle somme che non concorrono alla misura della capacità contributiva dello stesso.

Anche in questo caso il perseguimento da parte di un ente commerciale di finalità erogative (purché queste accordino all'ente che le effettua una detrazione o una deduzione) potrebbe risultare penalizzante. L'interpretazione fornita comporta, infatti, che, matematicamente, accadrà che tanto maggiori saranno le deduzioni o detrazioni dal reddito di cui beneficerà l'ente, tanto minore sarà l'ammontare del

²⁴² È comunque utilizzata in varie disposizioni, pur se con significati non del tutto simili (gli artt. 76 e 80 in tema di IRES; gli artt. 7, 11, comma 2-bis e la rubrica dell'art. 24 in tema di IRPEF e l'art. 165 t.u.i.r. tra le disposizioni comuni alle due imposte).

credito di imposta di cui potrà godere. La riforma non avrebbe dovuto in alcun modo penalizzare, invece, l'attività tipica degli enti non commerciali

Il comma 656 prevede altresì che il predetto credito di imposti si utilizzi *"dal 1° gennaio 2016, nella misura del 33,33 per cento del suo ammontare, dal 1° gennaio 2017, nella medesima misura e, dal 1° gennaio 2018, nella misura rimanente"*. Ciò premesso si pone il problema di comprendere se il credito possa essere usato, in ciascun anno, entro limiti quantitativi insuperabili (33,33%, 33,33% e la parte rimanente) oppure se l'ammontare non utilizzato in un periodo di imposta possa incrementare la quota dei successivi periodi. La circostanza che il legislatore preveda che il 1° gennaio 2016, 2017 e 2018 costituiscano ciascuno il termine iniziale a partire *"dal"* quale utilizzare una quota del credito rappresenta un argomento incontrovertibile per sostenere che le quote di credito non impiegate in un anno siano recuperate a partire da quello immediatamente successivo.

Diverse interpretazioni non sarebbero conformi alla *ratio* ed alla lettera della norma: negare, infatti, la possibilità di riportare in avanti l'eventuale residuo credito non compensato entro tale anno significherebbe concludere nel senso che ciò che non è compensato entro il 2018 è perduto, ancorché si tratti di una somma che il legislatore ha ritenuto debba essere restituita al contribuente.

4. La tassazione del risparmio previdenziale secondo la Legge di Stabilità 2015

Nella Legge di Stabilità 2015 si possono rinvenire altre norme di sfavore verso il "risparmio". Ci si riferisce ai commi da 621 a 624 che introducono un generalizzato inasprimento della tassazione dei fondi pensione.

Il primo di questi commi dispone l'incremento dell'aliquota di tassazione dei rendimenti netti maturati dalle gestioni annuali dei fondi pensione dall'11,5% (aliquota in vigore dal 1° luglio 2014, in luogo della previgente aliquota dell'11%) al

20%²⁴³.

Mitiga questo aumento il comma 92 che accorda ai fondi pensione un credito²⁴⁴, nei limiti di un apposito stanziamento nel bilancio dello Stato²⁴⁵, pari al 9% del risultato netto assoggettato all'imposta sostitutiva di cui all'art. 17, d.lgs. n. 252 del 2005, a condizione che un ammontare corrispondente al risultato netto stesso sia investito in attività di carattere finanziario a medio e lungo termine, individuate con apposito decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze²⁴⁶.

Il credito di imposta in esame, a differenza di quello riconosciuto agli enti non commerciali, non è temporalmente limitato (non opera solo per il 2014), ma opera a livello strutturale (benché solo a decorrere dal 2015 con possibilità di essere

²⁴³ Ai sensi del comma 624, l'aumento dell'aliquota al 20% opera a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014; tuttavia la stessa disposizione, in deroga al principio di irretroattività previsto dallo Statuto del Contribuente, prevede che l'imposta complessivamente dovuta per il 2014 sia calcolata con l'aliquota del 20%. Anche in questo caso, dunque, la norma risulta retroattiva. Al fine di evitare, però, che l'incremento di tassazione incida sui rendimenti maturati nel 2014 e compresi nei riscatti liquidati nel corso del medesimo anno, è previsto che il risultato netto di gestione sia ridotto del 48% della differenza tra le erogazioni effettuate nel corso del 2014 per il pagamento dei riscatti ed il valore delle rispettive posizioni individuali maturate al 31 dicembre 2013, maggiorate dei contributi versati, fino alla data in cui è effettuato il riscatto. Attraverso tale rettifica si determina una riduzione dell'imposta dovuta pari al differenziale tra la nuova e la vecchia aliquota (8,50%), confermando la tassazione all'11,50% vigente al momento dell'erogazione.

²⁴⁴ Il credito d'imposta in commento, sempre in base a quanto stabilito dal comma 92, non concorre alla formazione del risultato netto maturato e, ai fini della formazione delle prestazioni pensionistiche, deve essere portato ad incremento della parte corrispondente ai redditi già assoggettati ad imposta. Lo stesso dovrà, poi, essere indicato nella dichiarazione dei redditi relativa a ciascun periodo d'imposta e potrà essere utilizzato a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello di effettuazione del citato investimento, esclusivamente in compensazione, ai sensi dell'art. 17, d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241. Al credito d'imposta non si applicano i limiti di cui all'art. 1, comma 53, legge 24 dicembre 2007, n. 244, e all'art. 94, legge 23 dicembre 2000, n. 388.

²⁴⁵ È previsto uno stanziamento di 80 milioni di euro a decorrere dal 2016.

²⁴⁶ Beneficiano di un credito di imposta analogo anche gli enti di previdenza obbligatoria di cui al d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e al d.lgs. 10 febbraio 1996, n. 103. La Legge di Stabilità 2015 prende atto della penalizzazione che tali enti hanno subito con l'aumento al 26% delle ritenute e imposte sostitutive sui redditi finanziari, sicché, per compensarli di tale aumento, riconosce loro un credito di imposta pari alla differenza tra l'ammontare delle ritenute e delle imposte sostitutive applicate nella misura del 26% sui redditi di natura finanziaria, dichiarate e certificate dai soggetti intermediari o dichiarate dagli enti medesimi e l'ammontare di tali ritenute e imposte sostitutive computate nella misura del 20%. La condizione per poter fruire di tale credito di imposta è che i proventi assoggettati alle ritenute e imposte sostitutive siano investiti in attività di carattere finanziario a medio o lungo termine individuate con apposito decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

utilizzato solo dal 2016) ed è limitato ad una misura annualmente determinata. Tuttavia, esso non è accordato in via automatica, ma solo in caso di effettuazione di specifici investimenti e, comunque, nei limiti di quanto stanziato dal legislatore. Il calcolo del suo ammontare presenta minori problemi applicativi in quanto è una percentuale della stessa base imponibile ordinariamente tassata.

Con riferimento ai fondi pensione occorre segnalare un ulteriore intervento, quello di cui al comma 622. Esso coordina la tassazione dei fondi pensione con le norme (contenute nel d.l. n. 138 del 2011, confermate dal d.l. n. 66 del 2014) che accordano una tassazione nella misura del 12,50% a talune tipologie di redditi di capitale, essenzialmente a quelli che derivano dal possesso di titoli di Stato italiani o esteri (*rectius*, di Stati UE o SEE *white list*)²⁴⁷. Il legislatore vuole evitare che i relativi proventi, concorrendo al risultato di gestione tassato al 20%, perdano i vantaggi fiscali di cui godono. A tale scopo è previsto che detti titoli concorrano alla determinazione del risultato netto di gestione del fondo pensione nella misura del 62,50%²⁴⁸.

²⁴⁷ Nel dettaglio (e nei limiti di quanto qui di interesse) è accordata una tassazione nella misura del 12,50% ai rendimenti dei seguenti titoli:

- titoli di Stato italiani e titoli ad essi equiparati quali BOT, CCT, BTP, eccetera (tra questi sono ricompresi anche i titoli emessi da enti territoriali, anche con ordinamento autonomo quali Regioni, Province, Comuni);
- titoli "equiparati" quali:
 - titoli emessi da organismi costituiti in base ad accordi internazionali (Bei, Birs, Ceca, Euratom, eccetera);
 - titoli da rimborsare con azioni di società controllate dallo Stato, di cui all'art. 25, comma 5, d.l. n. 350 del 2001;
 - titoli emessi dalle società di cartolarizzazione dei proventi derivati dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici, di cui all'art. 2, d.l. n. 351 del 2001;
- titoli di Stato esteri *white list* o di loro articolazioni territoriali (si tratta dei titoli degli Stati che garantiscono un adeguato scambio di informazioni con l'Italia. Vale la pena precisare che il d.l. n. 138 del 2011 non prevedeva che la tassazione del 12,50% si applicasse alle obbligazioni emesse dagli enti territoriali dei suddetti Stati esteri, mentre la accordava ai titoli emessi dagli enti territoriali italiani. Il d.l. n. 66 del 2014 ha corretto tale disparità di trattamento equiparando il trattamento fiscale dei titoli di enti sub-statali non italiani a quello dei titoli degli enti sub-statali italiani).

²⁴⁸ Nel dettaglio, la norma prevede che la base imponibile dei redditi prodotti dai titoli di Stato e da quelli equiparati sia calcolata in base al rapporto tra l'aliquota agevolata del 12,5% e quella dell'imposta sostitutiva stessa. Analizza diffusamente questa norma la circolare 13 febbraio 2015, n. 2/E, che, tra gli altri chiarimenti, precisa come la regola della parziale concorrenza al reddito

Gli investimenti dei fondi pensione sono, così, implicitamente indirizzati, oltre che nelle attività che il decreto indicherà, anche nei titoli di Stato.

Nonostante tali correttivi, la Legge di Stabilità 2015 ha, dunque, sostanzialmente inasprito la tassazione del risparmio previdenziale. Si tratta di un intervento non del tutto condivisibile in quanto tradisce il motivo originario sulla base del quale si giustifica tradizionalmente la scelta di riservare alla previdenza un trattamento fiscale di favore: dare attuazione all'art. 38 Cost. con cui è costituzionalmente incentivata proprio la previdenza²⁴⁹.

Le riforme in tema di fiscalità della previdenza complementare che si sono succedute nel tempo hanno, invece, di regola, cercato di perseguire tale obiettivo. Ora esso sembra essere stato abbandonato: il credito di imposta accordato agli enti previdenziali, benché costruito tecnicamente in maniera corretta, non appare concretamente in grado di compensare in modo pieno lo svantaggio dell'aumento della tassazione del fondo. La circostanza che il suo godimento sia condizionato, prima, dall'adozione, da parte del fondo, di specifiche politiche di investimento e, poi e comunque, dalla capienza di uno stanziamento annuale, può vanificarne l'effettività.

5. Considerazioni conclusive

L'analisi dei vari interventi²⁵⁰ in tema di fiscalità finanziarie che si sono succeduti

imponibile non debba applicarsi solo nel caso dell'investimento diretto da parte del fondo pensione in titoli pubblici (cui è equiparato l'investimento in contratti di riporto, pronti contro termine e mutuo di titoli garantito che abbiano come sottostante i predetti titoli), ma anche in caso di investimento indiretto (ovverosia tramite la partecipazione in organismi di investimento collettivo del risparmio e contratti di assicurazione che investono in tali titoli).

²⁴⁹ F. MARCHETTI, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, pag. 11 e 201.

²⁵⁰ A tali interventi, se ne può aggiungere uno ulteriore che incide, solo in maniera indiretta, su una diffusa forma di risparmio. Ci si riferisce all'intervento operato dalla Legge di Stabilità 2015 con i commi 658 e 659, sul risparmio assicurativo. È stata prevista una significativa limitazione all'esenzione IRPEF per i capitali percepiti in dipendenza di polizze di assicurazione sulla vita. Essa esula dalle presenti note in quanto non è collegata all'innalzamento dell'aliquota di tassazione dei redditi finanziari dal 20% al 26%.

nel corso del 2014 dimostra come, nella prospettiva del legislatore, i redditi finanziari siano un affare per “ricchi”.

Con riferimento ai dividendi, in particolare, si registra un complessivo aumento della loro tassazione: il carico fiscale complessivo gravante su di essi si colloca nella parte più alta della curva della progressività. In questo contesto, poi, i percettori di dividendi da partecipazioni scontano la più elevata tassazione, addirittura ne

Ci si limita a ricordare che il legislatore ha inciso sull'art. 34, ultimo comma, d.P.R. n. 601 del 1973, prevedendo che sia esente da IRPEF solo la quota di proventi delle polizze vita riferibile alla copertura del rischio demografico. Ne consegue che la parte residua di proventi, legata ad una componente finanziaria non è più soggetta a tale esenzione, ma è tassata con aliquota del 26% o del 12,5% a seconda del tipo di investimento sottostante. L'intervento normativo si applica ai proventi percepiti a decorrere dal 1° gennaio 2015. Tale disposizione, come esplicitato dalla Relazione illustrativa, comporta che per le polizze temporanee caso morte, in cui la copertura rischio demografico è integrale, continua a trovare applicazione la vigente esenzione IRPEF; per le polizze miste (tipicamente le polizze *unit linked*) sarà necessario, invece, scomputare la componente rischio demografico (esente), dalla parte restante, soggetta a tassazione secondo le previsioni dell'art. 45, comma 4, t.u.i.r.. Questa modifica normativa, pur rappresentando indubbiamente una penalizzazione per i contribuenti, non si ritiene meriti un giudizio del tutto negativo in quanto corregge un'asimmetria del sistema. L'Agenzia delle Entrate, nella circolare 20 marzo 2001, n. 29/E aveva ricordato che, nel novero dei contratti di assicurazione finalizzati alla copertura del rischio di morte, non rientrano solo quelli in cui il contratto prevede l'erogazione della prestazione esclusivamente in caso di morte, ma anche quelli che prevedono l'erogazione sia in caso di morte sia in caso di permanenza in vita dell'assicurato alla scadenza del contratto stesso o di riscatto prima della scadenza (ovverosia i contratti che hanno per oggetto il c.d. rischio di morte a vita intera). Tale distinzione era funzionale all'Agenzia a chiarire che per i contratti di tipo misto, solo la parte del premio riferibile al rischio di morte può fruire della detrazione dall'IRPEF di cui all'art. 15, lett. f), t.u.i.r.. Si registrava, dunque, un'asimmetria: benché solo una parte del premio fosse detraibile, l'intera prestazione erogata era esente. Per l'Agenzia, infatti, *“se l'evento che determina l'erogazione della prestazione è la morte, l'intero ammontare delle somme corrisposte non è soggetto a tassazione, indipendentemente dalla detrazione dei premi”*. Nell'impostazione dell'Amministrazione Finanziaria ciò era una conseguenza dell'art. 34, d.P.R. n. 601 del 1973 e dell'art. 6 t.u.i.r. (secondo cui non costituiscono ipotesi reddituale le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento dipendente da invalidità permanente o da morte). Nonostante il contribuente godesse di una esenzione parametrata solo alla parte del premio corrisposta a copertura del caso morte, l'intera prestazione dovuta al verificarsi di tale evento era, invece, integralmente esente. La Legge di Stabilità 2015 ovvia a tale diversità di trattamento riservando il regime di esenzione solo alla parte del capitale ascrivibile alla copertura del rischio di mortalità, mentre la restante parte (che misura il rendimento sottostante della polizza) sarà assoggettato a tassazione ai sensi dell'art. 26-ter, comma 1, d.P.R. n. 600 del 1973.

La modifica in questione permette di recuperare una maggiore coerenza a livello sistematico circoscrivendo il regime di favore (detrazione nella fase della corresponsione dei premi; esenzione nella fase del pagamento della prestazione assicurativa) solo a quella parte delle somme effettivamente meritevole più di tutela.

In generale sul tema cfr. G. SCIFONI, *La speranza di uno stimolo dei consumi attuali passa per la penalizzazione fiscale di lungo periodo*, in *Corr. Trib.*, 2015, pag. 333.

scontano una (46,35%) più elevata di quella dei titolari di una partecipazione qualificata (al massimo il 43%). È ciò possibile solo allorché l'investimento in partecipazioni azionarie, incapaci di incidere sulle vicende di una società, dimostri una capacità contributiva maggiore di un investimento in partecipazioni idonee ad orientare le scelte di una società. Solo la prima è, evidentemente, una forma di risparmio per "ricchi".

Allo stesso modo sono "ricchi" tutti gli enti non commerciali, indistintamente considerati, che meritano di scontare sempre la più elevata tassazione sui dividendi da loro percepiti; solo alcuni di tali enti possono subirne una un po' meno elevata se già beneficiano dell'aliquota IRES dimezzata. Anche in questo intervento si registra una certa miopia del legislatore che forse avrebbe fatto meglio a tenere conto della molteplicità dei fini che gli enti non commerciali possono perseguire e a favorirne taluni.

Un po' meno "ricchi", ma comunque tali da meritare una tassazione più elevata della più bassa aliquota IRPEF, sono coloro che investono in titoli che generano interessi periodici (ad eccezione di coloro che investono in titoli di Stato) o coloro che investono in altre forme di risparmio, quali i fondi mobiliari²⁵¹ ed i fondi immobiliari²⁵².

²⁵¹ Il regime di tassazione dei fondi mobiliari si rinviene all'art. 73, comma 5-*quiquies*, t.u.i.r., il quale stabilisce che i redditi dei predetti organismi d'investimento siano esenti dalle imposte sui redditi purché il fondo o il soggetto incaricato della gestione sia sottoposto a forme di vigilanza prudenziale e prevede che sui redditi di capitale per i quali l'organismo d'investimento subisce le ritenute alla fonte, queste ultime siano applicate a titolo d'imposta.

Per quanto riguarda i partecipanti, è stata soppressa l'imposta sostitutiva sul risultato maturato della gestione dell'organismo d'investimento, a decorrere dal 1° luglio 2011, con l'effetto che la tassazione avviene in capo ai partecipanti al momento della percezione dei proventi. In particolare, sui redditi di capitale derivanti dalla partecipazione a tali fondi è prevista l'applicazione di una ritenuta alla fonte del 26% ai sensi dell'art. 26-*quiquies*, d.P.R. n. 600 del 1973.

²⁵² Con riferimento ai fondi immobiliari, gli artt. 6, 7, 8 e 9, d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, prevedono che essi non siano tenuti al pagamento delle imposte sui redditi. Con l'art. 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nel testo modificato dall'art. 8, comma 9, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, sono state apportate rilevanti modifiche al regime di tassazione dei redditi di capitale derivanti dalla

Ancora un po' meno "ricchi", ma sempre idonei a meritare un aumento della tassazione sono anche coloro che investono in previdenza complementare. I fondi pensione e, dunque, gli iscritti, al momento della percezione della prestazione previdenziale, scontano un tassazione superiore rispetto al passato. Se, prima, la convenienza del risparmio previdenziale poteva rinvenirsi nella circostanza di subire nella fase dell'accumulazione una tassazione dell'11%, sensibilmente inferiore alla più bassa aliquota IRPEF, ora tale elemento di convenienza si è ridotto.

In questo contesto sembrerebbero non essere "poveri" (e come tali meritare una tassazione più lieve) coloro che ricorrono al regime del c.d. "risparmio gestito", che nasce, invece, quale meccanismo di tassazione idealmente riservato agli investitori con una più spiccata vocazione speculativa. Questo regime differisce da tutte le altre forme di tassazione dei redditi finanziari in quanto:

- a) esso consente di compensare redditi di capitale e redditi diversi di natura finanziaria;
- b) l'imposta del 26% non è applicata ai redditi finanziari realizzati dal contribuente, ma all'incremento del valore del patrimonio gestito maturato nel corso del periodo di imposta (ovverosia alla differenza tra il valore del patrimonio gestito

partecipazione a fondi immobiliari di diritto italiano. In particolare, al fine di contrastare la costituzione di fondi immobiliari da parte di un numero ristretto di partecipanti al solo scopo di beneficiare del regime fiscale di favore previsto per tali fondi, è stato introdotto un regime di tassazione differenziato in ragione della natura dell'investitore ("investitori istituzionali" o "investitori non istituzionali") e dell'entità della partecipazione al fondo (superiore o meno al 5%).

Per gli investitori "istituzionali" è prevista l'applicazione di una ritenuta del 20% sui redditi di capitale derivanti dalla partecipazione al fondo immobiliare, distribuiti in costanza di partecipazione al fondo oppure realizzati attraverso il riscatto o la liquidazione delle quote.

Per gli investitori "non istituzionali" è previsto un regime di tassazione differenziato a seconda che possiedano quote di partecipazione in misura superiore o meno al 5% del patrimonio del fondo. In particolare, gli investitori non istituzionali che detengono quote di partecipazione in misura non superiore al 5% del patrimonio del fondo sono soggetti allo stesso regime di tassazione previsto per gli investitori istituzionali (ritenuta del 26%). Per gli investitori non istituzionali che detengono una quota di partecipazione superiore al 5%, invece, è prevista la tassazione dei proventi per trasparenza, se residenti. In termini più specifici, i redditi conseguiti dal fondo e rilevati nei rendiconti di gestione concorrono alla formazione del reddito complessivo del partecipante, indipendentemente dalla percezione del provento e proporzionalmente alla propria quota di partecipazione.

al termine di ciascun anno solare ed il valore dello stesso all'inizio dell'anno solare al netto di minusvalenze, perdite di capitale e spese).

Si tratta, nel panorama della fiscalità finanziaria, dell'unica forma di tassazione che assicura l'emersione di perdite fiscalmente rilevanti²⁵³. È la conseguenza del fatto che:

- a) la tassazione avviene ciascun anno per maturazione;
- b) i redditi di segno positivo e negativo si compensano;
- c) se in un anno il risultato della gestione è negativo, il corrispondente importo è computato in diminuzione del risultato della gestione dei periodi d'imposta successivi (ma non oltre il quarto) per l'intero importo che trova capienza in essi.

La compensazione degli utili con le perdite ed il riporto di queste ultime rappresentano benefici che compensano, soprattutto nell'attuale situazione di crisi finanziaria, gli svantaggi che derivano dalla tassazione per maturazione.

Pare, dunque, che il vigente sistema di tassazione dei redditi finanziari operi alla "rovescia", sovvertendo la tradizionale nozione di capacità contributiva.

È poi del tutto asistemica la misura dell'aliquota applicata ai rendimenti dei titoli di Stato e dei titoli ad essi equiparati che è addirittura inferiore alla metà di quella prevista per i rendimenti di tutti gli altri titoli. Per meritare una tassazione così ridotta, l'investimento in questi strumenti dovrebbe, dunque, essere una forma di investimento riservata solo ai "poveri", ma non è affatto così. Questa scelta del legislatore non è assolutamente giustificabile: è sorretta solo dall'obiettivo pratico e contingente di reperire, "a tutti i costi", risorse finanziarie per lo Stato italiano.

Il vigente sistema di tassazione dei redditi finanziari, inesistenti in senso tecnico, presenta, dunque, non pochi elementi di criticità. La scelta di procedere all'unificazione dell'aliquota di tassazione di tali redditi è del tutto incapace di

²⁵³ S. DEDOLA, *Il regime dell'imposta sostitutiva sul risultato maturato delle gestioni individuali di portafoglio ("risparmio gestito"). Un modello innovativo e ancora attuale*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2014, pag. 26.

garantire una tassazione di tipo progressivo, sia dal punto di vista quantitativo (in quanto tutti i contribuenti scontano la medesima aliquota), sia dal punto di vista qualitativo (tutte le forme di investimento scontano la medesima aliquota, ad eccezione dei titoli di Stato). Essa penalizza le più diffuse e più "tranquille" forme di risparmio (l'investimento in partecipazioni qualificate o il risparmio previdenziale) e favorisce le forme di risparmio (in origine) riservate agli investitori più "aggressivi". Questo sistema merita di essere ripensato: l'unificazione delle aliquote crea effetti regressivi.

Come già osservato, i tempi paiono assolutamente maturi per dare giuridica esistenza alla categoria dei redditi finanziari. Ciò deve avvenire non unificando le aliquote di tassazione (come fatto sino ad ora), ma unificando le basi imponibili di redditi di capitale e diversi ²⁵⁴. Ciò significa anche scegliere, senza eccezioni, tra tassazione per cassa o per maturazione; significa altresì estendere la regola della tassazione al netto dei costi di produzione anche ai redditi di capitale, introducendo la nozione di "perdite di capitale"²⁵⁵. È, invece, proprio la mancanza di uniformità nelle regole di determinazione delle basi imponibili di questi redditi che provoca gravi alterazioni al quadro sistematico.

Il sistema di tassazione del risparmio merita, pertanto, un'attenta riflessione da parte del legislatore che sembra, invece, essersi sottratto a tale incombenza; almeno nella legge delega 11 marzo 2014, n. 23, non se ne rinviene traccia.

Il legislatore pare ricordarsi della fiscalità finanziaria esclusivamente come fonte di gettito per il finanziamento dello Stato; per ora ciò ha comportato un'intollerabile tassazione del risparmio che, soprattutto in prospettiva, deve essere modificata. Il risparmio, in tutte le sue forme, trova, infatti, una copertura costituzionale (art 47 e 38 Cost.) che, allo stato attuale, non solo non è attuata, ma è addirittura frustrata. Deve, invece, essere assolutamente recuperata.

²⁵⁴ Sul tema cfr. F. GALLO, *Mercati finanziari e fiscalità*, in *Rass. Trib.*, 2013, pag. 21.

²⁵⁵ F. MARCHETTI, *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1997, pag. 91.

La nuova legge bancaria del 2014*

di Alberto Javier Tapia Hermida

Professore ordinario (acr.) di Diritto commerciale

Università Complutense di Madrid

ABSTRACT

This study provides a first overview of the Act 10/2014, of 26 June, of Ordination, Supervision and Solvency of Credit Institutions (LOSSEC) that profoundly transforms the regulatory architecture of the Spanish banking market and markets in financial instruments in order to adapt them to the new environment of European Union Law on financial markets. Specifically, this LOSSEC fits the conditions of access and exercise of banking activities by credit institutions, as well as monitoring and sanctioning by the Bank of Spain to the mandates of Regulation (EU) n°.575/2013 and of Directive 2013/36/EU.

Keywords: Banking system, credit institution, financial market instruments, investment firms, solvency, corporate governance, Bank of Spain, National Securities Market Commission, supervision, punishment.

SINTESI

Questo studio fornisce una prima panoramica della Legge n.10/2014, del 26 giugno, di ordinazione, supervisione e solvibilità degli enti creditizi (LOSSEC) che trasforma profondamente l'architettura regolamentare del mercato bancario e del mercato degli strumenti finanziari spagnoli per adattarsi alla nuova regolazione del Diritto comunitario in materia dei mercati finanziari. In particolare, questa LOSSEC stabilisce le condizioni di accesso e esercizio delle attività bancaria degli enti creditizi così come il controllo e la punizione dalla Banca di Spagna ai mandati del Regolamento (UE) n°.575 / 2013 e la Direttiva 2013/36/ UE.

Parole chiave: sistema bancario, creditizio, strumenti del mercato finanziario, società di servizi di investimento, di solvibilità, corporate governance, la Banca di Spagna, Comisión Nacional del Mercado de Valores, supervisione, la punizione.

PRESENTAZIONE

Ringrazio di cuore la Professoressa Marilena Rispoli e il Professor Giovanni Falcone per il loro gentile invito a pubblicare, sulla prestigiosa Rivista digitale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II "Innovazione e Diritto", questo Studio dal titolo "La nuova architettura regolatoria del sistema bancario spagnolo: la Legge 10/2014 di ordinazione, supervisione e solvibilità degli enti creditizi" ("La nueva arquitectura regulatoria del sistema bancario español: la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito"), pubblicato al numero 136 della "Revista de Derecho Bancario y Bursátil", per i mesi da ottobre a dicembre 2014.

Spero che questo studio sia d'interesse e possa così essere utilizzato dagli studiosi della regolazione bancaria in Italia, perché la Legge bancaria spagnola del 2014 ha avuto origine nel Diritto bancario dell'Unione europea, che è comune a Italia e Spagna, perché questa legge si sviluppa e si adatta ad alcuni mandati di Regolamento (UE) n°. 575 / 2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 e adatta la legislazione spagnola alla Direttiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

Inoltre, questa Legge 10/2014 si inserisce nel contesto dell'Unione Bancaria, articolata intorno al Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU), istituito dal Regolamento (UE) n 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche di vigilanza prudenziale

degli enti creditizi; del Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca Centrale Europea del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate (Regolamento quadro sull'MVU) (BCE/2014/17); al Meccanismo di Risoluzione Unico (MUR), istituito dal Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014, che fissa norme e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010; e al Sistema di Garanzia dei Depositi (rifusione), istituito dalla Direttiva 2014/59/ UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014.

Dobbiamo sottolineare che questo studio non si limita a riprodurre l'articolo pubblicato in Spagna, al numero 136 della Revista de Derecho Bancario y Bursátil; ma anche aggiorna il suo contenuto al Real Decreto 84/2015, del 13 febbraio, che si sviluppa la Legge 10/2014.

Infine, ribadendo i miei ringraziamenti alla dottoressa Marilena Rispoli e anche al dottore Giovanni Falcone per l'invito, vorrei esprimere la mia speranza che questo studio sarà di interesse per gli studiosi italiani di Diritto Bancario.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. ANTECEDENTES, ORIGEN Y CONTEXTO DE LA LOSSEC.

A) Antecedentes: la regulación derogada.

B) Origen: el impulso internacional.

1. El impulso europeo comunitario.

2. El impulso internacional global.

C) Contexto: la Unión Bancaria, el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y el Mecanismo Único de Resolución (MUR) y el Sistema Europeo de Supervisión Financiera.

III. EL PARADIGMA REGULATORIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA: LAS CUATRO FASES DE TIPIFICACIÓN Y RESERVA DEL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA A FAVOR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE EXIGENCIA A ESTAS ÚLTIMAS DE UN CONJUNTO DE REQUISITOS DE ACCESO Y DE EJERCICIO DE DICHA ACTIVIDAD.

A) La tipificación de la actividad bancaria.

B) La reserva de la actividad bancaria típica a favor de las entidades de crédito.

C) El acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria.

D) El ejercicio de la actividad bancaria por las entidades de crédito.

E) La supervisión y la sanción de las entidades de crédito.

IV. CONDICIONES DE ACCESO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO A LA ACTIVIDAD BANCARIA: LA AUTORIZACIÓN POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO, A PROPUESTA DEL BANCO DE ESPAÑA Y EL REGISTRO POR EL BANCO DE ESPAÑA.

A) Las tres fases del acceso: autorización administrativa, constitución privada y

registro administrativo.

B) La autorización por el por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España.

C) Las vicisitudes de la autorización: denegación, revocación, renuncia y caducidad.

D) El control de la actividad transfronteriza de las entidades de crédito.

1. Operaciones de salida de entidades de crédito españolas al extranjero.

2. Operaciones de entrada en España de entidades de crédito extranjeras.

E) Los Registros del Banco de España.

V. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

A) Requisitos corporativos.

1. Control público de los socios relevantes: La transparencia de las participaciones significativas en el capital de las entidades de crédito.

1.1. Regulación y noción de participación significativa.

1.2. Control público de las adquisiciones e incrementos.

1.3. Control público de las reducciones o cesiones.

1.4. Deberes de comunicación de las entidades de crédito afectadas.

1.5. Medidas preventivas y represivas.

2. Control público de los gestores: Idoneidad, incompatibilidades y registro de los altos cargos de las entidades de crédito.

2.1. La idoneidad.

2.2. Las incompatibilidades.

2.3. El registro.

3. Gobierno corporativo y política de remuneraciones.

3.1. El gobierno corporativo de las entidades de crédito.

3.2. La política de remuneraciones de los gestores en las entidades de crédito.

B) Requisitos organizativos: La gestión de riesgos.

C) Requisitos financieros: solvencia y liquidez.

1. Normativa de solvencia: Remisión al Reglamento (UE) nº 575/2013.

2. Aspectos regulatorios: ámbito subjetivo y autoevaluación.

2.1. Ámbito subjetivo.

2.2. Autoevaluación.

2.3. Restricciones en materia de distribuciones.

3. Aspectos técnicos: recursos propios, liquidez y colchones de capital.

3.1. Capital exigible.

3.2. Liquidez.

VI. LA SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR EL BANCO DE ESPAÑA

A) La regulación de la supervisión.

B) Alcance subjetivo de la función supervisora del Banco de España.

C) Alcance objetivo de la función supervisora del Banco de España.

D) Instrumentos de la función supervisora del Banco de España.

1. Las guías técnicas.

2. El "programa supervisor".

E) Colaboración del Banco de España con otras autoridades de supervisión bancaria.

F) Medidas que puede adoptar el Banco de España en casos de crisis de entidades de crédito.

1. Las medidas de supervisión prudencial.

1.1. Las medidas de supervisión prudencial genéricas.

1.2. Las medidas de supervisión prudencial específicas consistentes en la exigencia de recursos propios adicionales.

2. Las medidas de intervención y sustitución.

2.1. Causas.

2.2. Efectos.

G) La transparencia supervisora: las obligaciones de información y publicación del Banco de España.

VII. LA SANCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

A) El régimen sancionador.

B) Los sujetos sometidos.

C) Las infracciones.

D) Las sanciones.

VIII. EFECTOS COLATERALES DE LA LOSSEC SOBRE LA REGULACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO

A) Modificación de las leyes reguladoras de determinados tipos de intermediarios financieros.

B) Modificación de normas sobre otros aspectos colaterales de la regulación bancaria.

C) Las bases de la protección del cliente bancario.

IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (LOSSEC) modifica profundamente la arquitectura regulatoria del sistema bancario español¹.

Debemos empezar este Estudio advirtiendo que esta LOSSEC es un primer paso en la construcción de una nueva arquitectura del sistema bancario español por cuanto está plagada de remisiones a desarrollos reglamentarios ulteriores que generarán una expansión geométrica de normas bancarias de inferior nivel normativo y superior complejidad técnica.

La primera fase de este desarrollo reglamentario la ha constituido el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (RD 84/2015)², cuyo efecto esencial ha sido integrar al Banco de España en el Mecanismo Único de Supervisión, distribuyendo las competencias de supervisión entre el Banco Central Europeo y el Banco de España de tal modo que las competencias de autorización y supervisión del Banco de España se aplicarán en el marco de las atribuidas al Banco Central Europeo y al Mecanismo Único de Supervisión en la normativa europea y, en particular, en el Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y en el Reglamento (UE) n.º 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas. En particular, corresponderá al Banco Central Europeo la competencias de autorizar a las

entidades de crédito, revocar tal autorización y la oposición o no oposición a la adquisición de una participación significativa y, por ello, en estos casos el Banco de España -en su condición de autoridad nacional competente- presentará al Banco Central Europeo proyectos para la concesión o revocación de la autorización o para la adquisición de una participación significativa³.

En segundo término, también anunciamos al lector que, en este Estudio, nos ocuparemos únicamente de los aspectos de regulación del mercado bancario que contiene la LOSSEC; dejando al margen –por razones manifiestas de tiempo y de espacio- las reformas sustanciales que esta Ley introduce tanto en la LMV como en otras disposiciones del régimen del mercado de instrumentos financieros, tales como el régimen de las infracciones por incumplimiento del Reglamento (UE) n.º 648/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones; o la modificación de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

En tercer lugar, hemos de recordar que la LOSSEC afecta también a la regulación de algunos espacios comunes del mercado financiero y de otros intermediarios financieros (entendidos en un sentido extenso, como son las entidades aseguradoras) de los que –por las ya señaladas razones de espacio y tiempo- tampoco podemos ocuparnos. Así, la LOSSEC modifica -en su Disposición final séptima- la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero⁴; modifica también –en su Disposición final octava- el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio; y modifica igualmente –en su Disposición final sexta- el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por el Real Decreto Legislativo

6/2004, de 29 de octubre.

II. ANTECEDENTES, ORIGEN Y CONTEXTO DE LA LOSSEC

A) Antecedentes: la regulación derogada.

En cuanto se refiere a los antecedentes de esta LOSSEC, la regulación previa de las entidades de crédito –derogada por su Disposición Derogatoria⁵– estaba contenida en dos Leyes básicas que eran la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Además, el mercado bancario estaba regulado por otras leyes tales como la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946; la Ley 31/1968, de 27 de julio, de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada; el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea y el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁶.

B) Origen: el impulso internacional.

La promulgación de la LOSSEC da respuesta a un doble impulso normativo de carácter internacional:

1. El impulso europeo comunitario

Las normas precedentes antes citadas -que han sido expresamente derogadas por la LOSSEC- debieron acomodarse a las exigencias regulatorias de la UE en un proceso de armonización que pasó –en la última década- por dos fases fundamentales:

a) En una primera fase, nuestras leyes bancarias se acomodaron a lo dispuesto en la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y en la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

b) En una segunda fase, nuestra regulación de las entidades de crédito se ha tenido que adaptar al Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 y a la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

A resultas de estas exigencias de adaptación al Derecho bancario de la UE, se promulgó el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, que anticipaba la

necesidad de promulgar un texto único que ofreciera una coherencia sistemática a la estructura de la regulación de las entidades de crédito⁷. Y el texto único anunciado es esta LOSSEC.

2. El impulso internacional global

La LOSSEC también refleja la internacionalización de la supervisión de la solvencia bancaria. En este sentido, procede constatar que el carácter global de la crisis financiera iniciada en el año 2008 ha reforzado el carácter igualmente global de las respuestas de los supervisores bancarios que se han extendido más allá del ámbito comunitario hasta alcanzar a todo el ámbito internacional. La mejor prueba de ello la ofrecen los acuerdos de armonización de la regulación financiera internacional alcanzados en el seno del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria. En particular, los acuerdos de 1988 (Basilea I), 2004 (Basilea II) y 2010 (Basilea III, «Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios»)⁸ han determinado la normativa comunitaria y, por lo tanto, las reglas sobre solvencia de la LOSSEC.

C) Contexto: la Unión Bancaria, el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y el Mecanismo Único de Resolución (MUR) y el Sistema Europeo de Supervisión Financiera.

A lo anterior debemos añadir que la nueva regulación bancaria contenida en la LOSSEC deberá interpretarse y adaptarse a las disposiciones -algunas de ellas posteriores a la fecha de publicación de la LOSSEC- que instituyen la Unión Bancaria Europea. Esta Unión integra a nivel centralizado europeo los tres mecanismos que marcan el devenir –cierto o eventual- de una entidad de crédito que: primero, debe ser supervisada por las autoridades públicas competentes; después, en el caso de

que se deslice hacia una situación de crisis económica, deberá ser objeto de una resolución ordenada dirigida por la autoridad pública competente; y, finalmente, deberá garantizarse que los depósitos de sus principales acreedores –sus clientes– estén amparados por una devolución mínima. Según decimos, la primera fase de supervisión es actual y cierta para todas las entidades de crédito; mientras que las fases de resolución y garantía de depósitos son eventuales, por cuanto únicamente entrarán en juego ante situaciones de crisis económica de las respectivas entidades. Cada una de estas tres fases se regula en otras tantas disposiciones comunitarias recientes que son:

a) El Mecanismo Único de Supervisión (MUS), establecido básicamente en el Reglamento (UE) n.º.1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y en el Reglamento (UE) n.º. 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS)⁹.

b) El Mecanismo Único de Resolución (MUR), establecido básicamente en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y en la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de

crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n o 1093/2010 y (UE) n o 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que nuestro Ordenamiento ha preadaptado en gran medida esta normativa –impulsado por las exigencias del Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012¹²- mediante la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito que se ocupa de estos procesos encomendados al FROB, con la colaboración de la SAREB¹³. La interacción entre esta Ley 9/2012 y la LOSSEC se observa cuando vemos que la primera de las causas de sustitución del órgano de administración de una entidad de crédito se determina en la LOSSEC (art.70.1.a) por remisión a la Ley 9/2012.

c) Los Sistemas de Garantía de Depósitos, armonizados por la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos¹⁴.

En este último sentido, es importante recordar que la regulación vigente del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito se establece en el Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre -modificado por el Real Decreto-Ley 19/2011, de 2 de diciembre- que tiene dos objetivos: unificar los tres Fondos de Garantía de Depósitos hasta entonces existentes (de Establecimientos Bancarios, de Cajas de Ahorros y de Cooperativas de crédito) en uno solo y actualizar y reforzar la función de reforzamiento de la solvencia y funcionamiento de aquellas entidades de crédito¹⁵.

Por último, hay que tener en cuenta que la aplicación de la LOSSEC deberá tomar en consideración la estructura y el funcionamiento del Sistema Europeo de Supervisión Financiera en el que se integra la supervisión del mercado bancario – junto a la del mercado de valores y de seguros- mediante la Autoridad Bancaria Europea¹⁶.

III. EL PARADIGMA REGULATORIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA: LAS CUATRO FASES DE TIPIFICACIÓN Y RESERVA DEL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA A FAVOR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y DE EXIGENCIA A ESTAS ÚLTIMAS DE UN CONJUNTO DE REQUISITOS DE ACCESO Y DE EJERCICIO DE DICHA ACTIVIDAD

La LOSSEC refleja en nuestro Ordenamiento el paradigma regulatorio de la actividad bancaria vigente en el Derecho comunitario desde el momento inicial. Paradigma que puede exponerse en cuatro fases o etapas y que es común a todos los intermediarios de los mercados financieros, esto es, no solo se aplica a las entidades de crédito, sino también a las empresas de servicios de inversión, a las entidades aseguradoras y a otros intermediarios. Así, vemos que la LOSSEC comprende las siguientes fases:

A) La tipificación de la actividad bancaria.

La LOSSEC aborda esta tipificación cuando en, su artículo 1.1, define a las entidades de crédito como “las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”. Esta interconexión funcional de las operaciones bancarias pasivas (“recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables”) y activas

(“conceder créditos por cuenta propia”)¹⁷ -que constituye la intermediación indirecta en el crédito- es el núcleo atómico esencial de la actividad típica bancaria¹⁸ y, por ello, las operaciones pasivas y activas se benefician del reconocimiento mutuo comunitario en los términos previstos en el Anexo de la LOSSEC¹⁹. En este sentido, nos interesa recordar que el art.571-1 de la Propuesta de Código Mercantil²⁰ define los “contratos financieros” como “aquéllos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio”

Sin perjuicio de lo anterior, la LOSSEC reconoce que las entidades de crédito pueden desarrollar de forma habitual otras actividades en los mercados financieros que integran las denominadas operaciones bancarias neutras²¹ -así llamadas porque no implican de forma directa la concesión de crédito ni por el banco al cliente ni por el cliente al banco- que se beneficiarán también del reconocimiento mutuo comunitario, tipificadas en el Anexo, que se refiere a un conjunto de servicios bancarios u operaciones bancarias neutras (también denominadas en ocasiones actividades parabancarias) que pueden agruparse en dos grandes categorías²²:

a) La primera es la de las operaciones bancarias neutras o servicios bancarios relacionados con los mercados de instrumentos financieros, tales como las transacciones por cuenta propia o por cuenta de clientes que tengan por objeto instrumentos del mercado monetario, divisas, futuros financieros y opciones, instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés, valores negociables; la participación en las emisiones de valores y la prestación de los servicios correspondientes; la gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios²³; la custodia y administración de valores negociables.

b) La segunda es la de las operaciones bancarias neutras o servicios bancarios no relacionados con los mercados de instrumentos financieros, tales como el arrendamiento financiero; los servicios de pago²⁴; la emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios; la concesión de garantías y la suscripción de compromisos; el asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas; la intermediación en los mercados interbancarios; los informes comerciales; el alquiler de cajas fuertes; y la emisión de dinero electrónico.

En la delimitación de la actividad bancaria debe prestarse una especial atención a la denominada “banca en la sombra” o “shadow banking”, definida como la intermediación crediticia al margen del sistema bancario convencional desarrollada por intermediarios financieros que no tienen la consideración de entidades de crédito, en particular, de bancos y no están sometidos, por lo tanto, al sistema de controles y garantías propios de aquellas entidades. El hecho de que esta actividad represente un volumen aproximado de la cuarta parte del total de la intermediación financiera mundial, unido a la falta de control del riesgo sistémico que comporta – que va implícito en su propia extrabancariedad- ha llevado a que, tanto a nivel comunitario como a nivel global , las autoridades públicas nacionales y supranacionales hayan tomado iniciativas para intentar medir y controlar los riesgos que en el sistema financiero produce esta actividad de “banca en la sombra”. Iniciativas especialmente notables desde el momento en que la crisis financiera global de 2008 ha mostrado la eclosión de estas actividades desreguladas como respuesta del mercado financiero al incremento de los controles de la actividad bancaria típica²⁵.

Esta denominada “banca en la sombra” es, en definitiva, una suerte de mutación genética de la actividad parabancaria clásica²⁶ que se ha desarrollado con especial energía desde el momento en que los controles de la actividad de intermediación financiera típicamente bancaria se han intensificado a consecuencia de la crisis financiera global. Esta “banca en la sombra” tiene, por lo tanto, dos fuerzas motrices: una primera confesable, que consiste en la necesidad de innovar las vías de la intermediación financiera para atender a las nuevas necesidades que el mercado financiero plantea; y otra menos confesable o incluso patológica, que consiste en el deseo de eludir los controles propios de la actividad bancaria típica.

B) La reserva de la actividad bancaria típica a favor de las entidades de crédito.

La LOSSEC consagra esta reserva cuando su art. 3.1 dice: “Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas”. Vemos cómo la reserva se circunscribe a las operaciones pasivas, puesto que otro tipo de intermediarios financieros autorizados y registrados (tales como los establecimientos financieros de crédito, las entidades de dinero electrónico, etc.) podrán realizar operaciones crediticias activas.

Esta reserva de las operaciones bancarias pasivas a favor de las entidades de crédito se refuerza mediante mecanismos positivos y negativos:

a) Hablamos de mecanismos positivos o proactivos cuando el art.3.2 obliga a las entidades de crédito a utilizar, en sus denominaciones sociales, las denominaciones genéricas propias y específicas de cada tipo de entidad (bancos,

cajas de ahorros y cooperativas de crédito), en una suerte de sistema de identificación ecológica unívoca de las especies de entidades de crédito que operan en el mercado bancario en garantía de todos los operadores que actúan en él.

b) Hablamos de mecanismos negativos u omisivos cuando vemos que el art.3.3 impide la denominada “banca de hecho” al decir que se prohíbe a toda persona física o jurídica no autorizada ni registrada como tal desarrollar la actividad bancaria reservada a las entidades de crédito y el uso de sus denominaciones típicas y que el art.3.5 impide que tales fenómenos patológicos accedan al Registro Mercantil y los demás registros públicos.

C) El acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria.

Este acceso se somete al cumplimiento de los requisitos de autorización y registro administrativos previstos en el Capítulo II (arts.6 a 15) del Título I de la LOSSEC y en el Capítulo I (arts3 y ss.) del Título I del RD 84/2015, de los que nos ocuparemos en el epígrafe IV de este Estudio.

D) El ejercicio de la actividad bancaria por las entidades de crédito.

Este ejercicio se somete al cumplimiento de los restantes requisitos corporativos, organizativos y financieros previstos en los Capítulos III y ss. del Título I y en el Título II de la LOSSEC y en los Capítulos II y ss. del Título I del RD 84/2015, de los que nos ocuparemos en el epígrafe V de este Estudio.

E) La supervisión y la sanción de las entidades de crédito.

Un precipitado lógico y, por ende, un denominador común a las cuatro fases de

regulación de las entidades de crédito que hemos señalado es la necesidad de supervisión del cumplimiento de dicha regulación, que se encomienda al Banco de España en los términos previstos en el Título III de la LOSSEC y en el Título III del RD 84/2015; y la consiguiente sanción administrativa de los incumplimientos en los términos previstos en el Título IV de la LOSSEC²⁷. De ambos fenómenos nos ocuparemos en los epígrafes VI y VII, respectivamente, de este Estudio.

IV. CONDICIONES DE ACCESO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO A LA ACTIVIDAD BANCARIA: LA AUTORIZACIÓN POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO, A PROPUESTA DEL BANCO DE ESPAÑA Y EL REGISTRO POR EL BANCO DE ESPAÑA

A) Las tres fases del acceso: autorización administrativa, constitución privada y registro administrativo.

El acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria viene condicionado por la necesidad de ser autorizadas por el banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España y de inscribirse en el Registro de entidades de crédito que lleva dicho Banco. Este acceso sigue el sistema clásico en nuestro Ordenamiento de “autorización sobre proyecto de constitución” y, en consecuencia, pasa por tres momentos que son: la autorización administrativa de su proyecto de constitución, su constitución privada conforme a los trámites propios de su forma jurídica (v.gr. un banco, como SA especial, deberá otorgar la pertinente escritura de constitución e inscribirse en el Registro Mercantil²⁸) y la inscripción en el Registro correspondiente del Banco de España. Este proceso está regulado en el Capítulo II (“Autorización, registro y revocación”) del Título I de la LOSSEC (arts.6 a 15) y en el Capítulo I (“Autorización, registro y actividad de entidades de crédito”) del Título I del RD 84/2015 (arts.3 y ss.) y, en él, podemos distinguir los siguientes aspectos.

B) La autorización por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España

Es el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España, la autoridad competente para autorizar la creación de entidades de crédito. La propuesta de autorización por el Banco de España deberá venir precedida de consultas interiores y exteriores y de comunicaciones iniciales y posteriores:

a) En cuanto a las consultas previas interiores, el Banco de España solicitará informe al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, a la CNMV y a la DGSFP, en los aspectos de sus competencias respectivas. En cuanto a las consultas previas exteriores, el Banco de España consultará con la autoridad supervisora competente del correspondiente Estado comunitario cuando la entidad de crédito vaya a estar controlada por otra entidad de crédito, una empresa de servicios de inversión o una entidad aseguradora o reaseguradora autorizada en ese Estado, por su entidad dominante o por las mismas personas físicas o jurídicas que controlen las entidades anteriores.

b) En cuanto a las comunicaciones iniciales y posteriores, el Banco de España comunicará al Ministerio de Economía y Competitividad la apertura del procedimiento de autorización indicando los elementos esenciales del expediente a tramitar y también la finalización del mismo.

La solicitud de autorización deberá ser resuelta por decisión del banco Central Europeo dentro de los 6 meses siguientes a su recepción en el Banco de España o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los 12 meses siguientes a su recepción. Operando el silencio administrativo

negativo porque, cuando la solicitud no sea resuelta en los plazos previstos, podrá entenderse desestimada²⁹.

C) Las vicisitudes de la autorización: denegación, revocación, renuncia y caducidad

En primer lugar, la autorización para la creación de una entidad de crédito se denegará por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España o por este último cuando aquella entidad no cumpla, en el momento de la solicitud, los requisitos de acceso exigibles, bien de carácter objetivo (v.gr. cuando carezca del capital mínimo requerido, de una estructura organizativa adecuada, de una buena organización administrativa y contable o de procedimientos de control interno adecuados, que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad) o bien subjetivo (v.gr. cuando alguno de los miembros de su consejo de administración, director general o asimilado no reúna los requisitos de idoneidad exigidos o cuando algún accionista significativo no sea idóneo para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad)³⁰.

En segundo lugar, la autorización concedida a una entidad de crédito se revocará por el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España, cuando la entidad de crédito autorizada incurra en inactividad (si interrumpe de hecho las actividades específicas de su objeto social durante un período superior a 6 meses), falsedad (si la autorización se obtuvo por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular) o incumplimiento sobrevenido de los requisitos de acceso o de ejercicio de la actividad (v.gr. si deja de cumplir los requisitos prudenciales que se establecen el Reglamento (UE) n. 575/2013, comprometa la capacidad de reembolso de los fondos que le han confiado los depositantes o no ofrezca garantía de poder cumplir sus obligaciones con acreedores). También por sanción o por la

apertura de la fase de liquidación en un procedimiento concursal³¹.

En tercer lugar, la autorización caducará –y así lo declarará expresamente el Banco de España- cuando, dentro de los 12 meses siguientes a su fecha de notificación, no se diere comienzo a las actividades específicas del objeto social de la entidad por causas imputables a la misma³².

Por último, el Banco Central Europeo, a propuesta del Banco de España, revocará la autorización cuando la entidad de crédito autorizada renuncie a la autorización concedida; pudiendo denegar expresamente la renuncia cuando existan razones fundadas para considerar que la cesación de actividad puede ocasionar riesgos graves a la estabilidad financiera³³.

D) El control de la actividad transfronteriza de las entidades de crédito.

El Banco de España tiene competencias de control sobre la actividad transfronteriza de las entidades de crédito, que se regula de diferente manera, según se desarrolle en el ámbito comunitario de la UE o extracomunitario; y puede ofrecer las siguientes formas:

1. Operaciones de salida de entidades de crédito españolas al extranjero

Se regula dicha actividad transfronteriza de diferente modo, según se trate de la apertura de sucursales y de la libre prestación de servicios en el extranjero – comunitario o extracomunitario- por entidades de crédito españolas porque:

a) Cuando la entidad de crédito española pretenda abrir una sucursal en el extranjero deberá seguir un procedimiento diverso según se trata de un Estado

miembro de la UE o un Estado extracomunitario de modo tal que:

a.1) Si se trata de un Estado miembro de la UE, deberá solicitarlo previamente al Banco de España acompañando a la solicitud, la documentación establecida reglamentariamente. El Banco de España comunicará a la Comisión Europea y a la ABE los casos en que se haya denegado la anterior solicitud³⁴.

a.2) Si se trata de un Estado extracomunitario, deberá solicitarlo previamente al Banco de España, acompañando información sobre el Estado de destino, un programa de las actividades que se pretenden realizar allí y la identidad de los directivos de la sucursal³⁵.

b) Cuando la entidad de crédito española desee ejercer por primera vez alguna actividad bancaria en régimen de prestación de servicios en el extranjero deberá seguir un procedimiento diferente según se trata de un Estado miembro de la UE o un Estado extracomunitario de modo tal que:

b.1) Si se trata de un Estado miembro de la UE, deberá comunicarlo previamente al Banco de España, quien, cuando los servicios vayan a prestarse en otro Estado miembro de la UE, informará de ello a la autoridad supervisora de dicho Estado miembro³⁶.

b.2) Si se trata de un Estado extracomunitario, deberá comunicarlo previamente al Banco de España, indicando las actividades que se pretenden realizar³⁷.

Además de la actuación en el extranjero abriendo sucursales o prestando servicios bancarios sin sucursal, las entidades de crédito españolas pueden operar en el extranjero de dos otras maneras:

c) Participando en el capital de una entidad de crédito extracomunitaria (esto es, autorizada en un Estado no miembro de la UE) de dos formas: Bien creando “ex novo” la entidad o bien adquiriendo una participación significativa en ella. En ambos casos se requiere conocimiento y autorización del Banco de España³⁸.

d) Estableciendo oficinas de representación para realizar labores informativas o comerciales sobre cuestiones bancarias, financieras o económicas que sirvan de soporte material a la prestación de servicios sin establecimiento. Estas oficinas no podrán realizar servicios bancarios, en especial, operaciones de captación de depósitos, crédito o intermediación financiera; sin perjuicio de que puedan canalizar fondos de terceros a sus entidades de crédito matrices. La entidad de crédito española deberá comunicarlo al Banco de España³⁹.

2. Operaciones de entrada en España de entidades de crédito extranjeras

Se distinguen las actuaciones respecto de dos categorías de entidades:

a) Por una parte, las entidades de crédito comunitarias (radicadas en otro Estado miembro de la UE) se beneficiarán del pasaporte comunitario en forma de la apertura de sucursales y o de la libre prestación de servicios en España⁴⁰.

b) Por otra parte, las entidades de crédito extracomunitarias (radicadas en otro Estado que no sea miembro de la UE) no se beneficiarán de ningún mecanismo de reconocimiento recíproco y necesitarán la autorización del Banco de España tanto para la apertura de sucursales como para la libre prestación de servicios en España⁴¹.

c) Además, ambos tipos de entidades de crédito extranjeras podrán operar en España estableciendo oficinas de representación para realizar labores informativas o comerciales sobre cuestiones bancarias, financieras o económicas que sirvan de soporte material a la prestación de servicios sin establecimiento. Como antes hemos señalado, estas oficinas no podrán realizar servicios bancarios, en especial, operaciones de captación de depósitos, crédito o intermediación financiera; sin perjuicio de que puedan canalizar fondos de terceros a sus entidades de crédito matrices. La entidad de crédito extranjera deberá comunicarlo al Banco de España (si se trata de una entidad comunitaria) o solicitar su autorización (si es una entidad extracomunitaria)⁴².

E) Los Registros del Banco de España

El proceso de acceso de la entidad de crédito al mercado bancario culmina con su inscripción en el Registro de entidades de crédito del Banco de España, donde se inscribirán también las sucursales de entidades de crédito comunitarias que ejerzan su actividad en España y extracomunitarias y los casos de libre prestación de servicios por entidades de crédito comunitarias y extracomunitarias. Además, el Banco de España se encargará de la inscripción y gestión del Registro de sociedades dominantes de entidades de crédito españolas cuando tales entidades sean sociedades financieras de cartera o sociedades financieras mixtas de cartera y del Registro de agentes de entidades de crédito⁴³.

V. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

A) Requisitos corporativos.

1. Control público de los socios relevantes: La transparencia de las participaciones significativas en el capital de las entidades de crédito

1.1. Regulación y noción de participación significativa

Existe un interés público legítimo en conocer y controlar la identidad de los socios significativos de las entidades de crédito en la medida en que la composición de su accionariado y la identidad de sus socios significativos pueden determinar su gestión y, por ello, ponerla en riesgo.

La regulación de las participaciones significativas en las entidades de crédito está contenida en el Capítulo III del Título I (arts. 16 a 23) de la LOSSEC y en el Capítulo II del Título II (arts. 23 a 28 del RD 85/2015). Este régimen bancario debe coordinarse con el de las participaciones significativas en sociedades cotizadas establecido en el art. 53 de la LMV y sus normas de desarrollo reglamentario y con el de las OPAS establecido en el art. 60 y ss. de la LMV, en el Real Decreto 1066/2007 y demás normas de desarrollo reglamentario, cuando se trate de operaciones de adquisición de participaciones significativas en entidades de crédito cotizadas en Bolsa⁴⁴.

Se entiende por participación significativa en una entidad de crédito española aquella que alcance -de forma directa o indirecta, al menos- el 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad o la que, sin llegar a dicho porcentaje, permita

ejercer una influencia notable en la entidad. Se han desarrollado por el RD 84/2015 tanto las reglas de cómputo de la participación significativa por tenencia de un porcentaje en el capital de una entidad de crédito⁴⁵ como las presunciones de ejercicio de influencia notable en cada tipo de entidad de crédito, tomando en consideración su diferente forma jurídica (sociedad anónima especial en el caso de los bancos, sociedad cooperativa especial en el caso de las cooperativas de crédito o cajas de ahorros) y la diversa posibilidad de nombrar o destituir algún miembro de su consejo de administración⁴⁶.

El control de las participaciones significativas en las entidades de crédito por parte del Banco de España se ejerce con ocasión de los dos movimientos principales que son las adquisiciones e incrementos y las reducciones o cesiones de participaciones significativas; de los que nos ocupamos a continuación.

1.2. Control público de las adquisiciones e incrementos

Se imponen dos deberes al adquirente potencial que dependen del porcentaje que se pretenda adquirir y se refieren a los dos momentos relevantes, previo y posterior:

En primer lugar, se impone un deber de notificación previa de la adquisición o incremento de una participación significativa ya que se deberá notificar previamente al Banco de España cualquier adquisición de una participación significativa que una persona física o jurídica pretenda realizar, directa o indirectamente, en una entidad de crédito o cualquier incremento de la participación ostentada que le lleve a superar las barreras del 20 %, 30%, o 50%, y, en todo caso, siempre que se pretenda llegar a controlar la entidad de crédito (en el sentido del art.42 del Cdec). En estos casos, la notificación deberá informar de la cuantía de la

participación prevista, incluyendo toda la información exigible que resulte pertinente para la evaluación, y proporcional y adecuada a la naturaleza del adquirente potencial y de la adquisición propuesta. Cuando el Banco de España reciba varias propuestas de adquisición o incremento de participaciones significativas en una misma entidad de crédito, tratará a todos los adquirentes potenciales de forma no discriminatoria⁴⁷.

El Banco de España evaluará la notificación de la adquisición propuesta y elevará al Banco Central Europeo una propuesta de decisión para que esta se oponga o no a la adquisición. Para ello, el Banco de España solicitará informe al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad de crédito en la que se propone la adquisición. En concreto, atendiendo a la posible influencia del adquirente potencial sobre la misma, evaluará la idoneidad de éste y la solidez financiera de la adquisición propuesta. El Banco de España deberá consultar a las autoridades responsables de la supervisión en otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando el adquirente potencial sea una entidad de crédito, una empresa de seguros o de reaseguros, una empresa de servicios de inversión o una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva o de fondos de pensiones, autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea; su sociedad matriz o una persona física o jurídica que ejerza el control de aquellas. Como resultado de este proceso informativo, el Banco de España elevará al Banco Central Europeo la propuesta de decisión pertinente, que únicamente podrá ser denegatoria cuando aprecie motivos razonables para oponerse a la adquisición propuesta⁴⁸.

El cumplimiento de las normas anteriores se refuerza mediante una serie de medidas dirigidas a desincentivar los eventuales beneficios de sus infracciones. Así, podemos identificar tres mecanismos⁴⁹:

- Primero, las adquisiciones de participaciones significativas sin previa información al Banco de España, antes del transcurso de plazo previsto o frente a la oposición de aquél Banco serán sancionadas con la suspensión del ejercicio de los derechos políticos de las participaciones adquiridas, lo que conllevará la nulidad de los acuerdos adoptados con la participación de tales derechos políticos y la posibilidad de impugnación de los mismos por el Banco de España.

- Además, existe la posibilidad de que el Banco de España acuerde la intervención de la entidad de crédito afectada o la sustitución de sus administradores⁵⁰.

- También se prevé la sanción por la infracción muy grave tipificada en la letra m) del art.92 de la LOSSEC como “adquirir directa o indirectamente una participación significativa en una entidad de crédito o incrementar, directa o indirectamente tal participación, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea igual o superior a los umbrales indicados en el artículo 17, incumpliendo lo previsto en el capítulo III del título I, y en particular, el deber de notificación al Banco de España”.

b) En segundo lugar, se impone un deber de comunicación posterior de las adquisiciones iguales o superiores al 5% porque toda persona física o jurídica, que por sí sola o actuando de forma concertada con otras, haya adquirido, directa o indirectamente, una participación en una entidad de crédito española de tal manera que el porcentaje de derechos de voto o de capital poseído resulte igual o superior al 5%, deberá comunicarlo inmediatamente y por escrito al Banco de España y a la entidad de crédito correspondiente, indicando la cuantía de la participación alcanzada⁵¹.

Hay que tener en cuenta que tanto para las notificaciones previas de la adquisición o incremento de participaciones significativas como para la comunicación posterior de la adquisición del 5% no se tendrán en cuenta los derechos de voto o el capital resultante del aseguramiento de una emisión o de una colocación de instrumentos financieros ni de la colocación de instrumentos financieros basada en un compromiso firme, siempre que dichos derechos no se ejerzan para intervenir en la administración del emisor y se cedan en el plazo de un año desde su adquisición⁵².

1.3. Control público de las reducciones o cesiones

En cuanto a las reducciones o cesiones de participaciones significativas, la necesidad de mantener la realidad del mapa informativo de participaciones significativas en entidades de crédito impone la obligación de informar previamente al Banco de España de las cesiones de participaciones significativas de una persona física o jurídica que le conduzcan a reducir su porcentaje de participación en los tramos de la escala anteriormente señalada (20 %, 30%, o 50%), a dejar de tener una participación significativa alguna en una entidad de crédito o a dejar de controlar dicha entidad.

En este caso, la efectividad del cumplimiento de dicho deber se persigue por vía represiva dado que dicho incumplimiento será sancionado conforme a lo previsto en el Título IV de la LOSSEC. En este sentido, se tipifica como infracción muy grave en la letra n) del art.92 de la LOSSEC el “ceder directa o indirectamente una participación significativa en una entidad de crédito, o reducirla, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea inferior a los umbrales indicados en el artículo 16, incumpliendo lo establecido en el artículo 21”⁵³.

1.4. Deberes de comunicación de las entidades de crédito afectadas

El deber de comunicación de las adquisiciones o cesiones de las participaciones significativas se impone no sólo a las personas físicas o jurídicas que realicen las mismas, sino también a las entidades de crédito cuyo capital o control se vea afectado por dichas adquisiciones o cesiones. Este deber de las entidades de crédito de comunicación al Banco de España se proyecta de dos maneras⁵⁴:

a) De forma puntual, en cuanto tengan conocimiento de que las adquisiciones o cesiones de participaciones en su capital traspasen algunos de los niveles anteriormente previstos.

b) De forma periódica, con dos tipos de destinatarios:

b.1) El Banco de España, puesto que las entidades de crédito deberán comunicar trimestralmente al Banco de España la composición de su capital social identificando los accionistas que, siendo entidades financieras, tengan un porcentaje del 0,25, en el caso de los bancos; o del 1%, en el caso de las cooperativas de crédito⁵⁵.

b.2) El público en general, ya que las entidades de crédito tienen un deber de publicar -mediante su inclusión en la memoria anual- las participaciones de otras entidades de crédito en su capital y de sus participaciones en otras entidades de crédito que iguallen o superen el 5% del mismo⁵⁶.

1.5. Medidas preventivas y represivas

El régimen de las participaciones significativas acaba con las medidas preventivas o represivas de las situaciones de influencia dañosa para la gestión sana y prudente de la entidad que puedan desarrollar las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito. En tales casos, se podrán adoptar las medidas de suspensión de derechos políticos correspondientes a las participaciones significativas, acordar la intervención de la entidad o la sustitución de sus administradores o, excepcionalmente, revocar la autorización. En este sentido, debemos recordar que, además de las sanciones antes señaladas, podrán imponerse las sanciones por la comisión de la infracción muy grave tipificada en la letra ñ) del art.92 de la LOSSEC como “poner en peligro la gestión sana y prudente de una entidad de crédito mediante la influencia ejercida por el titular de una participación significativa”⁵⁷.

2. Control público de los gestores: Idoneidad, incompatibilidades y registro de los altos cargos de las entidades de crédito

Este régimen se establece en el Capítulo IV del Título I de la LOSSEC (arts.24 a 27) y en el Capítulo III del Título I del RD 84/2015 (arts.29 a 35) y se ocupa de los aspectos siguientes:

2.1. La idoneidad

El régimen de los requisitos de idoneidad que deben reunir los gestores de las entidades de crédito o de sus sociedades dominantes se puede exponer respondiendo a dos preguntas:

a) Quiénes se consideran gestores a estos efectos? Los miembros del consejo de administración, los directores generales y asimilados, los responsables del control interno y otros puestos clave en la gestión de una entidad de crédito, las personas físicas que representen en el consejo de administración a los consejeros que sean personas jurídicas y las personas que determinen de modo efectivo la orientación de las sucursales de entidades de crédito extracomunitarias.

b) Cuáles son esos requisitos de idoneidad? Son de dos tipos⁵⁸:

- De tipo ético, consistente en la honorabilidad comercial y profesional, que concurre en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad⁵⁹.

- De tipo técnico, que consisten en la posesión de conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones, que concurren en quienes cuenten con formación del nivel y perfil adecuados, en particular en las áreas de banca y servicios financieros, y experiencia práctica derivada de sus anteriores ocupaciones durante periodos de tiempo suficiente. Estos requisitos técnicos se exigirán tanto a nivel individual como a nivel colectivo del consejo de administración, porque su composición general en su conjunto deberá reunir conocimientos, competencias y experiencia suficientes en el gobierno de entidades de crédito para comprender

adecuadamente las actividades de la entidad, incluidos sus principales riesgos y asegurar la capacidad efectiva del consejo de administración para tomar decisiones de forma independiente y autónoma en beneficio de la entidad⁶⁰.

La valoración y supervisión de estos requisitos de idoneidad corresponde a la propia entidad de crédito implicada, al adquirente de una participación significativa en aquella entidad si de ella se derivan nuevos nombramientos, al Banco de España y, en su caso, al Banco Central Europeo⁶¹.

2.2. Las incompatibilidades

El régimen de incompatibilidades y limitaciones de aquellos altos cargos se dota de un cierto margen de flexibilidad y adaptación a las circunstancias de cada entidad y, para ello, se basa en la capacidad que se atribuye al Banco de España para determinar el número máximo de cargos que un miembro del consejo de administración o un director general o asimilado puede ocupar simultáneamente teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la entidad de crédito y la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades.

Así, se establece una regla general que consiste en que los miembros del consejo de administración y los directores generales y asimilados de entidades de crédito mayores, más complejas o de naturaleza más singular no podrán ocupar al mismo tiempo más cargos que los previstos en una de las siguientes combinaciones: Un cargo ejecutivo junto con dos cargos no ejecutivos o Cuatro cargos no ejecutivos. Los altos cargos señalados no podrán obtener créditos, avales ni garantías de la entidad de crédito en cuya dirección o administración intervengan, por encima del límite y en los términos que se determinen reglamentariamente, salvo autorización expresa del Banco de España⁶².

2.3. El registro

El Registro de altos cargos que llevará el Banco de España, sin perjuicio de su previa inscripción en el RM63.

3. Gobierno corporativo y política de remuneraciones

3.1. El gobierno corporativo de las entidades de crédito

La LOSSEC precisa la noción de las “normas de gobierno corporativo” (art.28) y las exigencias del “sistema de gobierno corporativo” del que deben dotarse tanto las entidades de crédito como sus grupos consolidables⁶⁴. Así, estas entidades deberán establecer procedimientos sólidos de gobierno corporativo, que incluirán una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes; procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo; mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos; políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan. Estos sistemas, procedimientos y mecanismos deberán ser exhaustivos y proporcionados a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes al modelo empresarial y las actividades de la entidad.

En concreto, el consejo de administración de cada entidad de crédito deberá definir un sistema de gobierno corporativo que garantice una gestión sana y prudente de la entidad y que incluya el adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses; y deberá vigilar su aplicación

y responder de ella. Para lo cual deberá controlar y evaluar periódicamente su eficacia y adoptar las medidas adecuadas para solventar sus deficiencias. Se consideran funciones indelegables del consejo de administración la vigilancia, control y evaluación periódica de la eficacia del sistema de gobierno corporativo así como la adopción de las medidas adecuadas para solventar, en su caso, sus deficiencias; la asunción de la responsabilidad de la administración y gestión entidad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno; la garantía de la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación aplicable; la supervisión del proceso de divulgación de información y las comunicaciones relativas a la entidad de crédito; y la garantía de una supervisión efectiva de la alta dirección⁶⁵. Se establecen, asimismo, algunos instrumentos de dicho sistema de gobierno corporativo, tales como el "Plan General de viabilidad" y el comité de nombramientos⁶⁶.

Vemos como estas normas legales de gobierno corporativo tienen una naturaleza mixta que abarca tanto normas de gobierno corporativo en sentido estricto como normas de gestión y control de los riesgos típicos de la actividad bancaria. Por ello, este conjunto de normas no concuerda exactamente con lo que se ha venido entendiendo como reglas de buen gobierno, por ejemplo, en las sociedades cotizadas⁶⁷. Y ello es así porque lo que la LOSSEC llama "sistema de gobierno corporativo" de las entidades de crédito (art.28) es una de las condiciones de acceso y de ejercicio de su actividad bancaria que abarca un conjunto variopinto de normas que van más allá de las reglas tradicionales de buen gobierno del Derecho de Sociedades ya que no sólo se refieren a las relaciones internas de los órganos de la entidad de crédito en beneficio de sus socios; sino que alcanzan también a la gestión eficiente de los riesgos típicos de la actividad bancaria, en beneficio de sus clientes.

Esta misma amplitud de las denominadas “normas de gobierno corporativo” se observa en la regulación de los otros intermediarios financieros típicos, tales como las empresas de servicios de inversión⁶⁸ o las entidades aseguradoras⁶⁹.

3.2. La política de remuneraciones de los gestores en las entidades de crédito

La LOSSEC señala las líneas esenciales de la política de remuneraciones de los gestores que deberá fijar toda entidad de crédito⁷⁰. En esta regulación se observa un interés porque se trate de una política global tanto desde el punto de vista objetivo (de los conceptos remuneratorios) como subjetivo (de los gestores en sentido amplio a quienes se les remunera), de modo tal que no se escape de la noción de remuneración ningún concepto ni sujeto por razones formales.

Por lo anterior, la política de remuneraciones incluirá los salarios y los beneficios discrecionales de pensión y se aplicará a todos los gestores –en sentido amplio– de la entidad. Categoría ésta que incluye las categorías de personal cuyas actividades profesionales incidan de manera significativa en el perfil de riesgo de la entidad, su grupo, sociedad matriz o filiales. Estos son, altos directivos, los empleados que asumen riesgos, los que ejercen funciones de control, y a todo trabajador que reciba una remuneración global que lo incluya en el mismo baremo de remuneración que el de los altos directivos y los empleados que asumen riesgos, cuyas actividades profesionales inciden de manera importante en su perfil de riesgo.

En este ámbito, la LOSSEC establece los principios generales que deben informar la política de remuneraciones general conforme a los cuales promoverá y será compatible con una gestión adecuada y eficaz de los riesgos y no ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel tolerado por la entidad; será

compatible con la estrategia empresarial, los objetivos, los valores y los intereses a largo plazo de la entidad e incluirá medidas para evitar los conflictos de intereses; garantizará la independencia del personal que ejerza funciones de control dentro de la entidad de crédito respecto de las unidades de negocio que supervise; personal que contará con la autoridad necesaria para desempeñar su cometido y será remunerado en función de la consecución de los objetivos relacionados con sus funciones, con independencia de los resultados de las áreas de negocio que controle; garantizará que la remuneración de los altos directivos encargados de la gestión de riesgos y con funciones de cumplimiento será supervisada directamente por el comité de remuneraciones; y distinguirá de forma clara entre los criterios para el establecimiento de la remuneración fija (que deberá reflejar principalmente la experiencia profesional pertinente y la responsabilidad en la organización según lo estipulado en la descripción de funciones como parte de las condiciones de trabajo) y la remuneración variable (que deberá reflejar un rendimiento sostenible y adaptado al riesgo, así como un rendimiento superior al requerido para cumplir lo estipulado en la descripción de funciones como parte de las condiciones de trabajo). La LOSSEC desarrolla con particular detalle los principios que deben regir los elementos variables de la remuneración y los principios que deben regir la política de remuneraciones de las entidades de crédito que reciban apoyo financiero público. Este régimen de las remuneraciones se completa con las normas sobre el comité de remuneraciones⁷¹.

B) Requisitos organizativos: La gestión de riesgos.

Enmarcada en el sistema de gobierno corporativo, la LOSSEC establece las líneas básicas de esta gestión de riesgos, atribuyendo la responsabilidad de la misma al consejo de administración que deberá dedicar tiempo suficiente a la consideración de las cuestiones relacionadas con los riesgos⁷² y deberá aprobar y

revisar periódicamente las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la entidad esté o pueda estar expuesta, incluidos los que presente la coyuntura macroeconómica en que opera en relación con la fase del ciclo económico. En concreto, la LOSSEC define la función de gestión de riesgos y el comité de riesgos⁷³.

C) Requisitos financieros: solvencia y liquidez.

1. Normativa de solvencia: Remisión al Reglamento (UE) nº 575/2013

El régimen de solvencia de las entidades de crédito está contenido en el Título II de la LOSSEC (arts.39 a 49) y en el Título II (arts.43 a 75) del RD 84/2015 que se remiten -como normativa de solvencia de las entidades de crédito- a la establecida, en primer lugar, por el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión; a la que se remite "in totum" el art.39 de la LOSSEC. Por lo tanto, la LOSSEC desarrolla los aspectos dejados a las regulaciones nacionales por aquel Reglamento⁷⁴.

2. Aspectos regulatorios: ámbito subjetivo y autoevaluación.

2.1. Ámbito subjetivo.

El ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de solvencia alcanza a las entidades de crédito, a los grupos y subgrupos consolidables de entidades de crédito, a las sociedades financieras de cartera y a las sociedades financieras mixtas de cartera. En los grupos y subgrupos citados se integrarán las entidades financieras, categoría que incluye las sociedades de gestión de activos, las

sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo, las sociedades y fondos autogestionados, y las sociedades gestoras de fondos de titulización hipotecaria y de fondos de titulización de activos⁷⁵.

2.2. Autoevaluación

Tanto los grupos consolidables de entidades de crédito como las entidades de crédito no integradas en ellos deberán cumplir los requisitos de autoevaluación del capital, que se concretan en el deber de contar con estrategias y procedimientos – que deben ser objeto de una evaluación interna periódica- que resulten sólidos, eficaces y exhaustivos a fin de evaluar y mantener de forma permanente los importes, los tipos y la distribución del capital interno que consideren adecuados para cubrir la naturaleza y el nivel de los riesgos a los cuales estén o puedan estar expuestos⁷⁶. Se tipifican los riesgos relevantes para evaluar la solvencia de las entidades de crédito y se enumeran, en este sentido, los siguientes: Riesgo de crédito y de contraparte, riesgo residual, riesgo de concentración, riesgo de titulización, riesgo de mercado, riesgo de tipos de interés derivado de actividades ajenas a la cartera de negociación, riesgo operacional, riesgo de liquidez y riesgo de apalancamiento excesivo⁷⁷.

2.3. Restricciones en materia de distribuciones

Dada la necesidad de garantizar que las entidades de crédito no desarrollen actuaciones contradictorias con su estado de solvencia, la LOSSEC establece una serie de restricciones en materia de distribuciones que parten de dos presupuestos⁷⁸:

a) El primero, de carácter sustancial, es la tipificación de las que se consideran legalmente como distribuciones relativas al capital de nivel 1 ordinario. Se trata del pago de dividendos en efectivo, la distribución de acciones total o parcialmente liberadas u otros instrumentos de capital, el rescate o la compra por una entidad de acciones propias u otros instrumentos de capital, el reembolso de importes pagados en relación con los instrumentos de capital y, en general, cualesquiera otros que el Banco de España pudiera determinar o considerar que tienen un efecto similar.

b) Y el segundo, de carácter instrumental, es la exigencia a las entidades de crédito de mecanismos que garanticen que el importe de beneficios distribuibles y el importe máximo distribuible se calculan con exactitud, cálculo que, en todo caso, habrá de poder demostrarse al Banco de España cuando se les solicite.

Una vez establecidos aquellos presupuestos, las restricciones en materia de distribuciones distinguen dos situaciones:

a) Primera, las entidades de crédito que cumplan el requisito combinado de colchones de capital, que podrán realizar distribuciones relativas al capital de nivel 1 ordinario siempre y cuando dicha distribución permita mantener dicho nivel.

b) Segunda, las entidades de crédito que no cumplan el requisito combinado de colchones de capital, que no podrán realizar una distribución relativa al capital de nivel 1 ordinario, asumir una obligación de pagar una remuneración variable o beneficios discrecionales de pensión o realizar pagos vinculados a instrumentos de capital de nivel 1 adicional; antes de haber calculado el importe máximo distribuible (IMD)⁷⁹ y haber informado inmediatamente al Banco de España de dicho importe.

3. Aspectos técnicos: recursos propios, liquidez y colchones de capital

Para que una entidad de crédito sea solvente -esto es, esté en disposición de cumplir regularmente sus obligaciones- debe tener en todo momento unos niveles de capital y de liquidez adecuados.

3.1. Capital exigible

El edificio del capital exigible a las entidades de crédito se compone de dos estructuras adyacentes:

a) La estructura central de los recursos propios regulada en los arts.92 y ss. del Reglamento (UE) nº 575/2013 que establece las exigencias de aquellos fondos propios expresadas como proporciones porcentuales entre el capital del que dispongan las entidades (que se clasifica en 3 niveles: capital de nivel 1 ordinario, capital de nivel 1 y ratio total de capital) y las exposiciones de riesgo derivadas de su concreta actividad (tomando en consideración el riesgo de crédito, de dilución, de cartera de negociación, de tipo de cambio, de liquidación, de materias primas, operativo, de contraparte, etc.)⁸⁰.

b) La estructura adicional de seguridad, expresada en forma de “colchones de capital” –regulados en los arts.43 a 47 de la LOSSEC y en los arts.58 a 75 del RD 84/2015- que persiguen dos finalidades básicas que son: por una parte, proteger la solvencia de las entidades bien en situaciones de normalidad, como sucede con el colchón de conservación del capital; o bien ante acontecimientos eventuales, como es el colchón de capital anticíclico específico; y, por otra parte, proteger adicionalmente la solvencia de determinadas entidades, como sucede con el colchón de capital para entidades de importancia sistémica mundial (EISM) o para

otras entidades de importancia sistémica (OEIS) y el colchón contra riesgos sistémicos.

3.2. Liquidez

Dado que la solvencia de una entidad de crédito requiere que esté en disposición de cumplir regularmente las obligaciones que le son exigibles; además de cumplir los requisitos en cuanto a la proporción adecuada entre sus recursos propios y los riesgos típicos derivados de su actividad; debe contar con activos líquidos en cuantía suficiente para garantizar que, en todo momento, podrá cumplir las obligaciones que le sean exigibles. Dado que el nivel adecuado de liquidez de cada entidad de crédito dependerá de su modelo empresarial específico, la LOSSEC confiere al Banco de España la competencia para evaluar los requisitos de liquidez de las entidades de crédito, tomando en consideración sus sistemas, procedimientos y mecanismos de gobierno corporativo, los resultados de la supervisión y la evaluación de riesgos y, en particular, todo riesgo de liquidez de carácter sistémico que comprometa la integridad de los mercados financieros⁸¹.

VI. LA SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO POR EL BANCO DE ESPAÑA

A) La regulación de la supervisión.

Un precipitado lógico de todo sistema de regulación de los intermediarios financieros es su supervisión por una autoridad administrativa o agencia – generalmente- independiente. Por ello, un denominador común a las cuatro fases de regulación de las entidades de crédito antes descritas es la necesidad de supervisión del cumplimiento de dicha regulación, que se encomienda al Banco de España en los términos previstos en el Título III (arts.50 a 88) de la LOSSEC y en el

Título III (arts.76 a 92) del RD 84/2015. Esta supervisión se ordena en varios conjuntos de normas de los que nos ocupamos a continuación⁸².

B) Alcance subjetivo de la función supervisora del Banco de España.

La función supervisora del Banco de España alcanza no solo a las entidades de crédito individualmente considerada, sino también a sus grupos consolidables con matriz en España, a las sociedades financieras mixtas de cartera y a las sucursales de entidades de crédito comunitarias y extracomunitarias, fijando, en éste último caso, el sistema de evaluación de la equivalencia de la supervisión en base consolidada de dichos Estados extracomunitarios⁸³.

C) Alcance objetivo de la función supervisora del Banco de España.

Aquella supervisión alcanzará a los siguientes aspectos de las entidades de crédito, grupos y demás entidades supervisadas:

a) Los mecanismos de cumplimiento normativo: en concreto, los sistemas, estrategias, procedimientos o mecanismos de cualquier tipo, aplicados por las entidades de crédito para dar cumplimiento a la normativa de ordenación y disciplina⁸⁴.

b) Los riesgos: en concreto, los riesgos a los cuales están o pueden estar expuestas las entidades, y con base en esta evaluación y a la de cumplimiento normativo, poder determinar si los mecanismos de cumplimiento normativo, los recursos propios y la liquidez mantenidos por las entidades de crédito garantizan una gestión y cobertura sólida de sus riesgos⁸⁵.

c) Los sistemas de gobierno corporativo y políticas remunerativas: en concreto, al cumplimiento por parte de las entidades de crédito de las normas sobre idoneidad, remuneraciones y responsabilidad en la gestión de riesgos, así como de las demás normas sobre gobierno corporativo previstas legal y reglamentariamente (art.53).

D) Instrumentos de la función supervisora del Banco de España.

Los instrumentos específicos de los que puede valerse el supervisor son los dos siguientes:

1. Las guías técnicas

Estas guías técnicas se elaborarán por el Banco de España y estarán dirigidas a las entidades y grupos supervisados. En cuanto se refiere a su contenido, indicarán los criterios, prácticas, metodologías o procedimientos que el Banco de España considere adecuados para el cumplimiento de la normativa de supervisión⁸⁶.

Estas guías, que deberán hacerse públicas, podrán incluir los criterios que el Banco de España seguirá en el ejercicio de sus actividades de supervisión. Y el Banco de España podrá requerir a las entidades y grupos supervisados una explicación de los motivos por los que, en su caso, se hubieran separado de dichos criterios, prácticas, metodologías o procedimientos.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el Banco de España podrá hacer suyas, y transmitir como tales a las entidades y grupos, así como desarrollar, complementar o adaptar las guías que, sobre dichas cuestiones, aprueben los

organismos o comités internacionales activos en la regulación y supervisión bancarias⁸⁷.

2. El “programa supervisor”

El segundo instrumento de supervisión será el “programa supervisor” que el Banco de España aprobará anualmente y respecto del que hay que identificar su alcance subjetivo, su contenido mínimo y sus consecuencias⁸⁸:

a) Primero, en cuanto a su alcance subjetivo, el programa supervisor se referirá a todas las entidades de crédito sujetas a la supervisión del Banco de España, con especial atención a las entidades en riesgo de insolvencia⁸⁹, a las entidades que supongan un riesgo sistémico para el sistema financiero y, en general, a cualesquiera otras entidades que, a juicio del Banco de España, requieran una consideración especial en el ejercicio de la función supervisora. En particular, el Banco de España tendrá en cuenta la información recibida de las autoridades de otros Estados miembros en relación con las sucursales allí establecidas de entidades de crédito españolas.

b) Segundo, su contenido mínimo abarcará una indicación de la forma en que el Banco de España se propone llevar a cabo su labor supervisora y asignar sus recursos, la identificación de las entidades de crédito que está previsto someter a una supervisión reforzada y las medidas que prevén adoptar al efecto y un plan de inspecciones in situ de las entidades de crédito.

c) Tercero, en lo que se refiere a sus consecuencias, el Banco de España, a la vista de los resultados de la revisión y evaluación supervisora, podrá adoptar las

medidas que considere oportunas en cada caso, tales como el aumento del número o la frecuencia de las inspecciones in situ de la entidad, la presencia permanente en la entidad de crédito, la exigencia de remisión de información adicional o más frecuente por la entidad de crédito, la revisión adicional o más frecuente de los planes operativo, estratégico o de negocio de la entidad de crédito, los exámenes temáticos centrados en riesgos específicos, etc.. En todo caso, el Banco de España someterá a las entidades de crédito que supervisa, con una frecuencia mínima anual, a pruebas de resistencia, a fin de facilitar el proceso de revisión y evaluación.

E) Colaboración del Banco de España con otras autoridades de supervisión bancaria.

La LOSSEC establece los principios y mecanismos de colaboración del Banco de España con autoridades de supervisión bancaria de otros países, comunitarios o extracomunitarios y con las autoridades supervisoras de la UE en su condición de autoridad responsable de la supervisión consolidada, mediante la coordinación de la recogida de información y difusión entre las restantes autoridades responsables de la supervisión de entidades del grupo la información más pertinente y esencial, en situaciones tanto ordinarias como urgentes. También se fijan la planificación y coordinación de las actividades de supervisión en situaciones ordinarias o en situaciones de urgencia o en previsión de tales situaciones, y en particular, en aquellos casos en que exista una evolución adversa de las entidades de crédito o de los mercados financieros valiéndose, siempre que sea posible, de los canales de comunicación específicos existentes para facilitar la gestión de crisis.

Se establece asimismo la cooperación con otras autoridades competentes con responsabilidad supervisora sobre las entidades de crédito extranjeras, matrices, filiales o participadas del mismo grupo; la suscripción de acuerdos de coordinación

y cooperación; y la resolución, mediante decisión conjunta, de las solicitudes de declaración de sucursales significativas formuladas por las autoridades competentes de los países donde estén ubicadas sucursales de entidades de crédito españolas.

Se presta una atención especial a los supuestos de colaboración del Banco de España con autoridades supervisoras de otros países comunitarios en caso de incumplimientos de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados comunitarios y a la posible adopción por parte del Banco de España de medidas cautelares en caso de incumplimientos de aquellas sucursales de entidades de otros Estados miembros de la UE90.

Estas normas de colaboración supervisora del Banco de España acaban fijando los supuestos de decisión conjunta⁹¹, los colegios de supervisores⁹² y las relaciones del Banco de España con otras autoridades financieras nacionales, tales como la CNMV, la DGSFP y el FROB.

F) Medidas que puede adoptar el Banco de España en casos de crisis de entidades de crédito.

La LOSSEC establece las medidas que puede adoptar el Banco de España ante crisis –más o menos graves- de entidades de crédito, que se ordenan, en razón de la gravedad creciente de sus causas y del alcance proporcionado de tales medidas en dos grupos:

1. Las medidas de supervisión prudencial.

Las medidas de supervisión prudencial pueden ser de dos tipos, cada uno con

sus causas y sus consecuencias características, que son:

1.1. Las medidas de supervisión prudencial genéricas.

Respecto de este primer tipo de las medidas de supervisión prudencial genéricas, hay que distinguir⁹³:

a) Por una parte, sus causas. En este sentido, las circunstancias que facultan al Banco de España para exigir a las entidades de crédito o grupos consolidables de entidades de crédito que adopten inmediatamente las medidas necesarias para retornar al cumplimiento de los estándares de solvencia son las siguientes:

a.1) Causas que parten del incumplimiento por las entidades de crédito de las garantías financieras que les son exigibles. Así, cuando aquellas entidades no cumplan con las obligaciones contenidas en la normativa de solvencia, incluida la liquidez; o el Banco de España considere que los recursos propios y la liquidez mantenidos por la entidad no garantizan una gestión y cobertura sólidas de sus riesgos; o cuando -conforme a los datos a disposición del Banco de España- existan razones fundadas para considerar que la entidad va a incumplir las obligaciones descritas anteriormente en los siguientes doce meses.

a.2) Causas que se derivan del incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones de adecuación de la estructura organizativa o el control interno de los riesgos.

b) Por otra parte, sus efectos. Así, estas medidas que puede adoptar el Banco de España –según las que considere más oportunas atendiendo a la situación de la entidad o grupo- son muy amplias y pueden clasificarse en las siguientes categorías

(si bien veremos que las medidas están interconectadas y algunas de ellas afectan a los diversos aspectos que señalaremos):

b.1) Medidas que inciden en las garantías financieras de las entidades tales como exigir a las entidades de crédito y sus grupos que mantengan recursos propios superiores a los establecidos legalmente en relación con determinados riesgos y elementos de riesgo; que presenten un plan para retornar al cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley y en el Reglamento (UE) n.º 575/2013; que introduzcan en el plan las mejoras necesarias en cuanto a su alcance y plazo de ejecución; que apliquen una política específica de dotación de provisiones o un determinado tratamiento de los activos en términos de requerimientos de recursos propios; o que utilicen los beneficios netos para reforzar sus recursos propios. También pueden consistir en prohibir o restringir la distribución por la entidad de dividendos o intereses a accionistas, socios o titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 1, siempre y cuando la prohibición no constituya un supuesto de incumplimiento de las obligaciones de pago de la entidad; o imponer la obligación de disponer de una cantidad mínima de activos líquidos que permitan hacer frente a las potenciales salidas de fondos derivadas de pasivos y compromisos, incluso en caso de eventos graves que pudieran afectar a la liquidez.

b.2) Medidas que inciden en los aspectos organizativos tales como la exigencia de que las entidades refuercen los procedimientos, mecanismos y estrategias establecidos a fin de cumplir lo dispuesto legalmente respecto del sistema de gobierno corporativo, el plan general de viabilidad y la autoevaluación del capital; o en exigir a las entidades de crédito y sus grupos que limiten la remuneración variable como porcentaje de los ingresos netos, cuando resulte incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital

b.3) Medidas que afectan a sus aspectos operativos, tales como las que consisten en obligar a que las entidades de crédito afectadas restrinjan o limiten las actividades, las operaciones o la red de las entidades o solicitar el abandono de actividades que planteen riesgos excesivos para la solidez de una entidad; en exigir la reducción del riesgo inherente a las actividades, productos y sistemas de las entidades; o en obligarles a mantener una estructura adecuada de fuentes de financiación y de vencimientos en sus activos, pasivos y compromisos con el fin de evitar potenciales desequilibrios o tensiones de liquidez que puedan dañar o poner en riesgo la situación financiera de la entidad.

b.4) Medidas que inciden en las obligaciones que deben cumplir las entidades de crédito afectadas, tales como imponer obligaciones de información adicionales o más frecuentes, incluida información sobre la situación de capital y liquidez; o en exigir la comunicación de información complementaria.

1.2. Las medidas de supervisión prudencial específicas consistentes en la exigencia de recursos propios adicionales.

El segundo tipo son las medidas de supervisión prudencial específicas que consisten en la exigencia de recursos propios adicionales, respecto de las que hay que diferenciar⁹⁴:

a) Por un lado, sus causas que acaecen si la entidad no cumple los requisitos establecidos en los arts.29, 30, 41 o 393 del Reglamento (UE) n.º 575/2013; si hay riesgos o elementos de riesgo que no quedan cubiertos por los requerimientos de recursos propios establecidos en la normativa de solvencia; si existen razones fundadas para considerar que la aplicación de otras medidas no baste para mejorar suficientemente los sistemas, procedimientos, mecanismos y estrategias en un

plazo adecuado; si la revisión de riesgos pone de manifiesto que el incumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de un método de cálculo de los requisitos de recursos propios que requiere autorización previa de conformidad con la parte tercera del Reglamento (UE) n.º 575/2013 podría dar lugar a unos requerimientos de recursos propios insuficientes; si los ajustes de valoración con respecto a posiciones o carteras específicas dentro de la cartera de negociación, de acuerdo con lo establecido en el art.105 del Reglamento (UE) n.º 575/2013 no permiten que la entidad venda o cubra sus posiciones en un corto periodo de tiempo sin incurrir en pérdidas importantes en condiciones de mercado normales; si existiesen razones fundadas para considerar que los riesgos pudieran quedar subestimados a pesar del cumplimiento de los requisitos exigidos de conformidad con la normativa de solvencia; o, finalmente, si la propia entidad de crédito notifica al Banco de España -de conformidad con el artículo 377.5 del Reglamento (UE) n.º 575/2013- que los resultados de la prueba de resistencia exceden de forma significativa los requerimientos de recursos propios derivados de la cartera de negociación de correlación.

b) Por otro lado, sus efectos. Porque, para determinar el nivel adecuado de recursos propios adicionales, el Banco de España evaluará los aspectos cuantitativos y cualitativos del proceso de evaluación de las entidades de crédito; los sistemas, procedimientos y mecanismos relacionados con los planes de viabilidad y resolución de las entidades de crédito; los resultados de la revisión y evaluación; y el riesgo sistémico.

2. Las medidas de intervención y sustitución

Respecto de estas últimas medidas, la LOSSEC regula dos aspectos básicos⁹⁵:

2.1. Causas

Las causas de intervención y sustitución del órgano de administración de una entidad de crédito⁹⁶ acaecerán cuando se den los supuestos de resolución y reestructuración de la entidad de crédito conforme con lo previsto en Ley 9/2012; cuando existan indicios fundados de que la entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia; o cuando se adquiriera una participación significativa en una entidad de crédito sin respetar el régimen legalmente previsto o cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que la posean pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera.

2.2. Efectos

La LOSSEC regula los distintos aspectos implicados en la ejecución de estas medidas, tales como la forma de ejercer la competencia de intervención y sustitución por el Banco de España, los acuerdos de intervención o sustitución y su contenido, los requisitos de validez de los actos y acuerdos posteriores a la fecha de intervención, la forma de integrar la administración provisional, el cese de las medidas de intervención o sustitución, la disolución y liquidación voluntaria de la entidad de crédito, la intervención de las operaciones de liquidación que puede acordar el Ministro de Economía y Competitividad y la comunicación anual por el Banco de España a las Cortes Generales de una Memoria de las medidas adoptadas⁹⁷.

G) La transparencia supervisora: las obligaciones de información y publicación

del Banco de España.

La LOSSEC quiere que el Banco de España sea transparente en su función supervisora y, para ello, le obliga a publicar de forma periódica un conjunto de información relativa a la normativa de solvencia que ofrece dos perfiles⁹⁸:

a) Un perfil cuantitativo, porque aquella información periódica debe alcanzar a los criterios y métodos generales empleados para la revisión y evaluación de los mecanismos de cumplimiento normativo, de supervisión de riesgos y de gobierno corporativo y políticas remuneratorias; los datos estadísticos agregados sobre los aspectos fundamentales del ejercicio de la función supervisora, incluido el número y naturaleza de las medidas de supervisión adoptadas y las sanciones administrativas impuestas; los criterios generales y los métodos adoptados para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 405 a 409 del Reglamento (UE) n.º 575/2013; una sucinta descripción del resultado de la revisión supervisora y la descripción de las medidas impuestas en los casos de incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 405 a 409 del Reglamento (UE) n.º 575/2013, sobre una base anual; los resultados de las pruebas de resistencia realizadas de conformidad con los arts.55.4 o 32 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010; y, en general, cualquier otra información que se determine reglamentariamente.

b) Un perfil cualitativo, porque la información publicada deberá ser suficiente para permitir una comparación significativa de los planteamientos adoptados por el Banco de España con los de las autoridades homólogas de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

Además de estos deberes informativos en situaciones normales, se regulan los deberes en situaciones de urgencia; la consiguiente obligación de secreto, con las

pertinentes excepciones en caso de requerimientos judiciales o administrativos (en especial, de la CNMV, la DGSFP o el FROB) y el deber de reserva de información⁹⁹.

En particular, se regula la información contable que deben remitir las entidades de crédito al Banco de España, la información con relevancia prudencial de las entidades de crédito, la información exigible a las sucursales de entidades de crédito con sede en la UE, el Informe bancario anual y la información sobre participaciones en entidades de crédito¹⁰⁰.

VII. LA SANCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

A) El régimen sancionador.

Si antes vimos que un precipitado lógico de todo sistema de regulación de los intermediarios financieros es su supervisión, la consecuencia necesaria de esta regulación y supervisión -para que tengan una eficacia obligatoria y, por ende, un significado jurídicamente relevante- es el establecimiento de un régimen sancionador que castigue los incumplimientos de aquellas exigencias detectados por el sistema supervisor. De ahí que el Título IV (arts.89 a 118) de la LOSSEC establezca este sistema que se basa en la siguiente ecuación de tres factores:

a) Los sujetos sometidos, que son las entidades de crédito, sus cargos de administración y dirección, las personas físicas y jurídicas que ostenten participaciones significativas, etc.

b) Las infracciones de las normas de ordenación bancaria que se clasifican en tres categorías en función de su gravedad: como infracciones muy graves, graves o leves; regulándose sus diferentes plazos de prescripción (de 5 años para las muy

graves, 4 años, para las graves y 2 años para las leves).

c) Las sanciones que se pueden imponer por la comisión de infracciones muy graves, graves o leves; y tanto a la entidad de crédito como a los que ejerzan cargos de administración o de dirección.

Según decimos, la ecuación sancionadora se expresa cuando la LOSSEC dice que "las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable" (art.89.1).

B) Los sujetos sometidos.

En cuanto a este primer factor de la ecuación sancionadora, existen cuatro grandes categorías de sujetos sometidos:

a) Las entidades de crédito.

b) Los cargos de administración o dirección de aquellas entidades, cuya responsabilidad administrativa será independiente. En este sentido, merecen la calificación legal de órganos de dirección de una entidad aquellos que están facultados para fijar la estrategia, los objetivos y la orientación general de la entidad y que se ocupan de la vigilancia y control del proceso de adopción de decisiones de dirección, incluidos quienes dirigen de forma efectiva la entidad. Por lo tanto, se considera que ostentan cargos de administración o dirección en las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, sus directores generales o los asimilados.

c) Los socios de aquellas entidades que posean una participación significativa en su capital y aquellas personas físicas o jurídicas que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la UE. La responsabilidad también alcanzará a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables.

d) Otras personas físicas o jurídicas, relacionadas con las entidades de crédito, tales como las personas físicas o jurídicas y sus administradores de hecho o de derecho que infrinjan las prohibiciones de reserva de actividad bancaria o denominación de entidades de crédito; las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera y a los que ostenten cargos de administración o dirección en las mismas; aquellos terceros a los que las entidades de crédito hayan subcontratado funciones o actividades operativas; y, en general, todas las demás entidades que se prevean en el ordenamiento jurídico.

C) Las infracciones.

En lo que respecta a este segundo factor de la ecuación sancionadora, hemos de comenzar recordando que las infracciones de las normas de ordenación bancaria, según hemos indicado, se clasifican en tres categorías en función de su gravedad: como infracciones muy graves, graves o leves. Adviértase que esta última categoría opera como una cláusula de cierre lógico del sistema sancionador cuando vemos que “constituyen infracciones leves el incumplimiento de preceptos de obligada observancia para las entidades de crédito comprendidos en normas de ordenación o disciplina que no constituyan infracción grave o muy grave” (art.94).

La tipificación de las conductas como infracciones muy graves o graves dependerá de varios criterios adaptados al tipo de conductas, de modo tal que se

tendrá en cuenta su carácter reiterado u ocasional, en el caso de actividades; el porcentaje de desviación respecto de los estándares legales, en el caso de incumplimientos de requerimientos de recursos propios o de solvencia; el impacto en la solvencia o viabilidad de la entidad de crédito o el grupo, cuando se trate de deficiencias organizativas; etc.

Sin poder entrar en su exposición detallada y recordando que -en éste ámbito del Derecho administrativo sancionador- opera la garantía de tipicidad, podemos agrupar las infracciones en varias categorías temáticas:

a) Acceso ilegal a la actividad bancaria. Así, por ejemplo, el ejercicio profesional de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público o el uso de las denominaciones reservadas de las entidades de crédito u otras que puedan inducir a confusión con ellas, sin haber sido autorizada como entidad de crédito¹⁰¹.

b) Ejercicio ilegal de la actividad bancaria, categoría ésta que puede diversificarse, a su vez, en las siguientes subcategorías:

b.1) Extralimitación de la actividad bancaria, consistente en ejercer actividades ajenas a su objeto exclusivo legalmente determinado, que será una infracción muy grave o grave en función de su reiteración o de su carácter ocasional¹⁰².

b.2) Modificaciones estructurales ilegales, tales como fusiones, escisiones o cesiones globales de activos o pasivos que afecten a las entidades de crédito realizadas sin la autorización preceptiva, sin observar las condiciones básicas fijadas en la misma, o habiendo obtenido la autorización por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular¹⁰³.

b.3) Insuficiencia de recursos propios en distinta cuantía que determina su gravedad como infracción¹⁰⁴.

b.4) Incumplimientos contables o de normas de auditoría¹⁰⁵.

b.5) Incumplimientos de deberes de supervisión, por falta de remisión de documentación o información¹⁰⁶.

b.6) Incumplimientos del deber de veracidad informativa debida a sus socios, contrapartes financieras, clientes y al público en general, así como el incumplimiento del deber de confidencialidad sobre los datos recibidos de la Central de Información de Riesgos¹⁰⁷.

D) Las sanciones.

Las sanciones se dividen en dos grandes categorías:

a) Sanciones que pueden imponerse a las entidades de crédito infractoras, consistir en multas u otras sanciones operativas, que se tipifican en 3 niveles, según deriven de la comisión de infracciones muy graves (art.97), graves (art.98) o leves (art.99) y que pueden llevar asociadas, en cada caso, de forma adicional una serie de medidas accesorias, tales como requerimientos a los infractores, suspensiones de derechos de voto, amonestaciones públicas o privadas, etc.

b) Sanciones que pueden imponerse a quienes ejerzan cargos de administración o de dirección, consistir en multas u otras sanciones personales (separaciones o suspensiones en el ejercicio del cargo, inhabilitaciones), que también se tipifican en

3 niveles, según deriven de la comisión de infracciones muy graves (art.100), graves (art.101) o leves (art.102) y que pueden llevar asociadas, en cada caso, de forma adicional una serie de medidas accesorias, tales como requerimientos a los infractores, amonestaciones públicas o privadas, etc.

La LOSSEC establece los criterios para la determinación de sanciones y para la fijación de la responsabilidad de los cargos de administración o dirección de las entidades de crédito y de sus grupos consolidables. También se prevé el eventual nombramiento temporal de miembros del órgano de administración de la entidad de crédito afectada cuando ello resulte necesario para su continuidad, habida cuenta de los administradores sancionados¹⁰⁸.

De forma complementaria, la LOSSEC establece las normas del procedimiento sancionador¹⁰⁹, fijando, en concreto, el procedimiento general para la imposición de sanciones y el particular aplicable en el supuesto de infracciones leves; el sistema de nombramiento de instructores o secretarios adjuntos; la forma de practicarse las pruebas; las medidas provisionales que puedan adoptarse (en particular, la suspensión provisional de las personas que ostenten cargos de administración o dirección); la ejecutividad de las sanciones y su impugnación en vía administrativa; las reglas especiales para las sanciones consistentes en multa; el régimen de publicidad de las sanciones; el procedimiento de notificación de infracciones; las disposiciones para el caso de concurrencia de los procedimientos administrativos sancionadores con procedimientos penales; y la remisión de una Memoria de actuaciones sancionadoras por el Banco de España a las Cortes Generales.

VIII. EFECTOS COLATERALES DE LA LOSSEC SOBRE LA REGULACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO

Junto a la reforma del edificio central de la regulación bancaria, la LOSSEC ha modificado, por razones de coherencia, dos tipos de disposiciones:

A) Modificación de las leyes reguladoras de determinados tipos de intermediarios financieros.

La LOSSEC modifica el régimen legal de los intermediarios financieros siguientes:

a) Las Cooperativas de Crédito¹¹⁰, modificando el art.7.4 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, en cuanto al régimen de reembolso de las aportaciones de sus socios¹¹¹.

b) El Instituto de Crédito Oficial, ratificando su calificación legal de entidad de crédito, con los efectos consiguientes de aplicación de la LOSSEC¹¹².

c) Las sociedades de garantía recíproca¹¹³, aplicándoles el régimen de responsabilidad administrativa y calificando, a tal efecto, su Ley 1/1994 y sus desarrollos reglamentarios, como normas de ordenación y disciplina¹¹⁴.

d) El Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, modificando el art.7 del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, en cuanto a su Comisión Gestora¹¹⁵.

e) Los establecimientos de cambio de moneda, ya que el RD 84/2015, de desarrollo de la LOSSEC, modifica el régimen reglamentario del cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito¹¹⁶.

B) Modificación de normas sobre otros aspectos colaterales de la regulación bancaria.

La LOSSEC también ha modificado, por razones de coherencia de la regulación de la actividad bancaria, los siguientes aspectos:

a) Los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes a efectos de la normativa de solvencia y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda¹¹⁷.

b) La inaplicación del límite legal máximo previsto en el art.405 de la LSC para las sociedades anónimas en general a la emisión de obligaciones por parte de las entidades de crédito, en línea con lo dispuesto para las sociedades anónimas cotizadas en el art.510 de aquella LSC¹¹⁸.

c) Las operaciones de arrendamiento financiero, que se definen como “aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas”. Añadiendo la LOSSEC el requisito de que los bienes objeto de cesión queden afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales y en de que el contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción

de compra, a su término, en favor del usuario. Además, se permite que las entidades que realicen operaciones de arrendamiento financiero realicen, con carácter complementario, actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos, la concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura; la intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero; actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra; y el asesoramiento y elaboración de informes comerciales¹¹⁹.

d) La supervisión de entidades no inscritas en registros administrativos; facultando al Ministerio de Economía y Competitividad, de oficio o a instancia del Banco de España o de cualquier otra autoridad, para solicitar de las personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que sea su naturaleza el suministro de cualquier información, contable o de otra naturaleza, relativa a sus actividades financieras, con el grado de detalle y con la periodicidad que se estimen convenientes; o realizar, por sí o a través del Banco de España, las inspecciones que se consideren necesarias a efectos de aclarar cualquier aspecto de las actividades financieras de dichas personas o entidades y su adecuación al ordenamiento jurídico¹²⁰.

e) La LOSSEC se refiere también a otros aspectos tales como el régimen jurídico de los sistemas institucionales de protección (Disp. Adicional Quinta); a la exigencia de que el capital de las entidades de crédito que tengan la forma de SA revistan la forma de acciones nominativas (Disp. Adicional Séptima); a la incompatibilidad de los auditores para realizar trabajos en entidades de crédito (Disp. Adicional Décima); a la responsabilidad de los miembros de la comisión de control de las cajas de

ahorros (Disp. Adicional Decimoprimerá); a la autorización de operaciones de modificación estructurales de entidades de crédito (Disp. Adicional Decimosegunda); al régimen para la adaptación de los Estatutos de las cooperativas de crédito (Disp. Adicional Decimotercera); y a la coordinación de las competencias sancionadoras del Estado y de las Comunidades Autónomas (Disp. Adicional Decimocuarta).

C) Las bases de la protección del cliente bancario.

Procede poner fin a este epígrafe de nuestro Estudio haciendo referencia a la otra parte de la actividad bancaria (la clientela) para recordar que la LOSSEC establece los principios esenciales de protección del cliente de las entidades de crédito¹²¹ y habilita al Ministro de Economía y Competitividad para dictar disposiciones a tal efecto con un doble alcance¹²²:

a) Un alcance general que busca proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito. Para ello, trata de las materias básicas implicadas en aquella protección del cliente y, en cada una de ellas, establece los principios tuitivos, que las normas reglamentarias deben poner en práctica. De tal modo que se refiere a la información precontractual y contractual y la documentación de los contratos que han de facilitarse a los clientes¹²³; la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España¹²⁴; los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa; y las

especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia¹²⁵.

b) Un alcance especialmente referido a las operaciones bancarias activas, esto es, a la comercialización de préstamos o créditos, donde la LOSSEC establece los principios que han de orientar las disposiciones que dicte el Ministro de Economía y Competitividad¹²⁶.

Por último, en este ámbito de la protección del cliente bancario, la LOSSEC hace dos precisiones normativas que se refieren: por una parte, a la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Competitividad efectúe, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios; y, por otro lado, a la eficacia de las normas que apruebe el Ministro de Economía y Competitividad como garantía de nivel mínimo de protección que deberán respetar las disposiciones que, en el ejercicio de sus competencias, puedan dictar las Comunidades Autónomas en materia de protección del cliente bancario.

IX. CONCLUSIONES

1ª. La LOSSEC de 2014 representa un primer paso regulatorio que tendrá efectos de expansión geométrica sobre nuestro mercado bancario ya que ha establecido las bases normativas de la nueva arquitectura regulatoria del sistema bancario español; bases que serán objeto de los abundantes desarrollos reglamentarios previstos en la propia LOSSEC en forma de Reales Decretos, Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España; amén de las nuevas guías en materia supervisora que podrá elaborar el Banco de España. El primer paso de este desarrollo está constituido por el RD 84/2015.

2ª. Junto al edificio central de las disposiciones subjetivas en materia de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito; la LOSSEC –y el RD 84/2015- ha producido efectos regulatorios relevantes en zonas colaterales del sistema financiero por cuanto ha afectado tanto a aspectos subjetivos y objetivos de la actividad bancaria, modificando, por ejemplo, el régimen de las sociedades de garantía recíproca; como a aspectos subjetivos y objetivos del mercado de instrumentos financieros, modificando el estatuto jurídico de algunos tipos de mercados secundarios de valores y de las empresas de servicios de inversión con su reforma de la LMV. Tiene una especial importancia el establecimiento por la LOSSEC de las bases de protección del cliente bancario mediante la expresa habilitación normativa a favor del Ministerio de Economía y Competitividad.

3ª. El origen de la LOSSEC se encuentra en la necesaria adaptación de nuestra regulación de las entidades de crédito a las exigencias derivadas de la normativa internacional que ha venido decisivamente condicionada, en su origen, por la necesidad de prevenir las crisis financieras sistémicas a raíz de la experiencia de la crisis desencadenada en el año 2008. En particular, este impulso internacional de la LOSSEC tiene un doble alcance: primero, un alcance de Derecho comunitario, porque la LOSSEC incorpora los aspectos de desarrollo del Reglamento (UE) nº 575/2013 y los mandatos de armonización de la Directiva 2013/36/UE. Segundo, un alcance de Derecho internacional global, porque la LOSSEC también incorpora algunos aspectos relevantes de los acuerdos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

4ª. La aplicación y el desarrollo normativo de la LOSSEC deberá tener en cuenta el contexto de las disposiciones -anteriores y posteriores a su publicación- que han establecido los tres pilares de la Unión Bancaria, a saber: el Mecanismo Único de Supervisión (MUS), el Mecanismo Único de Resolución (MUR) y la armonización de

los Sistemas de Garantías de Depósitos. En particular, la LOSSEC interacciona con la normativa interna de reestructuración de entidades de crédito (Ley 9/2012), a la que expresamente se remite en distintas ocasiones (por ejemplo, el enumerar las causas para adoptar las medidas de intervención y sustitución de los administradores de las entidades de crédito).

5ª. La LOSSEC ordena el estatuto jurídico de las entidades de crédito siguiendo el paradigma regulatorio común a los intermediarios financieros en el Derecho comunitario que se puede explicar en las 4 fases de: tipificación de la actividad bancaria, reserva de la misma a favor de las entidades de crédito autorizadas y registradas, exigencia de que estas entidades cumplan determinados requisitos corporativos, organizativos y financieros para obtener la autorización administrativa (que sigue el modelo de autorización sobre proyecto de constitución) y exigencia de que estas mismas entidades de crédito mantengan -a lo largo de toda su existencia- unas condiciones de ejercicio de la actividad que igualmente inciden en aspectos corporativos, organizativos y financieros.

6ª. Este paradigma regulatorio exige que la autoridad competente en materia de supervisión bancaria -que en nuestro caso es el Banco de España- desarrolle las funciones de supervisión del cumplimiento de las obligaciones exigibles a las entidades de crédito y de sanción a las entidades de crédito y sus gestores que incumplan aquellas obligaciones.

7ª. La actividad bancaria se tipifica por la LOSSEC por referencia al núcleo esencial de la intermediación indirecta en el crédito mediante la interconexión de las operaciones bancarias pasivas y activas.

8ª. La LOSSEC reserva a favor de las entidades de crédito autoridades de crédito

las operaciones bancarias pasivas de captación de fondos reembolsables del público y garantiza dicha reserva mediante estímulos positivos de uso de las denominaciones típicas y estímulos negativos de prohibición de realización de dichas operaciones por sujetos distintos y de barreras de acceso a los registros públicos.

9ª. Las condiciones de acceso de las entidades de crédito a la actividad bancaria se concentran en la autorización administrativa por el Banco de España que hará un control de calidad corporativa, organizativa y financiera de la entidad que tendrá un distinto alcance según se trate de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado extracomunitario.

10ª. La LOSSEC –y el RD 84/2015- exigen que las entidades de crédito cumplan en todo momento las condiciones de ejercicio de la actividad bancaria que inciden en los aspectos corporativos (de control público de las participaciones significativas, de idoneidad de sus altos cargos y de gobierno corporativo y política de remuneraciones), organizativos (particularmente en cuanto a la gestión de los riesgos típicos de la actividad bancaria) y financieros (en especial, relativos a la solvencia y la liquidez de las entidades).

11ª. La regulación por la LOSSEC –y por el RD 84/2015- de la supervisión de las entidades de crédito por el Banco de España distingue las facultades de este último y los deberes de las entidades supervisadas en dos tipos de situaciones: cuando la entidad de crédito cumple los requisitos normales de solvencia y cuando se encuentra en una situación igual o potencial de crisis económica, dado que en este último caso se puede adoptar las medidas de supervisión prudencial o de intervención o sustitución de su órgano de administración.

12ª. La regulación del régimen sancionador de las entidades de crédito por parte de la LOSSEC se puede explicar como una ecuación de tres factores que operan de forma sucesiva, de tal modo que: cuando una persona física o jurídica sujeta al régimen de supervisión especial (que puede ser una entidad de crédito, sus administradores o directivos o el resto de personas afectadas) desarrolla una conducta que se tipifica como infracción muy grave, grave o leve; se produce la consecuencia de su sanción que puede tener un alcance económico, en forma de multa, o personal, en forma de suspensión o revocación de la autorización de la entidad o de separación o inhabilitación de sus administradores o directivos.

1 BOE nº.156 de 27 de junio de 2014. Sobre esta LOSSEC, v. nuestro estudio "La nueva Ley Bancaria: la LOSSEC de 2014", en LA LEY MERCANTIL nº 4-5, Sección Mercado de Valores y Bancario (1 de julio de 2014), pp. 1 y ss. y, sobre el Proyecto publicado en el BOCG de 14 de febrero de 2014, X Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 80-1 v. nuestra noticia sobre el "El Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito" en esta RDBB nº.134, 2014, pp. 285 y ss.

2 BOE nº.39, de 14 de febrero de 2015. La Disp. Final Sexta de este RD 84/2015 establece las facultades de desarrollo que se atribuyen expresamente al Banco de España.

3 V. la Disposición adicional segunda del RD 84/2015 sobre la "integración del Banco de España en el Mecanismo Único de Supervisión".

4 Ver Disposición final tercera del RD 84/2015 que modificación el Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero.

5 V. La disposición Derogatoria del RD 84/2015, que deroga el RD 1245/1995, el RD 216/2008, excepto las disposiciones sobre empresas de servicios de inversión y la Orden de 20 de septiembre de 1974.

6 Sobre el sistema de fuentes de nuestro sistema bancario precedente pueden verse los estudios de ARAGÓN REYES, M., "Las fuentes. En particular los estatutos de los bancos y las cajas de ahorros y las circulares del Banco de España", en Alonso Ureba, A. / Martínez Simancas, J. (Dirs.), "Derecho

del mercado financiero”, Madrid 1994, Tomo II, Vól. 1, pp. 7 y ss.; CONLLEDO LANTERO, F., “El marco de actuación de las entidades de crédito”, en Campuzano, A.B. / Conlledo Lantero, F. / Palomo Zurdo, R.J. (Dir.), “Los mercados financieros”, Valencia, 2013, pp. 233 y ss.; ESPÍN GUTIÉRREZ, C. “Las fuentes del Derecho bancario”, en Sequeira, A./ Gadea, E. /Sacristán, F., “La contratación bancaria”, Madrid, 2007, pp. 97 y ss.; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Fundamento y características de la regulación bancaria”, en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp.15 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El Derecho bancario. Sus fuentes”, en Nieto Carol, U. (Dir.), “Contratos bancarios y parabancarios”, Valladolid, 1998, pp. 55 y ss.; TAPIA HERMIDA, A.J., “Derecho Bancario”, Madrid 2002, pp.17 y ss. ; Id. “Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho Público Bancario Español”. Estudios de Derecho Público Bancario (dir. Martín-Retortillo, S.), Madrid 1987, pp. 37 y ss.; y VEGA SERRANO, J.M., “La regulación bancaria española”, en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp.143 y ss.

7 Ver nuestra noticia sobre la “Adaptación de la regulación española sobre solvencia de entidades financieras a la normativa de la Unión Europea: el Real Decreto-Ley 14/2013”, en esta RDBB 133, 2014, pp. 354 y ss.

8 Ver CALVO VERGEZ, J., “Principales rasgos configuradores de la regulación del sistema financiero acordada en Basilea III y su progresiva implantación en nuestro ordenamiento”, en esta RDBB nº.135, 2014, pp.201 y ss. En este sentido, resulta particularmente interesante el documento de consulta publicado recientemente para por dicho Comité sobre las líneas básicas para identificar y tratar con los bancos “débiles” (Basel Committee on Banking Supervision, “Supervisory guidelines for identifying and dealing with weak banks”, Consultative Document, june 2014).

9 DOUE 14.5.2014, L 141/1 y ss. (BCE/2014/17). En relación con las nuevas funciones supervisoras que se le encomiendan al BCE en el MUS, resulta especialmente importante el Reglamento (UE) nº. 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº.2157/1999 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (BCE/1999/4) (BCE/2014/18) (DOUE 14.5.2014, L. 141//51 y ss.) y la reciente Decisión del BCE de 17 de septiembre de 2014 sobre la aplicación de la separación entre las funciones de política monetaria y supervisión del Banco Central Europeo (BCE/2014/39) (DOUE 18.10.2014, L. 300/57 y ss.).

10 DOUE 30.7.2014, L 225/1 y ss. Ver European Commission. “A Single Resolution Mechanism for the Banking Unión. Frequently asked questions, Memo Brussels 15 April 2014 y la noticia de

BARCO, F., "Reglamento sobre el Mecanismo único de Resolución" en esta RDBB nº.135, 2014, pp.403 y ss.

11 DOUE 12.6.2014, L 173/190 y ss. Ver European Commission, "Delegated Act on ex ante contributions to the resolution financing arrangements under the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) Frequently asked questions, Memo Brussels/Strassbourg 21 October 2014 y la noticia de BARCO, F., "Aprobada la Directiva sobre Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito" en esta RDBB nº.135, 2014, pp.382 y ss.

12 Ver también el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 en el mismo BOE nº 296, del lunes, 10 de diciembre de 2012.

13 Ver, al respecto, nuestro trabajo SANCHEZ-CALERO, J./ TAPIA HERMIDA, A.J., "Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)", publicado como Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, depositado en el Archivo institucional EPrints Complutense, nº 2014/84 (marzo 2014); PEÑAS MOYANO, M^a.J., "La resolución de las entidades de crédito", en esta RDBB nº.135, 2014, pp.39 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., "Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y SAREB", en esta RDBB nº.133, 2014, pp.53 y ss.; y RODRIGUEZ PELLITERO, J., "Resolución de crisis bancarias", en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Madrid 2013, pp. 827 y ss.

14 DOUE 12.6.2014, L 173/149 y ss. Ver la noticia de BARCO, F., "Nueva Directiva en materia de garantía de depósitos" en esta RDBB nº.135, 2014, pp.366 y ss.

15 Ver BOBES SÁNCHEZ, M.J., "El Fondo de Garantía de Depósitos", en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario, Madrid 2013, pp.899 y ss. y RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, J.M., "Las crisis bancarias: el Fondo de Garantía de Depósito de Entidades de Crédito. El Fondo de Reestructuración ordenada Bancaria", en Campuzano, A.B. / Conlledo, F. / Palomo, R.J. (Dirs.), "Los mercados financieros", Valencia, 2013, pp. 290 y ss.

16 Ver nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J., "El Sistema Europeo de Supervisión Financiera", en esta RDBB nº.121, 2011, pp.9 y ss. En particular, ver, recientemente, el Informe Especial presentado con arreglo al artículo 287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo por el Tribunal de Cuentas Europeo sobre "la supervisión bancaria europea toma forma. La Autoridad Bancaria Europea en un contexto de evolución".

17 El apartado 2 del "Listado de actividades objeto de reconocimiento mutuo" a nivel comunitario

que figura en el Anexo de la propia LOSSEC, se refiere a las operaciones bancarias activas como las de conceder “préstamos, incluidos, en particular, el crédito al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, la factorización con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el forfaiting)”.

18 Ver nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J. “El concepto y clasificación de los contratos bancarios”, en Sequeira, A./ Gadea, E. /Sacristán, F., “La contratación bancaria”, Madrid, 2007, pág. 131 y ss.

19 Sobre la noción de entidad de crédito en nuestro Ordenamiento, pueden verse los estudios de CORTÉS, L.J., “Capítulo 72. El mercado del crédito”. “Las entidades de crédito”. “Los mercados de valores y de crédito”, en Uría, R./ Menéndez, A., “Curso de Derecho Mercantil”, 2ª Edición, Tomo II, Madrid 2007, pp.497 y ss.; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “La organización del sistema bancario. Las entidades de crédito”, en Sequeira, A./ Gadea, E. /Sacristán, F., “La contratación bancaria”, Madrid, 2007, pp. 47 y ss.; LINARES POLAINO, M., “Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico: los cuasibancos”, en Zunzunegui, F. (Dir.), “Derecho bancario y bursátil”, Madrid, 2012, pp. 393 y ss.; TAPIA HERMIDA, A.J., “Derecho Bancario”, Madrid 2002, pp. 29 y ss.; y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., “Del concepto de entidad de crédito en el Derecho español: evolución y perspectivas, en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Madrid 2013, pp.285 y ss.

20 Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Edita Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid 2013.

21 V. Por todos, GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., “Operaciones bancarias neutras”, en “Las entidades de crédito y sus operaciones”. Vol.4. “Las operaciones bancarias neutras”, en Olivencia, M./ Fernández-Novoa, C./Jimenez de Parga, R., (Dirs.), Jimenez Sánchez, G. (Coord.), “Tratado de Derecho Mercantil”, Madrid/Barcelona 2006.

22 Ver, en nuestra literatura jurídica, NIETO CAROL, U. (Dir.) Contratos Bancarios y Parabancarios, Valladolid 1998,

23 Que encuadramos en esta primera categoría en la medida en que esta actividad se refiere, generalmente, a la gestión de carteras de inversión, tipificada como servicio de inversión en el art.63.1 de la LMV.

24 Tipificados en el art.1 de la Ley 26/2009. Ver nuestra noticia sobre el “Desarrollo reglamentario del régimen de los servicios de pago y de las entidades de pago: el Real Decreto 712/2010 y la Orden EHA/1608/2010”, en esta RDBB nº 119, 2010, pp. 310 y ss.

25 En cuanto al análisis de esta actividad de “banca en la sombra” ver, por todos, VALCKX, N.

(Team Lider) y otros, "Shadow Banking Around the Globe: How Large, and How Risk?", International Monetary Fund, October 2014, pp.65 y ss.

26 Ver nuestros estudios "Algunos aspectos del Régimen Jurídico de las actividades parabancarias". Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a D. Evelio Verdura y Tuells, Tomo III, AA.VV., Madrid 1994, pp. 2609 y ss. y "Aspectos generales de las actividades parabancarias en el Derecho español", en esta RDBB nº 47 (1992), pp. 623 y ss.

27 Sobre la normativa precedente, ver MELÉNDEZ HUELIN, O., "La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito", en Campuzano, A.B. / Conlledo Lantero, F. / Palomo Zurdo, R.J. (Dir.), "Los mercados financieros", Valencia, 2013, pp. 251 y ss.

28 Conforme a lo dispuesto en los arts.21 y ss. y 31 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante, LSC).

29 V. art.6 LOSSEC y art.3 RD 84/2015.

30 V. art.7 LOSSEC y art.6 RD 84/2015.

31 V. art.8 LOSSEC y art.12 RD 84/2015.

32 V. art.10 LOSSEC y art.13 RD 84/2015.

33 V. art.9 LOSSEC y art.12 RD 84/2015.

34 V. art.11 LOSSEC y art.14 RD 84/2015.

35 V.art.15 RD 84/2015.

36 V. art.11 LOSSEC y art.14 RD 84/2015.

37 V.art.15 RD 84/2015.

38 V. art.18 RD 84/2015.

39 V. art.19 RD 84/2015.

40 V. art.12 LOSSEC y art.16 RD 84/2015.

41 V. art.13 LOSSEC y art.17 RD 84/2015.

42 V. art.19 RD 84/2015.

43 V. art.15 LOSSEC y art.3 RD 84/2015.

44 Sobre ambos fenómenos se puede ver, en general, nuestra monografía "Sociedades anónimas cotizadas y ofertas públicas de adquisición, Madrid 2012, pp.111 y ss. y 211 y ss., respectivamente y nuestro estudio "Las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores", en Los mercados financieros (dirs. Campuzano, A.B. / Conlledo Lantero, F. / Palomo Zurdo, R.J.), Valencia 2013, pp. 763 y ss.

45 A estos efectos, las acciones, aportaciones o derechos de voto a integrar en una participación significativa incluirán los adquiridos directamente por una persona física o jurídica; los adquiridos a

través de sociedades controladas o participadas por aquellas personas; los adquiridos por sociedades integradas en el mismo grupo; los adquiridos por otras personas que actúen por su cuenta o concertadamente con el adquirente o con sociedades de su grupo; etc.

46 V. art.16 LOSSEC y art.23 RD 84/2015.

47 V. art.17 LOSSEC y art.24 RD 84/2015.

48 V. arts. 18 y 19 LOSSEC y arts. 25 y 26 RD 84/2015.

49 V. art.20 LOSSEC.

50 V. Capítulo V (v. art.70.1.c) del Título III de la LOSSEC.

51 V. art.17.3 LOSSEC

52 V. art.17.4 LOSSEC y art.23.2 RD 84/2015.

53 V. art.21 LOSSEC.

54 V. art.22 LOSSEC.

55 V. art.27 RD 84/2015.

56 V. art.28 RD 84/2015.

57 V. art.23 LOSSEC.

58 V. art.24 LOSSEC y art.32 RD 84/2015.

59 V. art.30 RD 84/2015.

60 V. art.31 RD 84/2015.

61 V. art.25 LOSSEC y arts.29 y 33 RD 84/2015.

62 V. art.26 LOSSEC y art.35 RD 84/2015.

63 V. art.27 LOSSEC y art.34 RD 84/2015.

64 Sobre la normativa precedente, ver ROMERO MORA, A./ OROÑO CARRASCAL, A., "Gobierno corporativo", en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.M., (Dirs.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Madrid 2013, pp.395 y ss. En este ámbito, resulta particularmente interesante el documento de consulta publicado recientemente por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria sobre las líneas básicas de los principios del gobierno corporativo para los bancos (Basel Committee on Banking Supervision, "Guidelines. Corporate governance principles for banks", Consultative Document, October 2014).

65 Sobre las responsabilidades de supervisión del sistema de gobierno corporativo de los bancos por su consejo de administración ver el Principio 1 en Basel Committee on Banking Supervision, "Guidelines. Corporate governance principles for banks", Consultative Document, October 2014, p.7 y ss.

66 V. arts. 29 a 31 LOSSEC y arts. 36 a 38 y 43 RD 84/2015.

67 Véanse las Recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015.

68 Así lo podemos apreciar en la nueva redacción del art.70 ter de la LMV dada por el apartado 20 de la Disposición final primera de la LOSSEC.

69 Así se puede ver en el art.2º de la Resolución de 16 de junio de 2014, de la DGSFP.

70 Sobre la remuneración en el sistema de gobierno corporativo de los bancos ver el Principio 11 en Basel Committee on Banking Supervision, "Guidelines. Corporate governance principles for banks", Consultative Document, October 2014, p.7 y ss.

71 V. arts.33 a 36 LOSSEC y arts.39 y 40 RD 84/2015.

72 En particular, deberá participar activamente en la gestión de todos los riesgos sustanciales contemplados en la normativa de solvencia; velando por que se asignen recursos adecuados para la gestión de riesgos; interviniendo en la valoración de los activos, el uso de calificaciones crediticias externas y los modelos internos relativos a estos riesgos.

73 V. arts 37 y 38 LOSSEC y arts.41, 42 y 44 RD 84/2015.

74 Sobre la normativa precedente, v. GÓMEZ DE MIGUEL, J.M., "La solvencia de los bancos", en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.,M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Ed. Iustel, Madrid 2013, pp.523 y ss.

75 V. art.40 LOSSEC.

76 V. art.41 LOSSEC y art.45 RD 84/2015.

77 V. arts.46 a 54 RD 84/2015.

78 V. art.48 LOSSEC.

79 Sobre la forma de cálculo de este IMD v. arts.73 RD 84/2015.

80 El .56 del RD 84/2015 detalla las "exposiciones frente al sector público", distinguiendo según se trate del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, los organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales, las Entidades gestoras de la Seguridad Social, el ICO, etc.

81 V. art.46 LOSSEC.

82 Ver LASTRA, R.M., "Modelos de regulación financiera en el Derecho comparado: organización de la supervisión por funciones twin peaks y organización por sectores supervisados; reunión o separación de funciones en el Banco Central" y VEGA SERRANO, J.M., "El Banco de España y el Sistema Europeo de Supervisión", ambos en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.,M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Madrid 2013, pp. 261 y ss. y pp.177 y ss., respectivamente; DEL CAÑO PALOP, J.R., "El Banco de España. Organización y

funciones”, en Zunzunegui, F. (Dir.), “Derecho bancario y bursátil”, Madrid, 2012, pp. 49 y ss.; y JIMÉNEZ-BLANCO, A., “El Banco de España y las entidades del mercado financiero”, en Alonso Ureba, A./ Martínez Simancas, J. (Dir.), “Derecho del mercado financiero”, Madrid 1994, Tomo I, Vól. 2, pp.3 y ss.

83 V. arts.56 a 60 LOSSEC y arts.81 a 83 RD 84/2015.

84 V. art.51 LOSSEC.

85 V. art.52 LOSSEC y arts.76 a 80 RD 84/2015.

86 En particular, estas guías se referirán a la evaluación de los riesgos a que las entidades están expuestas y al adecuado cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina, a las prácticas de remuneración e incentivos de asunción de riesgos compatibles con una adecuada gestión del riesgo, a la información financiera y contable y las obligaciones de someter a auditoría externa las cuentas anuales o estados financieros de las entidades y grupos supervisados, a la adecuada gestión de los riesgos derivados de la tenencia de participaciones significativas de las entidades de crédito en otras entidades financieras o empresas no financieras, a la instrumentación de mecanismos de reestructuración o resolución de entidades de crédito, al gobierno corporativo y control interno y en, general, a cualquier otra materia incluida en el ámbito de competencias del Banco de España.

87 V. art.54 LOSSEC.

88 V. art.55 LOSSEC.

89 Que son aquellas cuyos resultados en las pruebas de resistencia o en el proceso de revisión supervisora y de evaluación, indiquen la existencia de riesgos significativos para su solidez financiera o revelen el posible incumplimiento de la normativa de solvencia.

90 V. art.61 a 64 LOSSEC y art.84 a 89 RD 84/2015.

91 V. art.65 LOSSEC y art.90 RD 84/2015.

92 V. art.66 LOSSEC y art.86 RD 84/2015.

93 V. art.68 LOSSEC.

94 V. art.69 LOSSEC.

95 Sobre la normativa previa, ver CARRILLO DONAIRE, J.A., “Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites”, en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.,M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) “Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario”, Ed. Iustel, Madrid 2013, pp. 781 y ss.

96 V. art.70 LOSSEC.

97 V. arts.71 a 79 LOSSEC.

98 V. art.80 LOSSEC y art.92 RD 84/2015.

- 99 V. art.81 a 83 LOSSEC.
- 100 V. art.84 a 87 LOSSEC y art.93 RD 84/2015.
- 101 V. art.92.a LOSSEC.
- 102 V. art.92.e y art.93.c LOSSEC.
- 103 V. art.92.e y art.93.c LOSSEC.
- 104 V. art.92.c y d y art.93,g LOSSEC.
- 105 V. art.92, g y h LOSSEC.
- 106 V. art.92.j LOSSEC.
- 107 V. art.92.k LOSSEC.
- 108 V. arts.103 a 106 LOSSEC.
- 109 V. arts.107 a 118 LOSSEC.
- 110 Ver LLOBREGAT HURTADO, M.L., "Cooperativas de crédito", en Alonso Ureba, A./ Martínez Simancas, J. (Dirs.), "Derecho del mercado financiero", Madrid 1994, Tomo I, Vól. 2, pp. 135 y ss.
- 111 V. Disp. Final Segunda LOSSEC y Disp. Final Primera RD 84/2015, que modifica el Reglamento de Cooperativas de Crédito (RD 84/1993).
- 112 V. Disp. Adicional Octava LOSSEC.
- 113 Ver RONCERO SÁNCHEZ, A., "La Sociedad de Garantía Recíproca", en Alonso Ureba, A./ Martínez Simancas, J. (Dirs.), "Derecho del mercado financiero", Madrid 1994, Tomo I, Vól. 1, pp. 673 y ss.
- 114 V. Disp. Adicional Décima LOSSEC.
- 115 V. Disposición final octava LOSSEC y Disposición adicional sexta del RD 84/2015, sobre "representantes de las entidades adheridas en la Comisión Gestora del Fondo de Garantía de Depósitos".
- 116 V. Disposición final segunda del RD 84/20145, que modifica el RD 2660/1998, de 14 de diciembre.
- 117 V.Disp. Adicional Primera LOSSEC y Disposición adicional primera del RD 84/2015, sobre la "aprobación previa de los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de nivel 2".
- 118 V. Disp. Adicional Segunda LOSSEC.
- 119 V. Disp. Adicional Tercera LOSSEC.
- 120 V. Disp. Adicional Cuarta LOSSEC.
- 121 Sobre la normativa anterior a la LOSSEC, ver RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Contratación bancaria y protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España", en Alonso Ureba, A./ Martínez Simancas, J. (Dirs.), "Derecho del mercado financiero",

Madrid 1994, Tomo II, Vól. 1, pág. 65 y ss.; IZQUIERDO CARRASCO, M., "Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios prestados por entidades de crédito"; y PONCE HUERTA, J., "Introducción a los mecanismos de protección de los clientes de servicios bancarios", ambos en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.,M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Madrid 2013, pág.681 y ss. y pág.635 y ss. respectivamente.

122 V. art.5 LOSSEC.

123 Las normas reglamentarias que se dicten deben permitir el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar que estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.

124 Sobre la normativa anterior a la LOSSEC, ver GUTIERREZ ALONSO, J.J./ Guichot Reina, E., "La transparencia en la regulación bancaria" en Muñoz Machado, S./ Vega Serrano, J.,M., (Dir.), Bobes Sánchez (Coord.) "Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario", Madrid 2013, Madrid 2013, pág.209 y ss.

125 Sobre la normativa previa a la LOSSEC, ver VIERA GONZÁLEZ, A.J. "Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores", en Sequeira, A./ Gadea, E. /Sacristán, F., "La contratación bancaria", Madrid, 2007, pág. 145 y ss.

126 Son la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración; la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; la información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente; y el respeto de las normas de protección de datos.

PARTE SECONDA

Effettività del contraddittorio preventivo nell'accertamento tributario e previsione di nullità dell'avviso ante tempus, nella recente pronuncia della Consulta (Corte Cost., 7 luglio 2015, n.132)*

di Valeria Maresca

*Dottore di ricerca in Diritto Finanziario
Università Federico II° di Napoli*

Sintesi della vicenda

La questione ha origine da un giudizio promosso dalla Cassa di Risparmio di Rieti spa per chiedere l'annullamento di un avviso di accertamento - e la derivata cartella di pagamento - in materia di Irpef e di Ilor, con cui l'Agenzia dell'Entrate aveva sottoposto a tassazione una somma dedotta quale perdita generata dalla cessione di crediti, in quanto operazione ritenuta elusiva ai sensi dell'art. 37 *bis* del Dpr. n. 600/1973. In appello, la sentenza di primo grado è stata totalmente riformata dalla Commissione Tributaria Regionale del Lazio, che ha l'avviso di accertamento che era stato notificato prima del decorso dei termine di sessanta giorni dal ricevimento della lettera di chiarimenti richiesti al contribuente, violando la norma sancita dall'art. 37, comma 4, del Dpr. n. 600/1973. L'Agenzia dell'Entrate eccepita l'irrilevanza del termine previsto dalla disciplina sul contraddittorio preventivo con il contribuente, dovendo prevalere la necessità di reprimere l'elusione, a seguito dell'introduzione nell'ordinamento nazionale del generale divieto di abuso del diritto, propone ricorso per cassazione. Il giudice di legittimità, pur ritenendo che l'atto impugnato nel giudizio principale avrebbe dovuto essere dichiarato nullo, in quanto notificato cinquantaquattro giorni dopo il ricevimento della richiesta di chiarimenti (prima della scadenza del termine prescritto dalla norma), ha sottoposto alla Corte Costituzionale con ordinanza di remissione la questione di costituzionalità dell'art.

* A prima lettura

37 bis, comma 4, del Dpr. n. 600/1973.

La Corte Costituzionale dichiara infondata la questione sollevata ex officio della Corte di Cassazione, sancendo che il contraddittorio preventivo non è incostituzionale.

I giudici costituzionali, con la sentenza depositata il 7 luglio 2015, n. 132, hanno riconosciuto l'imprescindibilità del contraddittorio preventivo nell'accertamento antielusivo, ritenendo nullo l'avviso di accertamento, relativo ad operazioni di questo tipo, emanato prima dello scadere del termine dilatorio prescritto dalla norma, così confutando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 bis, comma 4, del Dpr n. 600/1973 secondo cui «*l'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta*», sollevata dalla Sezione Tributaria della Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 24739/2013, riguardo ai principi di uguaglianza e capacità contributiva sanciti dagli articoli 3 e 53 della Costituzione.

Il contraddittorio endoprocedimentale va applicato anche nei casi in cui non è previsto dalla legge.

Nella sentenza *de qua* si richiama l'indirizzo giurisprudenziale espresso della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel caso *Sopropè* (sentenza 18 dicembre 2008, in causa C -349/07), in base al quale dal fondamentale diritto di difesa, che deve applicarsi ogniqualvolta l'Amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un contribuente un atto per esso lesivo, discende l'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale, ovvero l'obbligo di disporre la condizione in cui i destinatari di decisioni che indicano sensibilmente sui loro interessi siano messi a conoscenza degli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la propria decisione e possano gli stessi manifestare utilmente il loro punto di vista.

Il principio del contraddittorio, corollario del diritto di difesa del destinatario di un provvedimento individuale lesivo dei propri interessi, è principio generale

dell'ordinamento europeo. Con la sentenza *Kamino e Datema*, in tema di dazi doganali, del 3 luglio 2014, nelle cause riunite C-129/13 e C-130/13, ed aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte per il caso in cui il soggetto destinatario di un'intimazione di pagamento adottata a titolo di recupero non è stato ascoltato dalle autorità doganali prima dell'adozione del provvedimento, ma nella successiva fase di reclamo, i giudici di Lussemburgo ribadiscono, ancora una volta, l'indefettibilità del contraddittorio anticipato in qualsiasi procedimento, statuendo, segnatamente, l'obbligo da parte dell'Amministrazione finanziaria di sentire la persona, prima o dopo l'adozione della decisione, purché in una fase anteriore al realizzarsi in concreto degli effetti sfavorevoli verso di lui.

Il confronto che precede l'emanazione dell'atto impositivo e che si instaura tra Amministrazione finanziaria e contribuente, riconosciuto innanzitutto in ambito europeo, è ormai principio generale condiviso anche dal diritto interno, in quanto ritenuto funzionale alla buona amministrazione in particolare nel momento conoscitivo dell'istruttoria tributaria e, inoltre, garanzia di esercizio del diritto di difesa potendo il destinatario del provvedimento finale far valere le proprie ragioni anche in una sede non giurisdizionale.

Il diritto al contraddittorio nel procedimento di accertamento dei tributi trova nell'ordinamento interno un importante riconoscimento nello Statuto dei diritti del contribuente all'articolo 6, comma 5, secondo cui, prima di procedere alle iscrizioni a ruolo derivanti dalla liquidazione risultanti da dichiarazioni, qualora sussistano incertezze su aspetti rilevanti, l'Amministrazione finanziaria deve invitare il contribuente a fornire i chiarimenti necessari o a produrre i documenti mancanti entro un termine congruo e non inferiore a trenta giorni dalla ricezione della richiesta, e all'articolo 12, comma 7, in tema di verifiche fiscali, laddove il legislatore statutario ha previsto uno spazio temporale di sessanta giorni, dalla notifica del processo verbale di constatazione, entro il contribuente può cooperare con gli Uffici impositori mediante la presentazione di osservazioni, richieste e deduzioni difensive, prima

dell'emissione dell'avviso di accertamento, salvo casi di particolare e motivata urgenza, che consentono il mancato rispetto del predetto termine e l'emanazione anticipata dell'avviso di accertamento.

La disciplina antielusiva, di cui all'art. 37 *bis* del Dpr. n. 600/1973, ed altri ambiti settoriali, tra cui l'accertamento doganale, l'accertamento sintetico delle persone fisiche e quelli basati su indagini bancarie, prevedono espressamente forme di contraddittorio anticipato.

La Corte Costituzionale, nella decisione in esame, rigetta l'eccezione di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza, in quanto non vi sarebbe alcuna irragionevole disparità di trattamento rispetto alle altre fattispecie antielusive che non recano espressamente la previsione del contraddittorio anticipato con il contribuente, sancendo, di contro, un'applicazione generalizzata della garanzia partecipativa del soggetto passivo al procedimento tributario.

Dato rilevante della sentenza in esame è, inoltre, l'affermazione che attribuisce ragionevolezza alla sanzione della nullità dell'atto conclusivo del procedimento assunto in violazione del termine prescritto di sessanta giorni che, non rappresenta un inutile formalismo, *costituisce invece* - secondo i giudici costituzionali - *uno strumento efficace ed adeguato di garanzia dell'effettività del contraddittorio stesso*.

La suddetta pronuncia della Consulta, sentenza favorevole al contribuente, consacra il principio di matrice europea del contraddittorio come diritto fondamentale con efficacia sostanziale nel procedimento tributario, ponendosi tra l'altro quale evoluzione di una non isolata giurisprudenza di legittimità, che si consolida fin da 2009, emersa in importanti decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in cui è stato riconosciuto che l'inosservanza da parte dell'Amministrazione del precetto dell'art. 12, comma 7, dello Statuto dei diritti del contribuente, posto a garanzia del diritto di difesa del contribuente, è causa di nullità dell'atto impositivo emesso *ante tempus* (Cassazione, SS. UU., sentenza 29 luglio 2013, n. 18184). Nella sentenza n. 19667 del 2014 delle SS.UU. della Corte di

Cassazione, inoltre, è confermata l'effettività del contraddittorio endoprocedimentale e la sua applicazione a tutti i procedimenti amministrativi, allorché la Corte sancisce l'obbligo di comunicare l'iscrizione ipotecaria, ex art. 77 del Dpr n. 602/1973, prima della sua esecuzione, in quanto atto in grado di incidere negativamente sui diritti ed interessi del contribuente.

Corte cost., Sent., 07-07-2015, n. 132

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Marta CARTABIA Presidente
- Giuseppe FRIGO Giudice
- Paolo GROSSI "
- Giorgio LATTANZI "
- Aldo CAROSI "
- Mario Rosario MORELLI "
- Giancarlo CORAGGIO "
- Giuliano AMATO "
- Silvana SCIARRA "
- Daria de PRETIS "
- Nicolò ZANON "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 37-bis, comma 4, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), promosso dalla Corte di cassazione, nel procedimento vertente tra l'Agenzia delle entrate e la Cassa di Risparmio di Rieti spa, con ordinanza del 5 novembre 2013, iscritta al n. 278 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 1, prima serie speciale, dell'anno 2014.

Visti l'atto di costituzione della Cassa di Risparmio di Rieti spa, nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 26 maggio 2015 il Giudice relatore Daria de Pretis;

uditi l'avvocato Augusto Fantozzi per la Cassa di Risparmio di Rieti spa e l'avvocato dello Stato Gianni De Bellis per il Presidente del Consiglio dei ministri.

1. Con ordinanza del 5 novembre 2013, la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 37-bis, comma 4, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), in riferimento agli artt. 3 e 53 della Costituzione.

La questione è sorta nel corso di un giudizio promosso dalla Cassa di Risparmio di Rieti spa, che ha impugnato davanti alla Commissione tributaria provinciale di Rieti un avviso di accertamento - e la derivata cartella esattoriale - in materia di IRPEF e di ILOR per l'anno 1997.

Con l'avviso di accertamento, che trae origine da un processo verbale di constatazione redatto dalla Guardia di finanza, l'Agenzia delle entrate ha sottoposto a tassazione, tra il resto, la somma di 760.558,00 Euro, dedotta quale perdita generata dalla cessione di crediti, in quanto operazione elusiva, ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973.

Con sentenza depositata il 12 luglio 2007, la Commissione tributaria regionale del Lazio, in totale riforma della sentenza di primo grado, ha annullato l'avviso di accertamento, giacché la sua notifica è avvenuta prima del decorso del termine di sessanta giorni dal ricevimento della lettera di chiarimenti richiesti al contribuente, in violazione dell'art. 37-bis, comma 4, del D.P.R. n. 600 del 1973.

La sentenza di appello è stata impugnata dall'Agenzia delle entrate, sulla base di quattro motivi.

La Corte di cassazione precisa di dovere esaminare per primo, atteso il suo carattere preliminare, il secondo motivo del ricorso, con il quale l'Agenzia delle entrate deduce che il rispetto delle regole sul contraddittorio preventivo con il contribuente, ai sensi del comma 4 dell'art. 37-bis, è divenuto irrilevante, dovendo prevalere la necessità di reprimere l'elusione, a seguito dell'introduzione nell'ordinamento nazionale del generale divieto di abuso del diritto, in forza del quale l'amministrazione può disattendere gli effetti di operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale.

2. Ad avviso della rimettente, la questione sarebbe rilevante, in quanto l'avviso di accertamento impugnato nel giudizio principale è stato notificato cinquantaquattro giorni dopo il ricevimento della richiesta di chiarimenti, sicché dall'applicazione della norma censurata conseguirebbe la nullità dell'atto.

Quanto alla non manifesta infondatezza, la norma contrasterebbe in primo luogo con l'art. 3 Cost., per disparità di trattamento, perché è "distonica" rispetto al diritto

vivente, costituito dalla costante giurisprudenza di legittimità secondo cui nel nostro ordinamento esiste un principio generale, ricavabile dall'art. 53 Cost., che vieta di conseguire indebiti vantaggi fiscali abusando del diritto.

Secondo la rimettente, solo l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, che ha natura speciale rispetto al generale divieto dell'abuso del diritto, prevede forme di contraddittorio preventivo con il contribuente da osservare a pena di nullità, sicché ne deriva una irragionevole disparità di trattamento con le fattispecie antielusive che non sono riconducibili alla norma denunciata, nonché con altre disposizioni che consentono l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria di negozi elusivi, come l'art. 20 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione del Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), in relazione alle quali la legge non prevede analoga sanzione.

L'irragionevolezza della sanzione di nullità sarebbe resa evidente anche dal confronto con la natura officiosa della rilevabilità delle fattispecie elusive ad opera del giudice, che implica l'impossibilità di instaurare un contraddittorio preventivo tra l'amministrazione finanziaria e il contribuente.

La norma violerebbe, in secondo luogo, il principio che impone a tutti l'adempimento delle obbligazioni tributarie, ai sensi dell'art. 53 Cost., giacché fa dipendere la nullità dell'avviso di accertamento da un mero vizio di forma del contraddittorio, il quale deve avere invece carattere di effettività sostanziale e non formalistico, come si desume dall'applicazione, nel ben più delicato campo processuale, della regola, riconosciuta dalla giurisprudenza, in base alla quale la nullità delle notificazioni degli atti fiscali è sanata per raggiungimento dello scopo, se il contribuente impugna correttamente l'atto, ai sensi degli artt. 156, terzo comma, del codice di procedura civile, e 60 del D.P.R. n. 600 del 1973.

La rimettente conclude rilevando che la norma non sembra suscettibile di interpretazioni adeguatrici, attesa la perentoria formulazione della comminatoria di nullità, "diretta proprio a protezione delle forme del preventivo contraddittorio".

3. La Cassa di Risparmio di Rieti spa, costituitasi in giudizio, ha chiesto che la questione sia dichiarata manifestamente infondata, sottolineando la legittimità e la ragionevolezza della procedura di contraddittorio preventivo delineata nel comma 4 dell'art. 37-bis, che costituisce il contraltare, a tutela del contribuente, del penetrante e invasivo potere dell'amministrazione finanziaria di accertare fattispecie elusive, permeato da ampie valutazioni discrezionali.

A tale proposito, richiama il principio generale del "giusto procedimento amministrativo", che prevede l'obbligo del contraddittorio con l'interessato prima

dell'emanazione dell'atto amministrativo, e ricorda che il legislatore ha più volte previsto, a pena di nullità dell'accertamento, l'obbligo del contraddittorio preventivo tra l'amministrazione finanziaria e il contribuente, tutte le volte che ha ritenuto di rilevante interesse la partecipazione del privato in chiave difensiva, e che la giurisprudenza, in via interpretativa, ha ravvisato la nullità dell'atto impositivo in casi nei quali il legislatore, pur prevedendo l'obbligo del contraddittorio preventivo, non ha tuttavia specificato la sanzione per la sua violazione.

Ne conseguirebbe che la norma censurata, là dove prevede la nullità dell'avviso di accertamento per violazione delle regole sul contraddittorio preventivo, non è "disonica" nemmeno in una prospettiva sistematica, al contrario di quanto ritiene il giudice a quo.

La Cassa di Risparmio di Rieti spa nega, altresì, che il divieto di abuso del diritto in materia tributaria costituisca idoneo tertium comparationis, e contesta la legittimità della creazione stessa di un simile divieto per via giurisprudenziale, con particolare riguardo ai tributi non armonizzati, creazione che si risolverebbe in un eccesso di potere giurisdizionale, in quanto l'art. 53 Cost. - norma dalla quale, malgrado la sua natura programmatica, la Corte di cassazione fa discendere l'indicato divieto - non esprime un principio generale antielusivo direttamente applicabile alle singole fattispecie, risultando ciò incompatibile con l'art. 23 Cost., che prevede una riserva di legge in materia.

Osserva poi che è arbitrario il confronto di una norma di legge con un orientamento giurisprudenziale e che si dovrebbero semmai estendere anche alle altre fattispecie antielusive, individuate sulla base del generale divieto di abuso del diritto, le stesse garanzie difensive previste a tutela del contribuente dalla norma denunciata, in ossequio al richiamato principio del giusto procedimento amministrativo, che è riconosciuto anche dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha più volte applicato in tema di accertamento dei tributi armonizzati, facendo così sorgere una esigenza di pari trattamento dei comportamenti abusivi riguardanti i tributi non armonizzati, in particolare le imposte dirette.

Nega, quindi, che l'art. 20 del D.P.R. n. 131 del 1986, individuato dalla rimettente quale ulteriore tertium comparationis, costituisca in realtà una norma antielusiva e che il richiamo alla rilevanza d'ufficio dell'abuso del diritto nel processo tributario sia conferente, poiché si tratta di un istituto estraneo alla fase dell'accertamento tributario, alla quale si riferisce invece la norma denunciata, e poiché comunque il

rilievo officioso non esonera il giudice dal dovere di instaurare sulla questione il contraddittorio tra le parti.

Infine, osserva che nel caso concreto è stata radicalmente omessa la richiesta di chiarimenti al contribuente, con macroscopica violazione della norma, e che la Corte di cassazione sembra avere confuso la disciplina speciale di cui all'art. 37-bis, comma 4, del D.P.R. n. 600 del 1973 con quella generale prevista dall'art. 12, comma 7, della L. 27 luglio 2000, n. 212 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente), che contempla una mera facoltà del contribuente di instaurare il contraddittorio preventivo, imponendo all'amministrazione solo di rispettare il termine dilatorio di sessanta giorni dal rilascio del processo verbale di constatazione, prima di notificare l'atto impositivo.

4. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile.

A suo avviso, il giudice a quo ha in primo luogo omesso di esperire il doveroso tentativo di interpretare la norma denunciata in senso costituzionalmente orientato, alla luce della sua stessa giurisprudenza, che ha più volte escluso, in materia processuale, la legittimità di soluzioni interpretative volte a conferire rilievo a formalismi non giustificati da effettive garanzie difensive, mediante il richiamo al principio del "giusto processo", come introdotto dal novellato art. 111 Cost., e ha altresì escluso la nullità prevista dall'art. 42, secondo e terzo comma, del D.P.R. n. 600 del 1973 in materia di motivazione degli avvisi di accertamento, se è rispettato il diritto di difesa.

Si dovrebbe inoltre considerare che l'origine comunitaria del divieto dell'abuso del diritto impone di disapplicare le eventuali regole processuali di diritto interno che impediscono la sua piena attuazione.

In secondo luogo, il giudice a quo non avrebbe sufficientemente motivato sulla rilevanza della questione, omettendo di valutare la infondatezza del terzo e del quarto motivo di impugnazione della sentenza di appello - entrambi idonei ad assorbire il secondo motivo, erroneamente qualificato come preliminare, con i quali l'Agenzia delle entrate ha dedotto, rispettivamente, che il termine dilatorio di sessanta giorni venne osservato, decorrendo esso dal giorno in cui il processo verbale di constatazione era entrato nel possesso della contribuente, e che non ci fu alcuna violazione del contraddittorio, sia perché durante la verifica fiscale vi era stato uno scambio di informazioni e di chiarimenti con i responsabili della banca, sia perché il ritardo di soli sei giorni rispetto alla scadenza era, da un lato, giustificato dalla necessità di impedire la decadenza della pretesa impositiva e, d'altro lato, non

aveva impedito alla contribuente di esercitare il diritto di difesa.

5. La Cassa di Risparmio di Rieti spa ha depositato una memoria illustrativa, nella quale contesta le ragioni dedotte dal Presidente del Consiglio dei ministri, ribadendo che la sanzione in esame non attribuisce rilievo a formalismi non giustificati da concrete esigenze difensive del contribuente e risponde anche alla "necessità di evitare una inaccettabile 'discriminazione a rovescio'", che si verificherebbe a danno dei rapporti disciplinati dal solo diritto interno rispetto a quelli soggetti anche al diritto comunitario, in relazione ai quali, con particolare riferimento ai tributi armonizzati, si applica il principio del giusto processo amministrativo.

Osserva poi che, dopo la pronuncia dell'ordinanza di rimessione, la Corte di cassazione medesima ha dapprima recepito il principio fondamentale dell'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria, a pena di nullità dell'atto, ogni volta che deve essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente, indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto espressamente da una norma positiva, e con successive pronunce ha superato il presupposto stesso da cui muove l'ordinanza, statuendo che l'amministrazione finanziaria, nel caso in cui intenda contestare fattispecie elusive, indipendentemente dalla loro riconducibilità o meno alle ipotesi contemplate dall'art. 37-bis, comma 3, del D.P.R. n. 600 del 1973, è tenuta a richiedere i preventivi chiarimenti al contribuente e ad osservare il termine dilatorio di sessanta giorni prima di emettere l'atto, che è altrimenti viziato da nullità.

L'evoluzione della giurisprudenza, che esclude anche la natura elusiva della fattispecie disciplinata dall'art. 20 del D.P.R. n. 131 del 1986, dimostrerebbe pertanto la manifesta infondatezza della questione.

Infine, la Cassa di Risparmio di Rieti contesta l'eccezione di irrilevanza della questione, osservando sia che la Corte di cassazione ha sufficientemente motivato sul punto, là dove ha sottolineato che dall'applicazione della norma conseguirebbe la nullità dell'avviso, sia che il terzo e il quarto motivo di impugnazione, al contrario di ciò che sostiene l'intervenuto, sono in concreto infondati.

5.1. Con una memoria depositata nell'imminenza dell'udienza, il Presidente del Consiglio dei ministri ha illustrato ulteriormente le ragioni a sostegno delle eccezioni di inammissibilità della questione, ribadendo che l'esame preliminare del terzo e del quarto motivo di ricorso per cassazione avrebbe consentito alla rimettente di pronunciare l'annullamento della sentenza impugnata, senza necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, e che il tentativo di interpretazione adeguatrice avrebbe condotto il giudice a quo alla stessa conclusione, alla luce della

giurisprudenza relativa all'analogia fattispecie di cui all'art. 12, comma 7, della L. n. 212 del 2000, che nega la nullità dell'atto emesso ante tempus, qualora il contraddittorio sia stato sostanzialmente rispettato.

L'intervenuto contesta poi la tesi secondo la quale il principio generale dell'abuso del diritto in materia tributaria non sarebbe ammissibile, in mancanza di una norma positiva che lo prevede, e richiama un recente contrario orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di IVA.

Motivi della decisione

1. La Corte di cassazione dubita della legittimità costituzionale - in riferimento agli artt. 3 e 53 della Costituzione - dell'art. 37-bis, comma 4, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), nella parte in cui sanziona con la nullità l'avviso di accertamento che sia stato emesso prima della scadenza del termine di sessanta giorni dal ricevimento da parte del contribuente della richiesta di chiarimenti.

La questione è sorta nel corso di un giudizio promosso dalla Cassa di Risparmio di Rieti spa per l'annullamento di un avviso di accertamento in materia di IRPEF e di ILOR per l'anno 1997, con il quale l'Agenzia delle entrate ha sottoposto a tassazione, tra il resto, la somma di 760.558,00 Euro, dedotta quale perdita generata dalla cessione di crediti, in quanto operazione elusiva ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973.

La Commissione tributaria regionale del Lazio, in riforma della sentenza di primo grado, aveva annullato l'avviso di accertamento, in quanto notificato prima della scadenza del termine dilatorio di sessanta giorni previsto dalla norma censurata. La Corte di cassazione, investita dell'impugnazione della sentenza di appello, ritiene la questione rilevante, perché all'applicazione della norma stessa consegue la nullità dell'atto, come statuito dalla sentenza impugnata. La ritiene inoltre non manifestamente infondata, perché la norma contrasterebbe in primo luogo con l'art. 3 Cost., per disparità di trattamento, essendo "disonica" rispetto al diritto vivente, secondo cui esiste nel nostro ordinamento un principio generale, ricavabile dall'art. 53 Cost., che vieta di abusare del diritto per conseguire indebiti vantaggi fiscali.

Ad avviso della rimettente, solo l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, che ha natura speciale rispetto alla disciplina generale del divieto dell'abuso del diritto, prevede forme di contraddittorio preventivo con il contribuente da osservare a pena di nullità. Alla fattispecie in esso prevista sarebbe quindi riservato un trattamento irragionevolmente diverso rispetto a quello generale stabilito per le fattispecie

antielusive non riconducibili alla norma denunciata, nonché a quello previsto da altre disposizioni che, come l'art. 20 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione del Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), stabiliscono l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria di negozi elusivi, senza prevedere una analoga sanzione.

In secondo luogo, facendo dipendere la nullità dell'avviso di accertamento da un mero vizio di forma del contraddittorio, la norma violerebbe l'art. 53 Cost., che impone a tutti l'adempimento delle obbligazioni tributarie. La garanzia del contraddittorio deve avere invece carattere di effettività sostanziale, come si desume, nel campo processuale, dagli artt. 156, terzo comma, del codice di procedura civile, e 60 del D.P.R. n. 600 del 1973, che la giurisprudenza interpreta nel senso che la nullità della notificazione dell'atto fiscale è sanata per raggiungimento dello scopo, se il contribuente impugna correttamente l'atto.

Secondo la rimettente, infine, la norma non sarebbe suscettibile di interpretazioni adeguatrici, considerata la perentoria formulazione della comminatoria di nullità, "diretta proprio a protezione delle forme del preventivo contraddittorio".

2. Il Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto nel giudizio, ha eccepito l'inammissibilità della questione per non essere stato esperito il tentativo di interpretare la norma in senso costituzionalmente orientato e per omessa motivazione sulla rilevanza.

Per priorità logica si inizia con l'esame di questo secondo profilo.

Ad avviso dell'intervenuto, la rimettente avrebbe dovuto prima respingere gli altri motivi di ricorso proposti dalla Agenzia delle entrate, al cui accoglimento dovrebbe seguire la cassazione della sentenza impugnata, indipendentemente dalla soluzione della questione di costituzionalità.

L'eccezione non è fondata.

Secondo il costante orientamento di questa Corte, nel giudizio di costituzionalità non è sindacabile l'ordine logico secondo il quale il rimettente reputa, in modo non implausibile, di affrontare le varie questioni o i motivi di ricorso portati al suo esame (ex plurimis, sentenze n. 272 del 2007, n. 409 e n. 226 del 1998, n. 213 del 1994). Il giudice a quo ha precisato che il secondo motivo del ricorso ha carattere preliminare, perché con esso l'Agenzia delle entrate deduce che il rispetto del procedimento previsto dal comma 4 dell'art. 37-bis è ormai irrilevante, dovendo prevalere la necessità di reprimere l'elusione, a seguito dell'introduzione nell'ordinamento nazionale del generale divieto di abuso del diritto, in forza del quale l'amministrazione può disattendere gli effetti di operazioni compiute

essenzialmente per conseguire un vantaggio fiscale.

La rimettente ha così fornito una motivazione non implausibile della rilevanza della questione con riferimento alla necessità, ai fini della soluzione della controversia, di stabilire se la notificazione dell'avviso di accertamento prima del decorso del termine dilatorio stabilito dalla norma censurata determini o meno la nullità dell'atto.

Nemmeno l'altra eccezione di inammissibilità è fondata.

Secondo l'intervenuto, la rimettente avrebbe potuto interpretare la norma nel senso, da ritenere costituzionalmente conforme, che la previsione di nullità in essa contenuta non è vincolante. A tale fine viene menzionata la giurisprudenza di legittimità che ha più volte escluso, in materia processuale, la legittimità di soluzioni interpretative dirette a conferire rilievo a formalismi non giustificati da effettive garanzie difensive, mediante il richiamo al principio del "giusto processo", come introdotto dal novellato art. 111 Cost., e ha altresì escluso che si possa dichiarare la nullità dell'avviso di accertamento per difetto di motivazione, ai sensi dell'art. 42, secondo e terzo comma, del D.P.R. n. 600 del 1973, qualora sia rispettato il diritto di difesa.

Il richiamo all'art. 111 Cost., tuttavia, non è conferente. La questione sottoposta all'esame di questa Corte non riguarda infatti la nullità di un atto processuale, bensì quella di un atto impositivo. Si consideri inoltre che l'orientamento giurisprudenziale invocato applica il principio del "giusto processo" per limitare i casi di inesistenza delle notificazioni degli atti processuali ogni qual volta vi sia un astratto collegamento tra il luogo di esecuzione della notifica e il suo destinatario, confermando che in tali casi si tratta pur sempre di nullità della notifica, suscettibile, in quanto tale, di essere sanata dall'intervenuto raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156 cod. proc. civ.

Neppure è conferente il richiamo all'orientamento giurisprudenziale in tema di motivazione dell'avviso di accertamento, richiesta a pena di nullità dall'art. 42, secondo e terzo comma, del D.P.R. n. 600 del 1973. Secondo il menzionato orientamento, l'obbligo di motivazione è soddisfatto ogni qual volta sia enunciato il *petitum* dell'ufficio impositore e risultino indicate le relative ragioni in termini sufficienti a definire la materia del contendere. La norma denunciata, tuttavia, non fa dipendere la nullità dell'atto impositivo dal suo contenuto, ma da un vizio del procedimento diretto a instaurare il contraddittorio anticipato con il contribuente. L'interpretazione della norma stessa, pertanto, non può essere in alcun modo orientata dall'individuazione dei requisiti minimi della motivazione dell'avviso di

accertamento.

A sostegno dell'eccezione in esame, l'intervenuto invoca, altresì, il potere-dovere del giudice di conformarsi al diritto comunitario nella decisione della controversia e quindi, secondo l'orientamento della stessa Corte di cassazione, l'obbligo di disapplicare le regole processuali di diritto interno (come quelle che precludono, in sede di legittimità, l'esame di questioni non specificamente dedotte dal ricorrente e l'introduzione di nuove questioni di fatto) che impediscono la piena applicazione delle norme dell'Unione europea. Nemmeno questo argomento è idoneo a orientare l'interprete nel senso indicato dall'intervenuto, sia perché la norma denunciata non costituisce una regola processuale, sia perché dall'origine comunitaria del principio generale del divieto di abuso del diritto in materia tributaria non deriva, di per sé, l'incompatibilità con lo stesso diritto dell'Unione europea di una norma nazionale che prevede misure a garanzia del contraddittorio preventivo con il contribuente. Al contrario, il rispetto dei diritti di difesa costituisce un principio generale del diritto comunitario, che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto per esso lesivo, con la conseguenza che i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la propria decisione (ex plurimis, Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 dicembre 2008, in causa C-349/07).

3. La questione sollevata in relazione all'art. 3 Cost. è infondata.

Nel porre la questione, la rimettente individua il *tertium comparationis* della lamentata violazione dell'art. 3 Cost., in primo luogo, nel principio generale antielusivo in materia tributaria, che non sanzionerebbe con la nullità gli avvisi di accertamento affetti da vizi formali del contraddittorio preventivo con il contribuente. Un ulteriore *tertium comparationis* è individuato poi dal giudice a quo nell'art. 20 del D.P.R. n. 131 del 1986, che dovrebbe essere considerato come una speciale norma antielusiva in materia di imposta di registro.

3.1.- Secondo la costante giurisprudenza di legittimità (ex plurimis, Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze 23 dicembre 2008, n. 30055 e n. 30057; Corte di cassazione, quinta sezione civile, sentenza 7 novembre 2012, n. 19234), il generale divieto di abuso del diritto si traduce, in materia tributaria, in un principio generale antielusivo, che trae fondamento dai principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione. Tale principio preclude al contribuente di conseguire vantaggi fiscali mediante l'uso distorto, anche se non

contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Esso comporta che il negozio non sia opponibile all'amministrazione finanziaria per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva.

Il ricordato orientamento implica, come suo naturale corollario, che il divieto di abuso del diritto in materia tributaria deve considerarsi operante nel nostro ordinamento fin da prima dell'entrata in vigore dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, con la conseguenza che quest'ultima disposizione, introdotta dall'art. 7, comma 1, del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 (Riordino delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione e conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni), costituirebbe una norma speciale, con la quale il legislatore ha applicato la clausola generale antielusiva nel settore delle imposte sui redditi.

La sussistenza della violazione del principio di eguaglianza, nei termini prospettati dal giudice a quo, presuppone che, per le fattispecie elusive non riconducibili all'art. 37-bis e soggette al solo divieto generale di abuso del diritto, non operi la stessa sanzione della nullità dell'atto impositivo che risulti affetto dallo stesso vizio.

Tuttavia, non solo l'ordinanza di rimessione non offre alcuna particolare motivazione sul punto, limitandosi ad affermare che per le fattispecie elusive non disciplinate dall'art. 37-bis non operano regole analoghe, ma l'ipotesi dalla quale muove è contraddetta dalla stessa giurisprudenza di legittimità - sia pure formatasi in epoca successiva all'ordinanza di rimessione - secondo la quale l'amministrazione finanziaria che intenda contestare fattispecie elusive, anche se non riconducibili alle ipotesi contemplate dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, è tenuta, a pena di nullità dell'atto impositivo, a richiedere chiarimenti al contribuente e a osservare il termine dilatorio di sessanta giorni, prima di emettere l'avviso di accertamento, il quale dovrà essere specificamente motivato anche con riguardo alle osservazioni, ai chiarimenti e alle giustificazioni, eventualmente forniti dal contribuente (Corte di cassazione, quinta sezione civile, sentenze 14 gennaio 2015, n. 406 e 5 dicembre 2014, n. 25759).

Questa conclusione si collega idealmente, rappresentandone l'evoluzione, a precedenti decisioni delle sezioni unite della Corte di cassazione, con le quali è stato riconosciuto, nella fattispecie di cui al richiamato art. 12, comma 7, della L. n. 212 del 2000, che l'inosservanza da parte dell'amministrazione del termine dilatorio di

sessanta giorni dal rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni, posto a garanzia del diritto di difesa del contribuente, determina la nullità dell'atto di accertamento emesso ante tempus anche in mancanza di un'espressa comminatoria, salvo che non ricorrano specifiche ragioni di urgenza, le quali devono essere adeguatamente motivate (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 29 luglio 2013, n. 18184), ed è stato riconosciuto, altresì, in materia di iscrizione ipotecaria prevista dall'art. 77 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), che l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento, operante anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa, a pena di nullità dell'atto finale del procedimento, per violazione del diritto di partecipazione dell'interessato al procedimento stesso (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 18 settembre 2014, n. 19667). Talune incertezze che permangono, nella giurisprudenza di legittimità, intorno ai limiti e, soprattutto, alle modalità di applicazione di questi principi, specie nei casi diversi da quelli contemplati dall'art. 12, comma 7, della L. n. 212 del 2000, costituiscono oscillazioni interpretative che non toccano direttamente la portata applicativa della norma censurata.

Il quadro composito così delineato chiarisce che il principio generale antielusivo, assunto dalla rimettente a tertium comparationis, non impedisce affatto, con riguardo alle fattispecie non riconducibili all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, che debba essere instaurato il previo contraddittorio fra l'amministrazione finanziaria e il contribuente, né esclude che il vizio del contraddittorio conseguente alla violazione del termine produca la nullità dell'atto impositivo.

La sussistenza di un orientamento non isolato della stessa Corte di cassazione, che tende a riconoscere forza espansiva alla regola contenuta nella norma denunciata, non consente di ritenere esistente un diritto vivente in base al quale gli atti impositivi adottati in applicazione della clausola generale antielusiva si debbano considerare validi anche se emessi in violazione della regola contenuta nella stessa norma.

In altri termini, il tertium comparationis indicato dal giudice a quo non corrisponde a un principio generale, rispetto al quale la disciplina denunciata rivesta un carattere ingiustificatamente derogatorio, come è invece necessario ai fini del giudizio sulla violazione del principio di eguaglianza (sentenze n. 43 del 1989 e n. 1064 del 1988).

Nemmeno l'art. 20 del D.P.R. n. 131 del 1986, in tema di applicazione dell'imposta di registro, secondo cui "L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli

effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente", costituisce un idoneo tertium comparationis. Secondo la rimettente, anche tale norma avrebbe natura antileusiva, ma la sua violazione non comporta una sanzione analoga a quella stabilita dalla norma denunciata.

Senza entrare nel merito della qualificazione della norma, è sufficiente osservare che la mancanza dell'espressa previsione, in essa, del contraddittorio anticipato non sarebbe comunque d'ostacolo all'applicazione del principio generale di partecipazione del contribuente al procedimento, di cui si è detto. Sicché nemmeno questo termine di riferimento assunto dalla rimettente è idoneo a dimostrare la denunciata disparità di trattamento.

A sostegno del giudizio di non manifesta infondatezza della questione, la rimettente richiama anche l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla rilevabilità d'ufficio delle fattispecie elusive. È tuttavia evidente la mancanza di omogeneità dei due istituti - della sanzione della nullità dell'accertamento in violazione del contraddittorio procedimentale, per un verso, e del rilievo d'ufficio, per l'altro -, giacché l'uno, disciplinato dall'art. 37-bis, comma 4, del D.P.R. n. 600 del 1973, attiene alla fase propedeutica all'accertamento fiscale, mentre l'altro si collega, secondo l'indicato orientamento, al potere-dovere del giudice di rilevare ex officio, nelle controversie tributarie, le eventuali cause di invalidità o di inopponibilità di un negozio, che già appartengono all'oggetto del giudizio.

Si deve sottolineare, altresì, che il rilievo d'ufficio del giudice è in ogni caso subordinato all'avvenuta instaurazione del previo contraddittorio tra le parti, a pena di nullità della sentenza ai sensi dell'art. 101, secondo comma, cod. proc. civ., norma applicabile anche al processo tributario in virtù del rinvio di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della L. 30 dicembre 1991, n. 413).

3.2.- Con riguardo alla prospettata violazione dell'art. 53 Cost., si osserva che la nullità dell'avviso di accertamento per inosservanza del termine dilatorio prescritto dalla norma denunciata è la conseguenza, come si è detto, di un vizio del procedimento, consistente nel fatto di non essere stato messo a disposizione del contribuente l'intero lasso di tempo previsto dalla legge a garanzia della sua facoltà di partecipare al procedimento stesso presentando osservazioni e chiarimenti. Il rispetto del termine dilatorio assolve anche allo scopo di consentire che l'avviso di accertamento sia "specificamente motivato" dall'ufficio tributario, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente, come prescrive, sempre a pena di nullità, il

comma 5 dello stesso art. 37-bis.

Dalla considerazione unitaria delle prescrizioni dei commi 4 e 5, che scandiscono in modo rigoroso il procedimento preordinato all'assunzione dell'avviso di accertamento della fattispecie elusiva, emerge in modo ancora più evidente la funzione di tutela effettiva del contraddittorio propria del termine in questione. La sanzione della nullità dell'atto conclusivo del procedimento assunto in violazione del termine stesso trova dunque ragione in una divergenza dal modello normativo che, lungi dall'essere qualificabile come meramente formale o innocua, o come di lieve entità, è invece di particolare gravità, in considerazione della funzione di tutela dei diritti del contribuente della previsione presidiata dalla sanzione della nullità, e del fatto che la violazione del termine da essa previsto a garanzia dell'effettività del contraddittorio procedimentale impedisce il pieno svolgersi di tale funzione.

La sanzione prevista dalla norma censurata non è dunque posta a presidio di un mero requisito di forma del procedimento, estraneo alla sostanza del contraddittorio, come assume la rimettente, ma costituisce invece strumento efficace ed adeguato di garanzia dell'effettività del contraddittorio stesso, eliminando in radice l'avviso di accertamento emanato prematuramente. La necessità che al contribuente sia consentito di partecipare al procedimento e la ragionevolezza della sanzione in caso di violazione del termine stabilito per garantire l'effettività di tale partecipazione, sono ancora più evidenti se si considerano le peculiarità dell'accertamento delle fattispecie elusive e il ruolo decisivo che in esso possono svolgere gli elementi forniti dal contribuente, in particolare in vista della valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere dell'esistenza di valide ragioni economiche sottese alle operazioni esaminate.

È poi evidente che, ai fini della decisione della questione in esame, non può presentare alcun rilievo la circostanza, richiamata nell'ordinanza di rimessione a sostegno della pretesa irragionevolezza della norma censurata, che nel caso oggetto del giudizio a quo l'avviso fosse stato notificato poco prima dello spirare del termine dilatorio di sessanta giorni. Così come non è pertinente il richiamo, operato dalla rimettente, all'interpretazione giurisprudenziale della regola sulla sanatoria della nullità della notificazione degli atti, sia processuali che impositivi, per raggiungimento dello scopo. Il giudice a quo censura la norma in quanto prescrive la nullità dell'atto per violazione del termine dilatorio, non già perché il termine non sarebbe congruo o perché non sarebbe prevista la sanatoria della nullità così prodotta, sicché entrambi i menzionati argomenti sono da ritenere estranei ai termini della questione di legittimità costituzionale come sollevata.

La questione è, quindi, infondata anche in riferimento all'art. 53 Cost.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37-bis, comma 4, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 53 della Costituzione, dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 26 maggio 2015.

Depositata in Cancelleria il 7 luglio 2015.