ASPECTOS FISCALES DE LA LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Fernando DE LA HUCHA CELADOR,
Juan RAMALLO MASSANET
y Juan J. ZORNOZA PEREZ

I. INTRODUCCION. LA LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES EN EL TRATADO DE ROMA

Como es sabido, la supresión de los obstáculos a la libertad de movimientos de capitales constituye, junto a la libre circulación de personas, bienes y servicios, uno de los principios fundamentales de la Comunidad, enunciados con carácter genérico desde la primera parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957. Más en concreto, según resulta de la conjunción de los artículos 2 y 3.*c)* de dicho Tratado, se trata de uno de los medios para «promover... un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los estados que la integran».

Nos encontramos, pues, ante una de las libertades económicas fundamentales previstas en el Tratado de Roma y que, como tal, fue objeto de un temprano desarrollo, a través de las Directivas de 11 de mayo de 1960 (*JO* 43, de 12 de julio) y de 18 de diciembre de 1962 (63/21/CEE, *JO* 62, de 22 de enero de 1963), dirigidas a liberalizar las operaciones de movimientos de capitales que se encontraban más íntimamente ligadas al ejercicio de otras libertades fundamentales, así como las operaciones de naturaleza estrictamente financiera. Sin embargo, esos primeros pasos no fueron seguidos de ulteriores actuaciones, con lo que el proceso de liberalización de los movimientos de capitales entró en una fase de desaceleración que terminaría por desembocar en una situación de bloqueo casi total (1).

Dado el propósito de nuestro trabajo, no consideramos necesario detenernos en el examen detallado de las vicisitudes de dicho proceso de liberalización, que, no obstante, es preciso conocer en sus secuencias fundamentales, en la medida en que su estudio puede contribuir a la determinación del exacto contenido de la libre circulación de capitales, tarea que resulta imprescindible para abordar el análisis de las repercusiones de esta libertad fundamental en el terreno de la fiscalidad. Por ello, nuestro trabajo ha de comenzar con un breve examen de los artículos del Tratado de Roma en los que se regulan las cuestiones relativas a los movimientos de capitales, para, sin pretensiones exhaustivas, determinar las consecuencias y los efectos de dicha libertad fundamental; en particular, desde la óptica fiscal y a la vista de nuestro sistema tributario.

Pues bien, el Tratado regula específicamente los problemas de los movimientos de capitales en el capítulo 4 del título III de la segunda parte, artículos 67 a 73, en los que, pese a su objeto, no se encuentra definición alguna de qué haya de entenderse por «movimientos de capitales». De algún modo, ello contrasta con los trabajos preparatorios de la redacción del Tratado, en los que sí se manejó una definición de la «libre circulación de capitales» (2) que no llegaría a progresar en virtud de las discrepancias existentes entre las distintas delegaciones, entre ellas la francesa, que insistió en que el Tratado sólo recogiera las mínimas obligaciones imprescindibles para dar coherencia a los mecanismos de funcionamiento de la Comunidad.

Precisamente por ello, se ha denunciado, con razón, «la ambición limitada que muestra el Tratado en el ámbito de la liberalización de los movimientos de capitales» (3) que, siendo explicable por el contexto económico que prevalecía en aquella época, caracterizado por el escaso desarrollo de los intercambios financieros entre países, genera una excesiva ambigüedad en los preceptos del tratado, que difiere el problema al derecho derivado, y en particular a las directivas de desarrollo de su artículo 67.

Ello obliga a la interpretación del citado precepto, y en particular de la expresión «movimientos de capitales», desde dichas directivas, lo que fuerza a rechazar, a su vez, las opiniones que pretenden limitar los movimientos de capitales del artículo 67.1 a los de naturaleza financiera, porque en las directivas a que nos referimos se contempla una lista de movimientos que comprende tanto operaciones de movimiento de «capital real» —esto es, inversiones en inmuebles, participaciones en empresas, etc.— como de «capital monetario»; esto es, valores mobiliarios, créditos a corto y medio plazo, etcétera (4).

De ahí que sea posible entender que la citada expresión comprende los movimientos referidos a operaciones financieras relativas, esencialmente, a la inversión o a la colocación del importe de que se trate (5); o, por decirlo en otros términos más precisos, que comprende «las transferencias unilaterales de valor entre dos estados miembros que, al mismo tiempo, normalmente representan una colocación de dinero» (6).

A partir de esa noción de «movimientos de capitales», el ámbito de la libre circulación alcanzaría una cierta precisión, pues el concepto de libre circulación de capitales se definiría por relación a su objeto; a saber, los movimientos de capitales a que se refiere el repetido artículo 67.1 del Tratado (7), quedando así delimitado respecto de la que podría denominarse libre «circulación de pagos» *(Zahlungsverkehr)* o liberalización de los pagos, contemplada en el artículo 106 del Tratado, y que comprendería los movimientos monetarios entre estados cuyo origen fuera la contraprestación o pago a la circulación de mercancías o a la prestación de servicios, o incluso a los movimientos de capitales (8).

La diferenciación entre movimientos de capitales y circulación de pagos, recogida ya por el Informe Spaak (9), es clara por relación al artículo 67.1, pero no ha dejado de plantear dificultades interpretativas relacionadas con el confuso sentido del artículo 67.2, que se refiere a los «pagos corrientes relacionados con los movimientos de capitales», en relación con el artículo 106.1, que alude a los «pagos relacionados con los (...) capitales». Porque no es sencillo determinar el ámbito en el que han de operar ambos preceptos, entre cuyos supuestos de hecho se ha querido observar, en ocasiones, una cierta duplicidad, dado que el primero de ellos se refiere a los «pagos corrientes», que, en definitiva, pueden considerarse incluidos entre los «pagos» a que alude el segundo.

Pues bien, prescindiendo de las discusiones al respecto, interesa a nuestros efectos señalar que el supuesto del artículo 67.2 son «los pagos corrientes», y que dicho precepto puede considerarse *lex specialis* respecto del artículo 106.1, con la consecuencia de que, mientras las restricciones a los pagos corrientes debían haber desaparecido, a más tardar, al final de la primera etapa, los pagos relacionados con los movimientos de capitales sólo deberían ser autorizados en la medida en que dichos movimientos hayan sido liberalizados en aplicación del Tratado (10).

De este modo, en resumen, por lo que ahora nos interesa, las relaciones entre la libertad de movimientos de capitales y la libre circulación de pagos se articularían del siguiente modo: el artículo 67.1 sería el precepto fundamental en el que basar la liberalización de los movimientos de capitales entre los estados miembros, «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común»; liberalización que se referiría tanto a los negocios jurídicos subyacentes como a los pagos o transferencias de las correspondientes sumas de capital. Por su parte, los pagos relacionados con dichos movimientos quedarían liberalizados en dos preceptos: el artículo 106, que comprendería los pagos preparatorios o sustitutorios y la repatriación de las sumas de capital, y el artículo 67.2, que se referiría a los «pagos corrientes», entendidos como pagos que, con carácter ordinario o corriente, se derivan de los movimientos de capitales, tales como intereses, dividendos, etcétera.

En ese sentido, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, fundamentalmente en la sentencia de 31 de enero de 1984 (Asuntos acumulados 286/82 y 26/83; G. Luisi y G. Carbone contra el Ministerio del Tesoro), al afirmar que «los pagos corrientes son la transferencia de divisas que constituyen una contraprestación en el marco de una transacción subyacente, mientras que los movimientos de capitales son las operaciones financieras cuya finalidad es esencialmente la colocación o inversión de su montante y no la remuneración de una prestación. Por esta razón es por la que los movimientos de capitales pueden ser causa de pagos corrientes, como así se deduce de los artículos 67, apartado 2, y 106, apartado 1» (11).

A partir de ello, creemos que queda explicada, en forma relativamente coherente, la noción de movimientos de capitales en el conjunto normativo del Tratado. No obstante, para cumplir el objetivo que nos hemos marcado en este apartado de nuestro trabajo, conviene examinar someramente las ca-

racterísticas de los movimientos de capitales a cuya liberalización se refiere el artículo 67.1 del Tratado, y que, en primer término, deben referirse a capitales privados; esto es, de la titularidad de personas particulares —físicas o jurídicas— residentes en estados miembros. Esta característica, que excluiría del campo de aplicación del artículo 67 los movimientos de capital de carácter público (12), ha sido modificada por la Directiva 88/361/CEE, que indica con toda claridad, en las notas previas a la Nomenclatura del Anexo I, que los movimientos de capitales comprendidos en ella incluyen «las operaciones relativas a los haberes y compromisos de los estados miembros y de las demás administraciones u organismos públicos, sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3 del artículo 68 del Tratado».

En segundo lugar, conviene destacar que la liberalización afecta, según el tenor del repetido artículo 67.1, a «los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los estados miembros», porque de ello se deducen algunas consecuencias de interés, y que además pueden tener especial relevancia para el posterior examen de las consecuencias fiscales de la libre circulación de capitales. La primera de ellas sería que el citado precepto es aplicable únicamente a los movimientos de capitales «intracomunitarios», mientras que aquellos que se realicen entre estados miembros y terceros países deberán reconducirse al artículo 70 del Tratado. No obstante, dicha conclusión, difícilmente discutible desde el Tratado, debe ser matizada a la vista de la Directiva 88/361/CEE, que de algún modo distorsiona el derecho originario, al establecer en su artículo 7.1 que los estados miembros se esforzarán por lograr una equiparación —por lo que respecta al grado de liberalización— entre los movimientos intracomunitarios y los que se realicen con terceros países.

Sin embargo, a pesar de la proclamación que acabamos de reseñar, cuyo contenido carece de la más mínima precisión y, por ende, no impone obligación jurídica alguna de liberalización respecto de terceros países, lo cierto es que el artículo 67 del Tratado se refiere a los movimientos de capitales intracomunitarios y, más en concreto, a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los estados miembros. El concepto determinante para la supresión de las restricciones a los movimientos de capital es, pues, el de «residencia», definido en la notas explicativas de las directivas para la aplicación del artículo 67 del Tratado, que a su vez remiten a «las definiciones establecidas en la regulación sobre cambios en vigor en cada estado miembro».

El empleo de esas definiciones puede suscitar algunos problemas, dado que la noción de residencia se emplea únicamente en el marco de la regulación de la libre circulación de capitales, mientras que los artículos 48.2, 52 y 59 del Tratado —relativos, respectivamente, a la libre circulación de trabajadores, al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios— utilizan como punto de conexión la nacionalidad, que se equipara, para las personas jurídicas, a la constitución de acuerdo con la legislación nacional de un estado miembro y ubicación de la sede social o centro de dirección o de actividad principal en territorio de la Comunidad (art. 58 del Tratado).

Se produce así una cierta disparidad en cuanto al ámbito de las libertades fundamentales, que además puede dar origen a algunas complicaciones si se tiene presente que la noción de residencia a emplear en materia de libre circulación de capitales será la establecida en la legislación sobre control de cambios de cada estado miembro; de forma que, por poner un ejemplo, el concepto de residencia establecido en la legislación española de control de cambios deberá ser asumido por los demás estados miembros en cuanto a la consideración como residente en España del sujeto de una operación calificada como movimiento de capital. Porque la calificación como residentes, a efectos del control de cambios, de nacionales de países no comunitarios que realiza autónomamente cada estado miembro puede convertirse en un factor diferencial básico para atraer capitales extracomunitarios que, una vez considerados de la titularidad de un residente, podrían circular en territorio de la Comunidad sin ningún tipo de restricciones.

Además, de otro lado, al emplearse como punto de conexión la noción de residencia de la legislación sobre control de cambios, que al menos en el caso español resulta bastante imprecisa —y que, desde luego, no tiene por qué coincidir con la que se utiliza en la legislación tributaria (13), fundamentalmente a efectos de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y sobre Sociedades (IS)—, pueden producirse distorsiones, al menos en términos de hipótesis, que determinen que un residente desde el punto de vista del control de cambios, y por tanto beneficiario de la liberalización de movimientos de capitales en su calidad de tal, no tenga esa condición a efectos fiscales, y por ello quede al margen del gravamen nacional que sería aplicable a los resultados de las operaciones que realiza en cuanto residente del estado miembro de que se trate (14).

Por fin, un tercer grupo de problemas deriva del hecho de que la noción de residencia se predique

unitariamente tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, cuando lo cierto es que a estas últimas no les es aplicable en los mismos términos, según muestra el propio artículo 58 del Tratado a los efectos del derecho de establecimiento. La aplicación de los criterios establecidos en el citado precepto, propugnada por algún autor (15), pugnaría, sin embargo, al menos en algunos casos (16), con la noción de residencia manejada en las directivas de desarrollo del artículo 67 del Tratado —que, como es sabido, se remiten a la legislación sobre control de cambios—, con las distorsiones que ello implica, dado que en esa legislación se adoptan puntos de conexión que poco tienen que ver con los empleados para determinar las condición de residente, o no, a efectos fiscales.

Además, por no plantear sino una última cuestión, también debe hacerse notar la inexistencia de un tratamiento adecuado de los grupos de sociedades o empresas y de los establecimientos no principales —sean o no establecimientos permanentes a efectos fiscales—, cuya condición de residentes puede plantear especiales problemas (17), con las importantes consecuencias que de ello se derivan en orden a considerarlos beneficiarios de la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales.

Pero, prescindiendo por ahora de mayores consideraciones a ese respecto para continuar con el análisis del artículo 67 del Tratado, recordemos que el mandato del citado precepto consiste en la supresión de las restricciones a esos movimientos de capitales y, de otro lado, en la supresión de las «discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales». Se ordena, pues —y conviene tomar nota de ello a los efectos del análisis posterior del sistema tributario español, en el que perviven todavía este tipo de discriminaciones—, la supresión de las discriminaciones tanto de tipo «subjetivo» (nacionalidad o residencia de las partes) como de tipo «objetivo» (lugar de colocación de los capitales).

La supresión de las discriminaciones subjetivas enlaza directamente con el contenido del artículo 7 del Tratado, que, como es sabido, prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad, de modo que el artículo 67 no sería, en este punto, más que una concreción de esa prohibición general. Lo que ocurre es que en él se introduce un punto de conexión —la nacionalidad— que resulta ajeno a su estructura, articulada sobre la base de la residencia, lo que puede dar origen a algunos desajustes y ocasionar confusiones que, sin embargo, parece posible evitar.

Para ello, conviene tener siempre presente que el punto de conexión para la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales es la residencia o, dicho en otros términos, que los capitales en cuestión sean de titularidad de un residente en un estado miembro; porque sólo a partir de ese punto puede introducirse como circunstancia relevante la nacionalidad, en el sentido de entender que todo residente en un estado miembro tiene derecho a beneficiarse de la libertad de movimientos de capitales, sin que pueda ser discriminado por no ser nacional de ese estado o, incluso, por no ser nacional de ningún estado comunitario, de modo que el nacional de un tercer país que sea residente en la Comunidad podrá beneficiarse de las mismas disposiciones sobre movimientos de capitales en el seno de la Comunidad que un nacional comunitario (18).

Por su parte, la prohibición de discriminaciones «objetivas» o, si se prefiere, relacionadas con el «lugar de colocación de los capitales», parece comprender tanto la procedencia como el destino de los mismos, siempre que ambos lugares se encuentren en el interior de la Comunidad, dado que los movimientos de capitales a que alude el artículo 67.1 son exclusivamente los intracomunitarios. En definitiva, de lo que se trataría es de prohibir cualquier tipo de discriminación, respecto de movimientos de capitales intracomunitarios, basada en el lugar de procedencia o en el de destino (19); disposición que tiene interés retener a los efectos de valorar las disposiciones incluidas en la reciente reforma del IRPF en nuestro país respecto de las operaciones realizadas a través de *paraísos fiscales,* en la que, como luego veremos, puede llegarse a calificar como tales determinados territorios comunitarios.

Esta norma sobre supresión progresiva de discriminaciones del artículo 67.1 *in fine* parece solaparse, al menos a primera vista, con lo dispuesto en el artículo 68.2, en el que se establece que los estados miembros, al aplicar a los movimientos de capitales liberalizados su regulación interna relativa al mercado de capitales, procederán «en forma no discriminatoria». No obstante, a poco que se profundice en su examen, resulta evidente que ambos preceptos prohíben las discriminaciones en condiciones totalmente diferentes, de un lado, porque el primero de los artículos citados establece una «supresión progresiva» de aquéllas, mientras que el artículo 68.2 prevé una obligación directamente aplicable de proceder «en forma no discriminato-

ria» respecto de los movimientos de capitales liberalizados y, de otra parte, porque este último precepto se refiere a discriminaciones específicas, *ad hoc*, con motivo de la aplicación de las normas estatales relativas al mercado de capitales y surgidas, en consecuencia, de actos determinados y concretos dirigidos a los particulares (20).

Determinado el significado que adquiere la supresión de restricciones a los movimientos de capitales en el artículo 67 del Tratado, importa destacar su escasa fuerza vinculante (21), puesto que, a diferencia de preceptos análogos relativos a otras libertades fundamentales, en el citado precepto no se establece una prohibición de pleno derecho de las restricciones a los movimientos de capitales ni se fija un calendario o fecha límite para su eliminación, sino que únicamente se establece el objetivo de su supresión progresiva que, por ende, habrá de alcanzarse sólo «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común» (22).

Ello no es sino un síntoma más de la extremada prudencia con que se redactaron las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de movimiento de capitales, posiblemente a causa de los obstáculos y dificultades que el Informe Spaak encontraba en la materia (23), y que ha conducido a calificar la libre circulación como una «libertad a medias» o, cuando menos, como una «libertad incompleta» (24).

Dichos calificativos son seguramente exagerados, pues la libre circulación constituye uno de los principios fundamentales de la estructura comunitaria, aunque lo cierto es que el artículo 67.1 del Tratado, según ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 11 de noviembre de 1981 —Asunto 203/80, G. Casati— (25), no produce «efecto directo» y, por lo tanto, no es susceptible de crear derechos y obligaciones directamente exigibles por cualquier persona ante los tribunales de justicia.

Por contra, la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales solamente podrá realizarse mediante la adopción de las correspondientes directivas por parte del Consejo, a quien corresponde, pues, en definitiva, como indica el artículo 69 del Tratado y ha resaltado la sentencia «G. Casati», la valoración de en qué medida la supresión de las restricciones y discriminaciones en materia de libre circulación de capitales es «necesaria para el buen funcionamiento del mercado común», evaluando los riesgos y ventajas de esa liberalización a la vista de la concreta coyuntura en que haya de realizarse.

Ahora bien, ello es cierto sólo respecto de los movimientos de capitales contemplados en el artículo 67.1 del Tratado, pero no en relación a los pagos corrientes relacionados con esos movimientos, que, por virtud de lo dispuesto en el mismo artículo 67.2 (que sí cuenta con «efecto directo»), se encuentran liberalizados desde el final de la primera etapa; es decir, desde el 1 de enero de 1962, según apuntamos con anterioridad.

Prescindiendo del comentario de otras disposiciones de menor interés, al menos en estos momentos y a nuestros efectos (26), para finalizar esta breve referencia al régimen de la libertad de movimientos de capitales en el Tratado, hemos de detenernos en el examen de la llamada «cláusula *standstill*», contenida en su artículo 71, y que proclama el deseo de que los estados miembros no introduzcan nuevas restricciones de cambio que afecten a los movimientos de capitales y a los pagos corrientes relacionados con ellos, ni hagan más rígidas las reglamentaciones existentes.

En la regulación de las demás libertades fundamentales, el Tratado ha introducido cláusulas semejantes, que, sin embargo, se diferencian de la que ahora consideramos, porque el artículo 71 carece de carácter vinculante y se limita a una mera expresión de deseo, hasta el punto de que resulta difícil admitir que nos encontramos ante una verdadera cláusula *standstill*. Antes al contrario, como proclamara el Tribunal de Justicia en la sentencia G. Casati, «por medio de la utilización del término "procurarán", la redacción de esta disposición se distingue netamente de fórmulas empleadas con un carácter más absoluto por otras disposiciones similares referentes a las restricciones a la libre circulación de mercancías, personas y servicios», razón por la cual no cabe sino concluir, como lo hace el punto tercero del citado fallo, que el artículo 71 del Tratado no impone a los estados miembros una obligación incondicional que sea susceptible de ser alegada por los particulares (27).

Nos encontramos, pues, ante una mera declaración de intenciones, que se extiende también al compromiso de los estados de sobrepasar el grado de liberalización previsto en el Tratado si así se lo consintiera su situación económica, pudiendo la Comisión dirigirles recomendaciones al respecto; ante un precepto que, en definitiva, carece de la eficacia normativa necesaria para ser considerado operativo a los efectos del avance en la implantación efectiva de esta libertad incompleta que es, cuando menos en el Tratado, la libre circulación de capitales.

II. EL DERECHO DERIVADO EN LA PRIMERA FASE DEL PROCESO DE LIBERALIZACION DE LOS MOVIMIENTOS DE CAPITALES

La configuación de la libertad de movimientos de capitales en el derecho originario como una «libertad incompleta» hace imprescindible el recurso al derecho derivado, a las directivas dictadas al amparo del artículo 69 para hacer efectivo el objetivo de artículo 67, en el sentido de suprimir progresivamente las restricciones a los movimientos de capitales en el seno de la Comunidad.

La primera de dichas directivas de desarrollo sería adoptada por el Consejo el 11 de mayo de 1960 (*JO* 43, de 12 de julio), modificándose poco después, por la Directiva de 18 de diciembre de 1962 (63/21/CEE, *JO* 62, de 22 de enero de 1963) que, reformando los anexos I y II de la Primera Directiva, procedió a eliminar determinadas restricciones a la libertad de movimientos de capitales vinculadas a la circulación de personas, mercancías y servicios. Y es que, en definitiva, en el ambiente de prudencia que rodea desde el Tratado a las regulaciones de la libre circulación de capitales, los desarrollos iniciales de esa libertad fundamental se dirigieron casi exclusivamente a liberalizar los movimientos de capitales ligados al ejercicio de otras libertades fundamentales, aunque afectaron también a las operaciones de naturaleza estrictamente financiera.

En términos muy generales, prescindiendo de un análisis que carecería de buena parte de su sentido en los momentos actuales, puede decirse que las directivas de 1960 y 1962 establecieron la liberalización incondicional y total de las inversiones directas, de los movimientos de capital de carácter personal, de los créditos comerciales a corto y medio plazo, y de las operaciones de Bolsa sobre títulos, al tiempo que articularon un sistema de liberalización condicional para otras categorías de operaciones, como las relativas a la emisión de valores mobiliarios y a los créditos a medio y largo plazo no ligados a transacciones comerciales (28).

Con un mayor detalle, aunque sin entrar en su análisis pormenorizado (29), cabe indicar que se establecieron cuatro grupos o categorías de operaciones que se diferenciaban entre sí tanto por el grado de liberalización aplicado a las transacciones que en ellas se integraban como por las peculiaridades de las transferencias correspondientes a cada tipo de transacciones (30); cuatro grupos que, teniendo presentes las modificaciones introducidas posteriormente por las directivas 85/583/CEE, de 20 de diciembre, y 86/566/CEE, de 17 de noviembre, quedarían reducidos a los tres siguientes:

- Lista A, de liberalización incondicional para cada operación o con autorización particular automática, en la que se incluyen, ante todo, las inversiones directas y su liquidación, entendiendo por tales aquellas que «sirven para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el suministrador de fondos y el empresario o la empresa a la que tales fondos son destinados con vistas al ejercicio de una actividad económica». De esa noción quedan, sin embargo, excluidas las inversiones puramente financieras.

Junto a ello, este primer grupo comprende la admisión de títulos de una empresa en los mercados de capitales y determinadas operaciones sobre títulos, sean acciones u otros con carácter de participación, como la adquisición por no residentes de títulos nacionales, negociados o no en Bolsa, y la repatriación del producto de su liquidación, o la adquisición por residentes de títulos extranjeros o nacionales emitidos en un mercado extranjero y la utilización del producto de su liquidación. A esos movimientos, vinculados en buena medida a la libertad de establecimiento, han de sumarse los relacionados con inversiones inmobiliarias y su liquidación.

En un ámbito diverso se incluyen, dentro de los movimientos de capitales de carácter personal, los que obedecen a donaciones, sucesiones, transferencias de emigrantes y derechos de autor, y dentro de los ligados a la libre circulación de mercancías y servicios, los de concesión y reembolso de créditos a corto y medio plazo relacionados con transacciones comerciales con la participación de un residente, las transferencias en ejecución de contratos de seguros, a medida que se liberalicen, etcétera.

Se trata, en resumen, de un régimen laxo y liberal que se justifica por complementar otras liberalizaciones en el ámbito de la circulación de personas, mercancías y servicios, por lo que, junto a las inversiones, resultan incluidas categorías de pagos corrientes y transacciones invisibles (31).

- Lista B, de liberalización condicional (32), que comprende la admisión, emisión y colocación de títulos de empresas nacionales en los mercados de capitales extranjeros o de empresas extranjeras en mercados de capitales nacionales; las operaciones sobre participaciones o títulos no negociados en Bolsa de organismos de inversión colectiva no contemplados en la Directiva 85/611/CEE; la concesión y reembolso de créditos a medio y largo

plazo relacionados con transacciones comerciales o con prestaciones de servicios en las que no participen residentes, y operaciones anejas, como fianzas, o de similar naturaleza, etcétera.

- Lista C, de movimientos no liberalizados en virtud de las directivas, que se encuentran relacionados con operaciones básicamente especulativas —inversiones y otras operaciones a corto plazo, apertura e ingresos en cuentas corrientes y depósitos, etcétera—, y respecto de los cuales, al igual que sucede en relación a los movimientos de capitales incluidos en las listas A y B, el Comité Monetario deberá proceder anualmente a examinar las restricciones que les resultan aplicables en orden a proponer, si lo considera oportuno, su supresión.

Si examináramos en detalle las modificaciones que dieron origen a la clasificación que ha quedado expuesta, concluiríamos, sin duda, que han sido escasos los avances en el proceso liberalizador desde la aprobación de las primeras directivas, confirmando así la limitada ambición del Tratado en esta materia. Ello es visible también en el texto de las directivas, por ejemplo, si se examinan las cláusulas relativas al poder de control de los estados que se incorporan al artículo 5 de la Directiva de 1960, o la regla *standstill* consagrada en el apartado segundo de ese mismo precepto tras su modificación por la Directiva 86/566/CEE, por no mencionar sino algunas de las normas más significativas a ese respecto y que, por razones fácilmente comprensibles, no serán objeto de nuestra atención (33).

La extrema prudencia con la que se ha operado en esta materia, que llegó a determinar la práctica paralización, el estancamiento, de un proceso liberalizador detenido durante veintitrés años (los que mediaron entre las directivas de 1962 y 1985), no ha impedido que el resultado final haya sido un grado relativamente importante de liberalización de los movimientos de capitales en el seno de la Comunidad (34), aunque de algún modo ello ha sido también debido a la supresión voluntaria de restricciones por parte de determinados estados miembros que, con sus actuaciones unilaterales, han preparado el terreno para el que puede considerarse el impulso decisivo en esta materia: la aprobación de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, una disposición a la que hemos de dedicar, por su importancia, una mayor atención.

III. LA REACTIVACION DEL PROCESO LIBERALIZADOR A PARTIR DEL LIBRO BLANCO PARA LA CONSECUCION DEL MERCADO INTERIOR Y DEL ACTA UNICA EUROPEA

Antes de detenernos en el examen de esa disposición fundamental conviene referirse brevemente a algunos pasos intermedios del proceso liberalizador de los movimientos de capitales a partir de los primeros años de la década de los ochenta, en que se produce la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre integración financiera en la CEE (COM, 83, 207, final) y otros documentos posteriores cuya importancia no es desdeñable.

Dado el propósito de este apartado de nuestro trabajo, prescindiremos, no obstante, de la mayoría de los momentos de ese itinerario, para limitar nuestra exposición a los datos básicos del denominado Libro Blanco de 1985, que constituye el verdadero mapa de trabajo de la Comisión para la realización del mercado único interior en 1992 y dedica un capítulo independiente a la liberalización de los movimientos de capitales, que se considera imprescindible para la integración europea y que, según la Comisión, permitiría alcanzar tres objetivos.

En primer lugar, la creación de un gran mercado interior tiene, inevitablemente, una dimensión financiera, pues la libre circulación de personas, bienes y servicios deberá significar que las empresas y personas físicas de toda la Comunidad tengan acceso a unos servicios financieros eficaces, y lo cierto es que la armonización de las disposiciones reguladoras de las actividades de los intermediarios y mercados financieros perdería buena parte de su efectividad si los correspondientes movimientos de capitales continuaran sometidos a restricciones.

Además, en segundo lugar, desde un punto de vista bien distinto, el de los niveles generales de los precios y los tipos de cambio, la estabilidad monetaria es una condición previa fundamental para el correcto desarrollo del mercado interior y, a ese respecto, las medidas favorecedoras de una mayor libertad de los movimientos de capitales requerirán progresos paralelos que tiendan a la intensificación y desarrollo del sistema monetario europeo. Siendo ello así, la estabilidad de los tipos de cambio y la convergencia de las políticas económicas contribuirán a la progresiva eliminación de los obstáculos a la libre circulación de capitales, al tiempo que, inversamente, una mayor libertad

financiera determinará una mayor disciplina en la realización de las políticas económicas.

Por fin, en tercer lugar, la ruptura de la «compartimentación» de los mercados financieros, que se considera uno de los efectos de la liberalización, favorecerá el desarrollo económico de la Comunidad, garantizando una óptima distribución del ahorro europeo, al crear un sistema financiero integrado, atractivo y competitivo, tanto entre los medios de negociación comunitarios como entre los demás.

En orden a la consecución de tales objetivos, la Comisión indica las grandes líneas que se deben seguir para lograr una liberalización completa de los movimientos de capitales, anunciando además que adoptará una actitud muy restrictiva en la concesión de medidas de salvaguardia, al hacer hincapié en que deberán concederse por un período limitado, «revisarse periódicamente y suprimirse de forma progresiva a medida que disminuyan las dificultades que las justificaron en un principio».

En íntima unión con los propósitos esbozados en el Libro Blanco, se encuentra el Acta Unica Europea, que modificó diversos preceptos de los tratados constitutivos de las Comunidades y que otorgó una nueva dimensión al objetivo de la plena liberalización de los movimientos de capitales, en cuanto ésta se desliga del buen funcionamiento del mercado común y se asocia a la perspectiva de conjunto de la unión económica y monetaria, según evidencia la introducción en el Tratado de su artículo 8A (35). Esta variación implica, entre otras cosas, no la mera supresión de las restricciones a los movimientos de capitales, sino también la eliminación de todas las discriminaciones que afecten a la libre circulación de servicios financieros en la CE, con el objetivo de proteger el ahorro, las condiciones de competencia intracomunitaria y la estabilidad de los sistemas financieros.

Precisamente por ello, en cuanto el Acta Unica supone un giro en la concepción de la libre circulación de capitales, su aprobación seguramente fuerza a replantear la noción de esta libertad fundamental, en el contexto del derecho comunitario originario, para marcar un punto de inflexión a partir del cual la libre circulación se transforma no sólo en cuanto a su sentido, sino en cuanto a su contenido y consecuencias.

Esta nueva perspectiva resulta visible ya en la Directiva 85/583/CEE, de 20 de diciembre, a la que ya nos hemos referido, donde se amplían las operaciones financieras liberalizadas, directiva que se aprueba en el lapso que media entre la aprobación del Libro Blanco y la presentación de la comunicación-programa de la Comisión de mayo de 1986 (COM 86, 326, final), donde se establecen las dos etapas en que se estructuran las tareas comunitarias dirigidas a la liberalización de los movimientos de capitales:

- En la primera etapa, se trataría de lograr la liberalización efectiva de las operaciones de capital más directamente relacionadas con el buen funcionamiento del mercado interior y para las interconexiones de los mercados financieros.

- Por su parte, la segunda etapa se traduciría en la liberalización completa de todos los movimientos de capitales, incluidas las operaciones bancarias y financieras, y dentro de éstas las puramente monetarias y/o las no ligadas a transacciones comerciales.

Como primera concreción de este programa de la Comisión, debe situarse la Directiva 86/566/CEE (*JO* L 332, de 26 de diciembre), a la que también se ha hecho mención, y que, incluyendo los períodos transitorios de adaptación concedidos a España, nuevamente vino a ampliar, mediante modificaciones de las directivas entonces vigentes, el número y el ámbito de operaciones liberalizadas.

No obstante, es en la comunicación relativa a la «creación de un espacio financiero europeo», de 11 de diciembre de 1987 (COM, 87, 550 final) donde la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento Europeo las propuestas concretas para la ejecución de la última etapa de liberalización de los movimientos de capitales, dejando en evidencia las implicaciones fiscales que la consecución de ese área financiera europea habría de tener, y que serán objeto de consideración en un apartado posterior de este trabajo.

Conviene, no obstante, señalar que tales implicaciones afectan básicamente a la imposición directa, al considerar la Comisión que las relativas a la imposición indirecta habían quedado previamente resueltas con las directivas reguladoras de los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales y, en menor medida, con las directivas referentes al sistema común de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

Prescindiendo de otros trabajos comunitarios relacionados con la materia que analizamos (36), el principal resultado de esa comunicación a que hemos hecho referencia sería la Directiva 88/361/CEE, básica en esta materia, y que fue aprobada el 24 de junio de 1988, en un plazo sorprendentemente breve tras la propuesta en que tuvo su origen, gracias al contexto especialmente favorable en que se produjo su discusión y al grado de libe-

ralización previamente alcanzado, a pesar de la existencia de barreras, a menudo ilusorias, y de la pervivencia de controles de cambios que habían perdido parte de su eficacia (37).

IV. EL REGIMEN DE LA DIRECTIVA 88/361/CEE, DE 24 DE JUNIO

Aprobada al amparo del artículo 69 del Tratado, la citada directiva ha supuesto un auténtico salto cualitativo en la liberalización de los movimientos de capitales de cara a la consecución del mercado interior; un salto no sólo en cuanto a los efectos directos que producirá su aplicación, sino también en el orden de las actitudes de los agentes económicos y de los poderes públicos de cara a la creación de un espacio financiero europeo sin fronteras internas.

La formulación del artículo 1.1 de esta directiva es ya indicativa de la profundidad de los cambios introducidos, al disponer que «los estados miembros suprimirán las restricciones a los movimientos de capital que tienen lugar entre las personas residentes en los estados miembros, sin perjuicio de las disposiciones que se indican más adelante». Porque, por contraposición a la Primera Directiva de 1960, en la que se recogían diversas modalidades de liberalización según los tipos de movimientos de capitales, se establece como regla general la liberalización de la totalidad de los movimientos de naturaleza intracomunitaria, disipándose cualquier duda sobre el carácter completo e incondicional de la liberalización (38), lo que elimina toda justificación para el mantenimiento de la «autorización de cambio» establecida en la directiva de 1960.

Para ello, dejando al margen los matices introducidos por las disposiciones de derecho transitorio, este régimen de liberalización únicamente podrá ser alterado para determinados movimientos mediante el uso de la cláusula de salvaguardia específica, prevista en su artículo 3, amén del uso de las cláusulas de semejante naturaleza que contempla el Tratado.

El principio general es, por lo tanto, claro: los países miembros suprimirán las restricciones a los movimientos de capitales intracomunitarios, lo que comporta, según indicara la Comisión en su Comunicación 87, 550, final, de 11 de diciembre de 1987:

- La supresión de las restricciones (prohibiciones o limitaciones) a las transferencias propiamente dichas de capitales y a las transacciones subyacentes; es decir, de todas las restricciones a la realización de operaciones de capital propiamente dichas.

- El derecho del residente de un estado miembro a acceder al sistema financiero de otro estado miembro, y a todos los productos financieros en él disponibles, en idénticas condiciones a las que rigen para el residente de este último estado. Como se ha observado (39), un movimiento de capital no implica necesariamente la transferencia de los correspondientes medios de pago, sino que la operación puede efectuarse mediante la utilización *in situ* de ingresos corrientes o del producto de la liquidación de operaciones anteriores, etc., sin que ello haya de alterar en absoluto el régimen de liberalización que les resulte aplicable.

- La eliminación en las normativas internas de las diferencias de trato, como, por ejemplo, las discriminaciones fiscales en favor de títulos nacionales o en detrimento de transacciones sobre títulos extranjeros; de las discriminaciones por razón de nacionalidad, residencia o lugar de realización de la inversión, etcétera.

Teniendo presente que son aplicables también a la Directiva 88/361/CEE las ideas expuestas con anterioridad respecto al concepto de movimiento de capital y demás nociones empleadas en la materia por el Tratado (por ejemplo, respecto al concepto de discriminación), y que las notas explicativas mantienen la noción de residencia establecida en la Primera Directiva de 1960, la exposición de su contenido se verá notablemente simplificada, puesto que carecería de sentido reiterar ahora aquellas ideas.

Nos limitaremos, por ello, a exponer el sistema interno de la Directiva, integrada por diez artículos y cinco anexos, a los que se remiten, respectivamente, los artículos 1, 3, 5, 6.2 y 6.3.

El Anexo I y sus notas explicativas clasifican y conceptúan los movimientos de capital con arreglo a una nomenclatura que tiene como finalidad facilitar la aplicación de la Directiva. Para ello se establecen tres rúbricas, en las que se recogen básicamente las transacciones ya incluidas en la Primera Directiva, reclasificándolas en ocasiones por motivos técnicos, incluyendo entre las operaciones liberalizadas las relativas a entradas y salidas de capital a corto plazo, y cerrando su enumeración con una referencia a «otros movimientos de capitales» que pone de relieve el alcance general de la liberalización.

En efecto, a la vista de esa referencia, queda absolutamente claro que la nomenclatura incluida en el Anexo I no es limitativa, ni puede entenderse

como restrictiva del alcance de la obligación de liberalización completa e incondicional que establece el artículo 1 de la Directiva (40). Es decir, el hecho de que un movimiento concreto pueda no figurar expresamente en la nomenclatura del Anexo I no quiere decir que no se halle liberalizado; antes al contrario, en principio lo estará, al basarse la Directiva en el principio de la liberalización total de los movimientos de capitales.

Prescindiendo, pues, en virtud de ese carácter abierto y omnicomprensivo de la nomenclatura contenida en el Anexo I, de la referencia a las concretas rúbricas que en él se establecen, interesa realizar algunas consideraciones sobre las notas que la acompañan, en las que se ponen de manifiesto algunos datos de interés.

El primero de ellos en el sentido de destacar la generalidad de la obligación de los estados miembros de liberalizar todo tipo de movimientos de capitales —puesto que en las referidas notas se aclara expresamente que los movimientos enumerados en las distintas rúbricas del Anexo I comprenden el conjunto de operaciones necesarias para efectuarlos (terminación y ejecución de las transacciones y transferencias)—, las operaciones realizadas por cualquier persona física o jurídica, el acceso a todas las técnicas financieras disponibles, las operaciones de liquidación o cesión de haberes previamente constituidos y la repatriación del producto de liquidación y las operaciones de reembolso de créditos o préstamos.

Además, en segundo lugar, conviene destacar que, al incluirse las operaciones efectuadas por cualquier persona física o jurídica, comprendiendo las operaciones relativas a haberes o compromisos de los estados miembros y de sus administraciones y organismos públicos, se desnaturaliza, de algún modo, el sistema configurado por el artículo 67 del Tratado, que parece referirse únicamente a los movimientos de capitales de carácter privado (41). Bien es cierto que el artículo 68.3 del Tratado exige el previo acuerdo de los estados interesados para las más significativas operaciones de movimientos de capitales de carácter público, pero no lo es menos que la inclusión en la Directiva de ese tipo de operaciones puede generar problemas indeseados, al no encajar en una disposición que, por desarrollar el artículo 67 del Tratado, debería haberse referido sólo a los movimientos de carácter privado.

Por fin, en tercer lugar, conviene destacar que cuando se reconoce el acceso a la totalidad de las técnicas financieras existentes en el mercado en el que se realiza la operación, se está aceptando que, en materia de adquisición de títulos y otros instrumentos financieros, se deberá admitir el empleo de todas las técnicas de negociación disponibles: operaciones a plazo, operaciones con opción o con garantía, operaciones de cambio contra otros activos o permutas financieras, etc. (42); sin que, en principio, sea admisible ningún tipo de restricción o discriminación a causa de la técnica de negociación empleada.

Establecido el principio de liberalización general de todos los movimientos de capitales intracomunitarios, el artículo 1.2 de la Directiva 88/361/CEE garantiza que las transferencias de los movimientos de capitales se realicen en idénticas condiciones de cambio que las aplicadas a los pagos por transacciones corrientes. Dicho precepto, que tiene su antecedente en el artículo 1.2 de la Primera Directiva, se dirige a evitar la existencia de obstáculos que, por vía indirecta, pudieran bloquear la liberalización previamente proclamada; pues, en último extremo, de poco serviría que se liberalizaran las transacciones si las transferencias monetarias a ellas correspondientes estuvieran sometidas a unas condiciones y tipos de cambio que dificultasen la realización efectiva del concreto movimiento de capital.

Ese mismo propósito de evitar que la liberalización se vea soslayada indirectamente parece inspirar el artículo 2 de la Directiva (43), que quiere impedir que las medidas internas de los estados miembros tendentes a regular la liquidez bancaria, y que recaigan sobre las operaciones de capital realizadas por las entidades de crédito con no residentes, puedan afectar negativamente al régimen general de liberalización. A tal fin, se establece que los estados miembros deben informar —a más tardar en el momento de su entrada en vigor— al Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, al Comité Monetario y a la Comisión sobre las medidas internas que hayan adoptado en el sentido expuesto, y que tales medidas «deberán limitarse a lo que sea estrictamente necesario para la regulación monetaria interna», pudiendo la Comisión analizar su justificación —sobre la base de los informes previamente emitidos por los comités— y solicitar, en su caso, al estado miembro, su modificación o aplazamiento.

Es cierto que la redacción de este precepto contempla, de hecho, la facultad de las autoridades responsables de los estados miembros de adoptar o mantener medidas de regulación de la liquidez bancaria, y deja en sus manos la apreciación de las condiciones y de los instrumentos de aplicación; pero, dado que tales medidas son por natu-

raleza discriminatorias y tienen, sin duda, una incidencia restrictiva en los movimientos de capitales (44), la Directiva ha establecido un sistema de límites y comunicaciones tendente a evitar que los estados miembros puedan, por esta vía, mantener restricciones a los movimientos de capitales a corto plazo eludiendo el procedimiento comunitario de la cláusula de salvaguardia específica, y lo ha hecho autorizando a la Comisión a reclamar su aplazamiento o modificación y previendo el recurso al procedimiento establecido en el artículo 169 del Tratado.

Y es que las únicas restricciones a la libertad de movimiento de capitales que la Directiva autoriza a adoptar a los estados miembros han de provenir de la aplicación de la cláusula de salvaguardia, específica y provisional, que se contiene en su artículo 3, y que tiene las siguientes características:

- El supuesto de hecho que justifica su invocación es la existencia de movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios, que provoquen fuertes tensiones en los mercados de cambio y graves perturbaciones en la dirección de la política monetaria y de cambio de un estado miembro, que se traduzcan en variaciones importantes de la liquidez interna.

- El procedimiento normal para la adopción de las medidas de salvaguardia pasa por la solicitud del estado interesado a la Comisión para que, previas las oportunas consultas, le autorice al efecto y establezca las condiciones y modalidades de dichas medidas. En caso de urgencia, el estado afectado podrá adoptar por sí mismo las medidas de salvaguardia, informando de ellas a la Comisión —que decidirá sobre su mantenimiento, modificación o supresión— y a los demás estados. Las decisiones de la Comisión pueden ser revocadas o modificadas por el Consejo, si así lo estima, por mayoría cualificada.

- Las medidas de salvaguardia únicamente pueden referirse a los movimientos de capitales contemplados en el Anexo II de la Directiva, que especifica los diversos tipos de movimientos de capitales a corto plazo que pueden verse afectados por las medidas de salvaguardia (45).

- La duración de dichas medidas, que deben obstaculizar lo menos posible la libre circulación de personas, bienes y servicios, será de un período máximo de seis meses, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que se ha pronunciado contra la posibilidad de medidas de salvaguardia de carácter indefinido (46).

No obstante la posibilidad de acudir a estas medidas de salvaguardia, el régimen general de la Directiva es el de la completa liberalización de los movimientos de capitales, que, sin embargo, no prejuzga el derecho de los estados miembros a adoptar cualquier medida apropiada para prevenir o reprimir las infracciones de las normativas sobre control de cambios, en materia fiscal y de control de las entidades financieras, así como de establecer, con la finalidad de obtener información administrativa o estadística, los procedimientos de declaración de los movimientos de capitales (47).

Este derecho de los estados, recogido en el artículo 4 de la Directiva, no se diferencia en exceso de las disposiciones del artículo 5 de la Primera Directiva, reconocidas por el propio Tribunal de Justicia (48), ni carece, por supuesto, de sus límites. En efecto, las medidas que se adopten deberán ser «necesarias», lo cual podrá ser objeto de verificación por los órganos jurisdiccionales nacionales, según se desprende de la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 5 de la Primera Directiva (49); al margen de que no podrán obstaculizar los movimientos de capitales, con lo que se trata de impedir que, mediante medidas y procedimientos de declaración, se vengan a introducir obstáculos indirectos para la efectividad de la libertad de movimientos de capitales.

No obstante, esas posibilidades de intervención de los estados para prevenir y reprimir los incumplimientos normativos, y en particular la evasión y fraude fiscal, concedidas por el artículo 4 de la Directiva, no parecen suficientes para resolver esos problemas, lo que explica la reacción de honda preocupación de algunos estados miembros, patente por ejemplo en la declaración al texto de ese artículo formulada por la delegación danesa, y que dio lugar a la contestación de las delegaciones de Alemania y Luxemburgo (50).

Prescindiendo de la consideración de las disposiciones de derecho transitorio contenidas en el Acta de Adhesión de España y Portugal —reflejadas en el artículo 5 de la Directiva— y de otras disposiciones transitorias de su artículo 6, esa preocupación por los incumplimientos normativos, en especial por la evasión y el fraude fiscales, explica lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Directiva, un precepto en el que se destaca la incidencia de los aspectos fiscales en la liberalización plena de los movimientos de capitales.

No obstante, en la Directiva 88/361/CEE, en concreto en el mencionado artículo 6.5, no se propone, directamente, ninguna medida con carácter previo y necesario a la citada liberalización, sino que sólo se encomienda a la Comisión la presentación de las propuestas destinadas a suprimir o atenuar los

riesgos de distorsiones, de evasión y fraude fiscales, vinculados a la diversidad de los regímenes nacionales referentes a la fiscalidad del ahorro y al control de su aplicación.

El citado precepto no hace sino recoger los temores de ciertos estados de avanzar en la liberalización de los movimientos de capitales sin progresar en la reforma de la fiscalidad del ahorro y, precisamente por ello, su mención es inexcusable para justificar la presentación por la Comisión de su propuesta de directiva de 8 de febrero de 1989, relativa al sistema común de retención en la fuente sobre los intereses, que, en su momento, constituyó uno de los documentos comunitarios básicos para estudiar lo que, convencionalmente, se conoce como armonización de la fiscalidad sobre el ahorro, que, con todo, es sólo uno de los aspectos tributarios de la libre circulación de capitales que serán examinados en este trabajo.

Pero, antes de dar paso a dicho examen, conviene recordar, para finalizar con el análisis de la directiva de 1988, que en ella se establece una declaración en favor del futuro establecimiento de una liberalización de los movimientos de capitales con terceros países (art. 7) a la que ya hemos hecho mención, y que, por los términos en que se formula, dista mucho de poder interpretarse como una obligación incondicional de alcanzar un determinado resultado.

Podemos, por ello, dar por concluido este breve repaso sobre el sentido de la liberalización de los movimientos de capitales, cuya situación, tras la Directiva 88/361/CEE, deberá ser examinada anualmente por el Comité Monetario, que informará a la Comisión, cuyos trabajos se verán, sin duda, facilitados por la simplificación operada al derogarse definitivamente (art. 9) —transcurridos los períodos transitorios— la Primera Directiva y sus sucesivas modificaciones, con lo que se clarifica notablemente el panorama normativo vigente hasta ese momento.

V. LOS ASPECTOS FISCALES DE LA LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES

1. Introducción

Tras la exposición realizada, se comprenderá que la determinación de las repercusiones de la libertad de movimientos de capitales en el terreno de la fiscalidad constituye una difícil tarea, por cuanto han de tenerse presentes consideraciones jurídicas y económicas, e incluso de carácter ideológico. Se trata, en efecto, de un tipo de análisis en el que no resulta sencillo deslindar los problemas de deslocalización del ahorro de los problemas estrictamente tributarios, o los problemas de política monetaria de los ligados a la inversión nacional (51); porque en muchas ocasiones los problemas específicamente tributarios están íntimamente conectados con aspectos económico-financieros cuyo previo conocimiento es inexcusable.

En cualquier caso, la determinación de los obstáculos que se oponen a la libre circulación de capitales es una cuestión tan antigua como ineficaces han sido los esfuerzos de la CE para lograr su supresión. Ya en el proceso de constitución de la CE, y un año antes de la firma del Tratado de Roma, el Informe Spaak, de 1956 (52), señalaba los cuatro obstáculos principales en este ámbito, que pueden resumirse del siguiente modo:

— la existencia de movimientos especulativos de capital, que pueden producirse de forma brusca, en detrimento de los países cuyas necesidades de fondos son más intensas;
— la existencia de movimientos de capital con una finalidad elusiva de los controles de cambios establecidos por los estados;
— la existencia de divergencias en los sistemas tributarios nacionales que modifican profundamente la rentabilidad de las inversiones de capital, y
— la desventaja en que se encontrarían las regiones menos desarrolladas, ya que se produciría una huida del ahorro hacia regiones más prósperas donde aquél obtuviera una mayor rentabilidad.

De esta enumeración nos interesaría, en puridad, examinar el tercer obstáculo, e incidentalmente el segundo, en cuanto la finalidad elusiva afectaría no sólo a las legislaciones nacionales sobre control de cambios, sino también a la legislación específicamente tributaria.

En este sentido, concretando aún más la referencia a los aspectos tributarios, existe un cierto consenso en afirmar que la libre circulación de capitales se ve obstaculizada por la existencia de divergencias en los sistemas tributarios nacionales sobre la fiscalidad del ahorro y sobre el control de las operaciones financieras, lo cual provoca un desplazamiento de los capitales desde los países comunitarios con mayor presión fiscal hacia aquellos otros donde ésta sea menor. Estos desplazamientos de capitales pueden, a su vez, generar problemas económicos (de balanza de pagos, etc.) y problemas tributarios o, más específicamente, recaudatorios, en cuanto los estados cuya mayor presión fiscal provocase una salida de capitales verían reducidos sus ingresos tributarios, a menos

que se produjera una actuación comunitaria tendente a eliminar los riesgos de evasión o fraude fiscal.

Esta concreción, expuesta de forma sumaria, y de cuya profundización nos ocuparemos posteriormente, parte de una tesis que juzgamos parcialmente incorrecta, en cuya virtud los movimientos de capitales en el interior de la Comunidad van a ser guiados exclusivamente por consideraciones tributarias —en la doble vertiente de menor presión fiscal y mayor posibilidad de evasión— cuando, como señala Stefani, «la conveniencia de una inversión financiera en el extranjero depende no solamente del diferencial fiscal y del rendimiento neto, sino también de la variación monetaria; es decir, de los puntos de inflación y de la tasa de cambio. Si la inflación que se verifica en el país de inversión es inferior a aquella que se verifica en el país de residencia, el capital se revalora» (53).

En este sentido, creemos necesario salir al paso de aquellas tesis que sostienen que la completa liberalización de los movimientos de capitales en la CE va a provocar, salvo que medie una armonización fiscal que homogeneice los regímenes nacionales de tributación sobre el ahorro, fenómenos absolutos de deslocalización. Y ello porque el componente fiscal no es el único que guía las decisiones de inversión y, en el estadio actual de evolución del sistema monetario europeo, los estados miembros conservan todavía ciertos márgenes de maniobra sobre los restantes componentes que influyen en las decisiones de inversión de los ahorradores (54).

En cualquier caso, no es misión de este trabajo, ni seguramente nos corresponde, profundizar en las consecuencias económicas y monetarias de la libre circulación de capitales, así como tampoco estudiar las relaciones entre fiscalidad y ahorro, punto este sobre el que, además, existen tan profundas discrepancias entre los especialistas como para que pueda dudarse de las conclusiones que, en ocasiones, se suelen pregonar como verdades indiscutibles (55).

La existencia de divergencias en los sistemas tributarios nacionales —y específicamente en la fiscalidad del ahorro— de los estados miembros constituye, sin embargo, uno de los obstáculos para la consecución de una efectiva liberalización de los movimientos de capitales que es necesario eliminar. Pero, antes de profundizar en el examen de un concepto tan difuso como es el de fiscalidad del ahorro, conviene, a nuestro juicio, despejar dos incógnitas: en primer lugar, si la eliminación de los obstáculos tributarios ha de ser, o no, coetánea a la libre circulación de capitales, y en segundo lugar, cuál es el medio para lograr el mencionado objetivo de eliminación de los obstáculos fiscales.

La primera incógnita queda prácticamente desvelada a la vista de la evolución normativa habida en la CE, en tanto en cuanto la adopción de las directivas de desarrollo del artículo 67 del Tratado se ha producido sin que, paralelamente, se hayan aprobado las disposiciones comunitarias que sería preciso adoptar para eliminar, por vía de armonización, las divergencias de los sistemas tributarios nacionales que obstaculizan la libre circulación de capitales.

Esta situación se explica si tenemos en cuenta las peculiaridades que esta libertad fundamental tiene en el Tratado de Roma —al menos si la comparamos con la libre circulación de personas, mercancías o servicios—, que han quedado sobradamente expuestas en apartados anteriores de este trabajo. Precisamente por ello, desde una perspectiva jurídica, nos interesa destacar la diferencia básica existente entre los condicionamientos fiscales y las restricciones tributarias que afectan a la libre circulación de capitales (56).

Porque los condicionamientos fiscales no afectan, *stricto sensu,* a la libertad de que gozan los ciudadanos comunitarios para colocar sus ahorros, en la medida en que no impiden el ejercicio de esta libertad fundamental. Dicho en otras palabras: el diferente tratamiento fiscal del ahorro en los estados miembros no se traduce, jurídicamente, en una restricción que sea incompatible con las directivas o con el propio Tratado y, en consecuencia, no tiene necesariamente que existir una relación entre liberalización de movimientos de capitales y homogeneización —vía armonización— de las legislaciones tributarias.

Cuestión distinta, desde esa perspectiva jurídica, sería la existencia de restricciones o discriminaciones de naturaleza tributaria (57) que se opongan a la libre circulación de capitales o que obstaculicen de modo decisivo el ejercicio de esta libertad fundamental; porque, en este caso, los particulares afectados podrían denunciar esta restricción ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios, a la vista del valor que cabe atribuir al derecho comunitario en esta materia, en especial tras la Directiva 88/361/CEE.

Conviene, además, tener en cuenta que en la materia que nos ocupa los estados miembros gozan de importantes facultades como consecuencia de los estrechos lazos que existen entre la libre circulación de capitales y la política económica y

monetaria, algo que se desprende del Tratado de Roma, de las directivas de desarrollo del artículo 67 y de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (58).

Ciertamente, para señalar la vinculación existente entre libre circulación de capitales y divergencias entre los sistemas tributarios de los estados miembros, podría invocarse el contenido del artículo 6.5 de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, donde se emplaza a la Comisión para que presente las propuestas «destinadas a suprimir o a atenuar riestos de distorsiones, de evasión y de fraude fiscales vinculados a la diversidad de los regímenes nacionales referentes a la fiscalidad del ahorro»; pero, como ya hemos visto, se trata de una norma cuyo desarrollo no se ha producido hasta ahora y que no ha impedido, ni podría condicionar, la entrada en vigor de la libre circulación de capitales.

Por otro lado, el citado precepto no afecta a la libertad fundamental de los residentes comunitarios, que no aparece condicionada por su desarrollo, sino que básicamente trata de prevenir los problemas financieros de algunos estados miembros, concretados en una reducción de ingresos tributarios, por la doble vía del acrecentamiento de la evasión fiscal y de la deslocalización del ahorro nacional.

La segunda incógnita a despejar vendría constituida por la determinación del medio a través del cual lograr la eliminación de las divergencias entre los distintos sistemas tributarios de los estados miembros que sean susceptibles de influir en la efectiva liberalización de los movimientos de capitales. A este respecto, numerosas voces han abogado (59) —y a la cabeza de ellas se sitúa la Comisión europea (60)— por la armonización de los tributos que afecten a la efectiva liberalización de los movimientos de capitales, algo que, a su vez, plantea la necesidad de encontrar en el Tratado de Roma un fundamento adecuado para dicha labor armonizadora, teniendo en cuenta que afecta, fundamentalmente, a los impuestos directos.

Pero conviene recordar, igualmente, que existen autores (61) y países —en concreto, Gran Bretaña (62)— que consideran inviable la armonización, y que juzgan posible una liberalización de los movimientos de capitales que implique una aproximación espontánea de las legislaciones tributarias de los estados miembros. Dicho de forma sintética, sería el mercado, y no la labor armonizadora de la CE, quien impusiera la eliminación de las divergencias en la fiscalidad sobre el ahorro entre los distintos estados miembros (63).

Evidentemente, carecería de sentido entablar una discusión en la que laten argumentos no sólo jurídicos, sino sobre todo ideológicos, y que afectan fundamentalmente al papel político de la CE; pero no se puede dejar de señalar que la tesis autotitulada como liberal implica un cierto riesgo de retrasar la libre circulación de capitales, por cuanto los estados en que se produzcan distorsiones de cualquier tipo podrían sentirse tentados de acudir a la adopción de las medidas de salvaguardia previstas en el artículo 3 de la Directiva de 24 de junio de 1988.

En todo caso, a pesar de que las posiciones que propugnaban una armonización normativa —o, para hablar con mayor propiedad, una aproximación de las legislaciones de los estados miembros— parecieron cobrar un impulso decisivo con la modificación introducida en el Tratado de Roma por el Acta Unica Europea, a la vista de los retrasos —mejor, de la práctica paralización— de los procesos de armonización normativa en el seno de la Comunidad y de la vigencia de la regla de la unanimidad en materia fiscal, así como de las posiciones adoptadas por ciertos estados miembros (64); a la vista de ello, decíamos, parece que la denominada «armonización espontánea», o armonización a través del mercado, constituye la única opción consistente en los momentos actuales, con los problemas que ello puede suponer, dada la posibilidad del recurso a la cláusula de salvaguardia a que antes hacíamos referencia y cuyas características hemos examinado con anterioridad.

No obstante, ya desde el estadio inicial del proceso liberalizador de los movimientos de capitales (a partir de 1960), podemos observar una línea de pensamiento —siempre auspiciada directa o indirectamente por la Comisión— favorable a la armonización o aproximación de las legislaciones de los estados miembros. Sin ánimo de realizar un recorrido exhaustivo, sí podemos señalar que, ya en 1962, el Informe Neumark justificaba la necesidad de armonizar el impuesto sobre sociedades en base a que «las diferencias en la legislación de los estados miembros suponen un obstáculo para la libre circulación de capitales y para la libertad de establecimiento, especialmente motivadas por las divergencias existentes en la tributación de los dividendos», propugnando, en la primera fase de su calendario de reformas, que se adoptaran «las disposiciones relativas a la armonización de la retención en la fuente sobre los dividendos e intereses» (65).

Años más tarde, la Comisión, en su «Programa de armonización de los impuestos directos», presentado el 26 de junio de 1967, señalaba, como

primer objetivo asignado a la armonización de tales impuestos —y, en particular, del impuesto sobre sociedades—, el de «favorecer la formación del ahorro y de los movimientos de capitales, sin provocar desplazamientos anormales en los mismos», propugnando un conjunto de medidas para el logro de dicho objetivo (66).

Dejando de lado el examen de los informes Werner (1970) y Van den Tempel (1971), interesa destacar en este recorrido el punto III de la Resolución del Consejo de 22 de marzo de 1971, que proponía que la Comunidad se comprometiera a promover, antes del 1 de enero de 1974, en la línea marcada por el programa de la Comisión de 1967, por una parte, «la armonización de ciertas clases de impuestos susceptibles de tener influencia directa sobre los movimientos de capitales en el interior de la Comunidad, concretamente la armonización del régimen fiscal aplicable a los intereses provenientes de valores mobiliarios de renta fija y a los dividendos» y, por otra, «la armonización de la estructura de los impuestos sobre sociedades» (67).

Como veremos en su momento, la posición de la Comisión se ha plasmado en la adopción de un conjunto de propuestas de directivas, en 1969 y 1975, que tratan de dar cumplimiento a los objetivos reseñados, las cuales han sido aprobadas por el Consejo en 1990, salvo en lo referente a la armonización de los sistemas de imposición sobre sociedades.

De este rápido recorrido se deducen cuáles son los tributos que, por tener influencia en la libre circulación de capitales, deben ser objeto de armonización, y que se ciñen a la imposición sobre la renta y sobre sociedades, en orden a resolver, especialmente, el problema de la coordinación entre la tributación de los beneficios societarios y de los dividendos percibidos por los accionistas personas físicas, y el problema de las retenciones sobre dividendos e intereses.

A estos impuestos directos habría que añadir los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales y los impuestos que gravan la transmisión de títulos-valores, que plantean problemas diferentes, y cuya armonización efectiva comienza, al menos para los primeros, en 1969.

La disparidad entre la armonización de los impuestos directos e indirectos afectados se encuentra ya presente en el Tratado de Roma, que contiene un título competencial específico en favor del Consejo para la armonización, en sentido estricto, de los impuestos indirectos (art. 99), en tanto que plantea problemas diferentes para la aproximación de legislaciones nacionales (68) en el ámbito de la imposición directa.

En este último sector se ha venido considerando tradicionalmente que el título competencial para llevar a cabo una tarea armonizadora por parte de los órganos comunitarios deriva del artículo 100 del Tratado, que faculta al Consejo para dictar directivas de aproximación de las legislaciones, siempre que se refieran directamente al establecimiento o funcionamiento del mercado común, y que no constituye sino trasunto de lo dispuesto en el artículo 3.*h)* del propio Tratado.

Desde esta perspectiva, la armonización en materia de impuestos directos es posible siempre y cuando se produzca la circunstancia prevista en el artículo 100 del Tratado; es decir, siempre y cuando sea necesaria para el establecimiento o funcionamiento del mercado común, algo que ha sido unánimemente subrayado por la doctrina europea (69).

El problema que subyace, no obstante, y que explica posiciones como la británica, consiste en determinar si la eliminación de las divergencias nacionales en la fiscalidad sobre el ahorro es necesaria para el buen funcionamiento del mercado común; es decir, si el Consejo está legitimado para ejercer la competencia que le otorga el artículo 100 del Tratado. Pues bien, en la medida en que la Comisión y determinados países comunitarios entienden —y veremos cómo el Acta Unica Europea permite reforzar esta tesis— que la divergencia de legislaciones tributarias puede falsear las decisiones de inversión y comprometer la libre circulación de capitales, juzgamos innecesario profundizar en dicha polémica.

Incluso, algún autor (Burgio) ha tratado de encontrar otros preceptos del Tratado de Roma que sirvieran para justificar la armonización de aspectos concretos del impuesto sobre sociedades, entendiendo que el artículo 67 de dicho Tratado constituye la base para la armonización de los regímenes fiscales sobre los dividendos «como acción paralela e indispensable a todas las otras iniciativas tomadas para liberalizar los movimientos de capitales». Pero, como hemos señalado en otro lugar, siguiendo a Wagenbaur, los preceptos que el Tratado de Roma dedica a la libre circulación de capitales no atribuyen específicamente ninguna competencia a los órganos comunitarios, al obligar únicamente a los estados —sin la mediación de la Comunidad— a lograr los objetivos en ellos señalados (70).

Siguiendo con el recorrido que veníamos realizando, la década de los ochenta será decisiva para

la reactivación —o mejor, la prosecución— de los esfuerzos armonizadores de la tributación sobre el ahorro, y ello, a nuestro juicio, por las siguientes causas: aprobación del Acta Unica Europea y creación, en 1993, de un auténtico espacio financiero europeo; aprobación de la Directiva 88/361/CEE, que amplía enormemente el elenco de inversiones liberalizadas en el ámbito comunitario y, por último, aprobación de un conjunto de directivas que afectan a otras libertades garantizadas por el Tratado de Roma (singularmente, el derecho de establecimiento) y de las que la libre circulación de capitales constituye, como ha señalado el Tribunal de Justicia, una condición necesaria para su ejercicio eficaz (71).

Junto a estas causas que podríamos considerar estrictamente jurídicas existen las causas económicas derivadas de las distorsiones que la libre circulación de capitales puede provocar en algunos estados miembros, que presionan para llegar a 1993 en igualdad de condiciones (72).

La reactivación del proceso de liberalización de los movimientos de capitales en la década de los ochenta se inicia con la Comunicación sobre integración financiera presentada en 1983 por la Comisión al Consejo (73), siendo el siguiente hito el programa de realización del mercado interior, que constituye el antecedente inmediato de las reformas institucionales introducidas por el Acta Unica Europea, así como de las directivas de desarrollo del artículo 67 del Tratado dictadas en 1986 y 1988.

Este programa, comúnmente conocido como «Libro Blanco» (74), tiene mayor importancia desde el punto de vista sustantivo de la libre circulación de capitales —y por ello ha sido ya objeto de nuestra atención— que desde la perspectiva de sus implicaciones tributarias, que apenas son objeto de consideración.

Prescindiremos, por ello, de realizar ahora mayores referencias, para recordar que la primera consecuencia del «Libro Blanco» en el ámbito de la libre circulación de capitales es la prestación por la Comisión de su «Programa para una liberalización completa de los movimientos de capitales en la Comunidad», de mayo de 1986 (75), que tampoco contiene pronunciamiento alguno sobre las implicaciones fiscales de la libre circulación de capitales. A su vez, de este programa y del contenido en el propio «Libro Blanco» deriva la presentación por la Comisión, y subsiguiente aprobación por el Consejo, de la Directiva 86/566/CEE, a la que ya nos hemos referido al tratar del derecho derivado en relación con la libre circulación de capitales.

Mayor importancia tiene a nuestros efectos la entrada en vigor, el 1 de julio de 1987, de las modificaciones introducidas en el Tratado de Roma por el Acta Unica Europea, con las que se intenta afrontar los cambios necesarios para lograr el mercado interior europeo, que implicará, como señala el artículo 8-A del Tratado de Roma, un espacio sin fronteras en el que la libre circulación de capitales está garantizada; lo cual supone, a nuestro juicio, un reforzamiento de la habilitación en favor de los órganos comunitarios, derivada del artículo 100 del Tratado, para proceder a armonizar aquellos aspectos de los impuestos directos que se opongan a la consecución del mercado interior y, en concreto, que obstaculicen la libre circulación de capitales.

No obstante este reforzamiento de los poderes comunitarios, hay que señalar que la adopción de las directivas necesarias para la aproximación de las disposiciones fiscales que afecten a los objetivos enunciados en el artículo 8-A del Tratado de Roma sigue rigiéndose por la regla de la unanimidad de los miembros del Consejo (art. 100-A.2 del Tratado de Roma), lo cual explica los problemas que, como veremos posteriormente, ha tenido la propuesta, presentada en 1989, para establecer un régimen común de retención sobre los intereses, y también explica el escepticismo con que se ha de contemplar —por razones ya expuestas, relacionadas con la actitud de algunos estados miembros— el futuro de la armonización de la fiscalidad del ahorro.

En todo caso, ese mismo año de 1987 la Comisión presentó una serie de propuestas de directiva para la creación de un espacio financiero europeo. Desde el punto de vista de la fiscalidad ligada a la libre circulación de capitales, interesa sobremanera detenerse en la comunicación de la Comisión (76), donde se exponen con claridad las implicaciones tributarias de las propuestas presentadas, al tiempo que se proporcionan algunos datos de interés para explicar los intentos de armonización habidos a partir de 1989.

En opinión de la Comisión, la liberalización de los movimientos de capitales afecta a cuatro aspectos básicos de la imposición directa:

— la armonización del impuesto sobre sociedades;

— la evasión fiscal;

— las discriminaciones e incentivos fiscales existentes en los sistemas tributarios de los estados miembros, que incitan a los particulares a invertir en títulos nacionales, y

— las restricciones existentes en los ordenamientos nacionales sobre las inversiones de los fondos de pensiones.

Con independencia de que sea necesario introducir matizaciones adicionales respecto de cada uno de los cuatro aspectos señalados por la Comisión, creemos que la enumeración efectuada es sustancialmente correcta, y constituye una guía que seguiremos en nuestro estudio. No obstante, junto a los aspectos fiscales citados por la Comisión, haremos también referencia a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capital y las transacciones de títulos, que son omitidos en la Comunicación de la Comisión porque, como dijimos, el proceso de armonización se ha basado en el artículo 99 del Tratado de Roma, habiéndose producido ya significativos avances.

2. La armonización de la imposición sobre sociedades

La armonización de la imposición sobre sociedades constituye una demanda unánime de las más diversas instancias, formulada tanto en el Informe Neumark como por la propia Comisión europea, pasando por la mayor parte de los autores que se han ocupado de las implicaciones fiscales de la libre circulación de capitales. La existencia de divergencias en la legislación interna de los estados miembros —especialmente en lo que atañe a la estructura misma del impuesto que nos ocupa— supone un factor de distorsión en cuanto, como señala la Comisión, falsea las decisiones de inversión no sólo de las empresas comunitarias, sino también de los inversores particulares (77).

El problema que plantea la imposición sobre sociedades no atañe, pues, de forma exclusiva, a la fiscalidad de los dividendos —que afectaría igualmente a las relaciones entre dicha imposición y el impuesto sobre la renta del inversor individual—, sino que las divergencias en dicha fiscalidad sólo pueden eliminarse armonizando la total estructura del impuesto sobre sociedades, fundamentalmente los sistemas de determinación de su base imponible, de forma que el beneficio societario se determine de manera semejante en todos los estados miembros.

Dicho en otras palabras, la armonización deberá dirigirse a eliminar el factor fiscal como elemento decisivo de la decisión de inversión, y esto no se puede lograr estableciendo únicamente un régimen común de retención sobre dividendos e introduciendo un crédito de impuesto o un sistema común de tipos impositivos, sino que habrá que dar un paso más allá e implantar un sistema común de determinación del beneficio societario a efectos fiscales o, dicho en otras palabras, establecer un sistema común de fijación de la base imponible (78).

Junto a ello, sería preciso efectuar una reflexión sobre los criterios de sujeción manejados por los estados miembros en el impuesto sobre sociedades, no tanto por problemas de distorsión de la inversión cuanto por los problemas de doble imposición internacional que pueden provocar; desde la perspectiva española, ello debería suponer, cuando menos, una reformulación de los criterios manejados para la definición de las rentas que se consideran obtenidas en nuestro país a los efectos del gravamen de los no residentes (79).

Una vez logrado este objetivo, se debería entrar en el examen de las relaciones entre el impuesto sobre las sociedades y el impuesto del socio (persona física o jurídica) y en los problemas del establecimiento de retenciones sobre los dividendos, imputación de retenciones, compensaciones entre estados cuando el que grava las rentas del socio es distinto de aquel donde está establecida la sociedad que practica la retención sobre el dividendo, etcétera.

La posición de la Comisión coincide sustancialmente con lo expuesto, al estimar que una mayor aproximación de los sistemas, de la base imponible y del tipo de gravamen de las sociedades en los diferentes estados miembros permitiría suprimir o atenuar considerablemente las distorsiones que actualmente se producen. En cuando a las medidas propuestas para el logro de este ambicioso objetivo, la Comisión estima que debe partirse de la propuesta de directiva presentada en 1975, que deberá ser modificada en algunos aspectos, particularmente en lo relativo a la horquilla de tipos de gravamen, ya que la prevista en 1975 (45-55 por 100) se considera muy elevada a la vista de la evolución reciente y previsible en los estados miembros (80).

Junto a ello, la Comisión considera necesario completar la propuesta de 1975 con una proposición de armonización para la determinación de los beneficios imponibles, con lo que no hace sino recoger las sugerencias formuladas en 1979 por el Parlamento Europeo, al dictaminar la propuesta de directiva de 1975. En este sentido, la Comisión elaboró, en marzo de 1988, un «Anteproyecto de Propuesta de Directiva sobre la armonización de las reglas de determinación de los beneficios imponibles», que afecta, como veremos posteriormente, a temas tales como las amortizaciones, la valora-

ción de existencias, y los incrementos y disminuciones patrimoniales.

La propuesta de 1975 (con las modificaciones apuntadas por la Comisión) y el anteproyecto de 1988 constituyen los trabajos fundamentales llevados a cabo en el ámbito comunitario de cara a la armonización del impuesto sobre sociedades o, mejor dicho, de cara a la eliminación de las distorsiones que, en este impuesto, pueden afectar a la libre circulación de capitales, condicionando la realización de inversiones (81).

Aunque, siguiendo el programa de la Comisión, nos concentremos en el examen de estas dos propuestas, conviene también que nos refiramos a la existencia de otros trabajos armonizadores —algunos de los cuales han sido ya aprobados por el Consejo— que afectan al impuesto que nos ocupa, y que, en algún caso, tienen relación con la eliminación de las distorsiones tributarias a la libre circulación de capitales.

Esta labor armonizadora se sintetiza en las siguientes directivas y propuestas:

- Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, sobre régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de distintos estados miembros, que afecta tanto al impuesto sobre sociedades como al impuesto sobre la renta cuando los accionistas sean personas físicas.

Como regla general, la Directiva establece que las plusvalías manifestadas en las operaciones citadas no tributen en el momento de la fusión y/o escisión, sino en el de la realización efectiva de las mismas (82).

- Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, sobre régimen fiscal común aplicable a las matrices y filiales situadas en estados miembros distintos; considerando como sociedad matriz aquella cuya participación en el capital social de otra es superior al 25 por 100 (83), se propone, para eliminar la doble imposición, la supresión de la retención en origen sobre los dividendos distribuidos por la sociedad filial a la sociedad matriz.

Junto a ello, se establece un régimen optativo de declaración consolidada para las sociedades dominantes —aquellas cuya participación en el capital de otras es superior al 50 por 100—, en cuya virtud, éstas integrarán en la base imponible del impuesto sobre sociedades la totalidad de los resultados obtenidos por las sociedades participadas radicadas en otros estados miembros de la CE (84).

- Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio, sobre eliminación de la doble imposición en los ajustes fiscales de los precios de transferencia entre sociedades vinculadas, usualmente conocido como *convenio de arbitraje* y fundamentado en el artículo 220 del Tratado de Roma; se trata de una norma fundamentalmente procedimental, que pretende que la rectificación sobre los valores establecidos por una sociedad a sus operaciones respecto a otra sociedad radicada en otro estado miembro no produzca un doble gravamen sobre los beneficios societarios o una exacción sobre beneficios inexistentes, con lo que, en definitiva, plantea el problema del ajuste bilateral en los precios de transferencia cuando las sociedades vinculadas están radicadas en distintos estados miembros (85).

- Propuesta de 24 de julio de 1978 sobre régimen tributario de las entidades de inversión colectiva, a las que se pretende aplicar el régimen común del impuesto y la retención en la fuente previstos en la propuesta de 1975. En síntesis, la propuesta busca que las ventajas del sistema de crédito de impuesto beneficien no sólo a los accionistas directos, sino también a los indirectos que participan en tales entidades o, por mejor decir, que canalizan su inversión a través de ellas (86).

La necesidad de lograr una armonización en la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva se ha visto acrecentada tras la aprobación de la Directiva 85/611/CEE, de 20 de diciembre, relativa a los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), que entró en vigor en 1989, y que permite a estos organismos comercializar sus participaciones en cualquier estado miembro. Esta directiva ha planteado problemas de deslocalización del ahorro en algún país comunitario (87), en beneficio de Luxemburgo, donde, en la actualidad, están domiciliados la mayoría de los OICVM que caen bajo su ámbito de aplicación.

La existencia de divergencias en la fiscalidad de los OICVM plantea, evidentemente, problemas de evasión fiscal y de colocación de la inversión a través de dichos organismos, por lo que urgiría avanzar en el proceso de armonización iniciado en 1978 (88).

- Propuesta de 11 de septiembre de 1984, relativa al régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, modificada el 25 de junio de 1985. Se trata de una propuesta que afecta a uno de los aspectos de la armonización de la base imponible del impuesto sobre sociedades, como lo prueba el hecho de que el Anteproyecto de 1988 se remita íntegramente a ella.

Básicamente, la propuesta permite a determinadas empresas (en concreto a aquellas que estén obligadas por su legislación interna a redactar cuentas anuales que impliquen un balance y una cuenta de pérdidas y ganancias) que hayan obtenido resultados negativos en un ejercicio compensarlos sobre los beneficios de los ejercicios siguientes, sin limitación temporal, o sobre los beneficios de los tres ejercicios precedentes (89).

- Propuesta de Directiva de 6 de diciembre de 1990, relativa al régimen de asunción por parte de las empresas de las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros estados miembros, cuya finalidad es «consolidar el beneficio o pérdida global de una empresa en relación con todos los establecimientos permanentes y filiales sitos en el territorio CE, operando como una auténtica empresa nacional a nivel europeo» (90).

- Propuesta de Directiva de 6 de diciembre de 1990, relativa a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades matrices y filiales situadas en estados miembros diferentes, cuyo objetivo fundamental es la supresión de la retención en origen para los mencionados pagos cuando se efectúen entre una sociedad filial y la sociedad matriz, situadas ambas en distintos estados miembros de la CE (91).

Como pone de manifiesto el mero resumen de las directivas y de las propuestas reseñadas, éstas afectan indirectamente a la libre circulación de capitales y, en consecuencia, creemos que la aprobación por el Consejo de las propuestas pendientes es tan necesaria como la de la propuesta de 1975, si se quiere avanzar en la consecución de un espacio financiero europeo único. En este sentido, a nadie escapará que los problemas que sobre el ahorro plantea, por ejemplo, la liberalización de las inversiones y la comercialización de las instituciones de inversión colectiva, etc., son sólo un botón de muestra de lo que afirmamos.

No obstante estas apreciaciones, siguiendo el programa de la Comisión, vamos a centrarnos en el examen de la propuesta de directiva de 1975, que, con algunas modificaciones, es considerada como el punto de partida para la supresión o atenuación de las distorsiones que, en el impuesto sobre sociedades, afectan a la libre circulación de capitales.

Pese a su relativa antigüedad (fue presentada por la Comisión el 1 de agosto de 1975), y pese a los problemas que plantea su adopción por el Consejo, la propuesta de directiva relativa a la armonización de los sistemas del impuesto sobre sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos constituye el documento comunitario más importante en función del objetivo al que se dirige, que había sido destacado tanto por el Informe Neumark como por el programa de la Comisión de 1967 o, incluso, por el propio Consejo, en su Resolución de 1971.

La propuesta de 1975 puede ser estructurada en tres grandes bloques:

- Disposiciones relativas a la aproximación de los tipos de gravamen del impuesto sobre sociedades.

- Disposiciones relativas al crédito de impuesto, consecuencia de la elección del sistema de imputación para evitar la doble imposición.

- Disposiciones relativas al régimen de retención en la fuente sobre los dividendos.

En lo que se refiere al primer bloque, y como señalamos en su momento, carece de interés estudiar la propuesta de 1975, en cuanto la horquilla de tipos en ella prevista (45-55 por 100) ha quedado superada por la evolución de este elemento de cuantificación del tributo en los estados miembros (92), de tal manera que, como ha reconocido la Comisión, sería precisa una actualización de este punto (93).

Mayor interés tiene, a nuestro juicio, la previsión de que el tipo de gravamen en los estados miembros, además de moverse dentro de la horquilla que en su momento se establezca, deberá ser único y, por lo tanto, no se podrán establecer tipos diferenciados para los beneficios distribuidos y no distribuidos (94).

El examen de las disposiciones relativas al crédito de impuesto exige partir de la adopción, por la propuesta de 1975, del sistema común de imputación como método para atenuar la doble imposición (impuesto sobre sociedades-impuesto del accionista) de los dividendos. A este respecto, la Comisión se aparta de los pronunciamientos del Informe Neumark (favorable al sistema de doble tipo que, como acabamos de ver, es descartado por la propuesta de 1975) y del Informe Van den Tempel (favorable al sistema clásico, en cuya virtud los impuestos sobre sociedades y sobre la renta son completamente independientes), justificando su elección en el dato de que, no obstante los problemas que suscita su aplicación en las relaciones internacionales, es un sistema más neutral respecto de las distintas formas jurídicas y de financiación empresarial, reduce las posibilidades de evasión fiscal y atrae al mercado de capitales a los accionistas medianos.

De forma muy sintética, la propuesta de 1975 ofrece, en este punto, la siguiente solución: los dividendos distribuidos por una sociedad residente en un estado miembro otorgarán a su beneficiario un derecho de crédito en su impuesto personal sobre la renta, siempre que dicho beneficiario sea residente en la CE y esté sujeto a los impuestos sobre la renta o sobre sociedades (95). El beneficiario del dividendo imputará ese crédito impositivo a la cuota del impuesto sobre la renta o a la del impuesto sobre sociedades del cual sea sujeto pasivo, teniendo en cuenta que el tipo de crédito aludido será fijado por cada estado miembro con dos limitaciones: será único, y no podrá ser inferior al 45 por 100 ni superior al 55 por 100 del impuesto sobre sociedades, calculado sobre la suma del dividendo distribuido más la cuota del propio impuesto; lo cual, como ha señalado Guergen, implica la existencia de un sistema de imputación parcial, en cuanto no se eliminan por completo los efectos de la doble imposición de los dividendos (96).

Por último, la propuesta trata de solventar el problema de determinar qué estado miembro debe soportar presupuestariamente el crédito de impuesto cuando la sociedad que distribuye los dividendos y el beneficiario de éstos son residentes en diferentes países de la CE. En este supuesto, y salvo la posibilidad de llegar a acuerdos bilaterales entre los países implicados, la propuesta considera que el coste presupuestario del crédito del impuesto debe ser soportado por el estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos.

El tercer bloque de disposiciones contenidas en la propuesta de 1975 afecta al establecimiento de un sistema común de retención en la fuente sobre los dividendos. A ese respecto, la Comisión parte de la idea de que dicha retención está establecida en la casi totalidad de los estados miembros, pero estima que la diversidad de tipos existente constituye otra causa de distorsión de los movimientos de capitales intracomunitarios; máxime teniendo en cuenta que la existencia de un crédito de impuesto no constituye, por sí misma, un factor que disuada a los contribuyentes de rentas más altas de declarar los dividendos percibidos, razón por la que se propone establecer un tipo común de retención que, conjuntamente con el crédito de impuesto, elimine las distorsiones fiscales en los movimientos de capitales y prevenga la posible evasión tributaria.

Aunque las reglas de la propuesta de 1975 que afectan al *quantum* del tipo común de retención hayan quedado, posiblemente, obsoletas (97) y sea necesaria una reformulación a la baja de aquél, la Comisión propone, como regla general, que los estados miembros establezcan una retención del 25 por 100 sobre los dividendos abonados por las sociedades residentes en su territorio, cualquiera que sea el beneficiario de dichos dividendos (98).

Esta retención no se configura con el carácter de liberatoria, sino que se deduciría de la cuota del impuesto sobre la renta o de la del impuesto sobre sociedades del cual sea sujeto pasivo el accionista, que tendría derecho a la devolución del exceso cuando la retención practicada superase la cuota a pagar (99).

Por último, la solución al problema que se plantea cuando la sociedad que practica la retención y el accionista que percibe los dividendos residen en diferentes estados miembros es clara, teniendo en cuenta, como acabamos de ver, el carácter no liberatorio de la retención; en consecuencia, la propuesta establece que el estado que ha percibido la retención (el de residencia de la sociedad) deberá reembolsarla al estado de residencia del accionista (en cuyo impuesto sobre la renta o sobre sociedades ha sido deducida esa retención), salvo acuerdo bilateral entre ambos estados, que en ningún caso podrá afectar a los derechos de los perceptores de los dividendos.

La propuesta de 1975 adolecía de un defecto fundamental, al cual nos hemos referido anteriormente, y que reconoce implícitamente la Comisión en su programa de 1988: las distorsiones que el impuesto sobre sociedades puede provocar en los movimientos de capitales no se subsanan únicamente armonizando los tipos de gravamen del impuesto y el tipo de retención sobre los dividendos, sino que exigen, como paso previo, la supresión de las divergencias en la legislación de los estados miembros que afecten a la determinación del beneficio societario, o, dicho en otras palabras, demandan la homogeneización de aspectos tales como las amortizaciones (100), la valoración de las existencias, etc., sin los cuales la aproximación de los tipos de gravamen nominales sería estéril, al existir divergencias profundas en los tipos de gravamen efectivos (101).

Este error en el planteamiento de la armonización de la imposición sobre sociedades fue denunciado por el Parlamento Europeo, que se negó a emitir su dictamen sobre la propuesta de 1975, aduciendo, precisamente, la inexcusabilidad de la previa armonización de la base imponible (102). No obstante, el fracaso del proceso armonizador del impuesto sobre sociedades no puede ser imputado, en exclusiva, a los errores de planteamiento en que

ha incurrido la Comisión, sino que seguramente ha venido determinado por razones básicamente políticas, que justifican la tradicional oposición de algunos estados miembros: disminución de ingresos presupuestarios, recortes en la soberanía fiscal, etcétera.

En todo caso, sí es interesante constatar, aunque profundizar en ello desbordaría el objeto de nuestro estudio, el proceso de *convergencia espontánea* (103) que se ha producido en los sistemas tributarios de los estados miembros como consecuencia de las labores armonizadoras propuestas por la Comisión; proceso que se manifiesta, por ejemplo, en la generalización en los estados miembros del sistema de crédito del impuesto, en el tratamiento de las fusiones (con anterioridad a la adopción de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio), etcétera.

No obstante, a nuestro entender, esta *convergencia espontánea* es, todavía, insuficiente para considerar que con ella se han logrado eliminar, o serán eliminadas en el futuro, en ausencia de armonización normativa, las distorsiones que afectan a la libre circulación de capitales.

Las objeciones formuladas por el Parlamento Europeo sobre las fases de armonización del impuesto sobre sociedades fueron tenidas en cuenta por la Comisión, que, en los primeros años de la década de los ochenta, inició los trabajos relativos a la armonización de la base imponible, dividiéndolos en cuatro sectores que juzgaba básicos: régimen de las pérdidas, amortizaciones, valoración de existencias y régimen de plusvalías; optando, inicialmente, por presentar propuestas de directiva diferenciadas, de las que sólo vería la luz la de 11 de septiembre de 1984, sobre régimen fiscal de la compensación de pérdidas de las empresas, a la que hicimos alusión anteriormente.

Esta idea de presentar propuestas separadas parece haber sido descartada —aunque no la necesidad de armonizar los aspectos reseñados de la base imponible del impuesto sobre sociedades, como lo prueba el programa de 1987 relativo a la creación de un espacio financiero europeo— a la vista del «Anteproyecto de Propuesta de Directiva de la Comisión sobre la armonización de las reglas de determinación de los beneficios imponibles», de marzo de 1988, que contiene normas armonizadoras relativas a las amortizaciones, la valoración de existencias y las ganancias y pérdidas de capital (104), así como al régimen de compensación de pérdidas, si bien en este último punto se remite íntegramente a la propuesta presentada en 1984, cuyos rasgos generales ya estudiamos.

En definitiva, el balance de la eliminación de las distorsiones a la libre circulación de capitales, derivadas de las divergencias en el impuesto sobre sociedades de los estados miembros, se centra en la existencia de una propuesta de directiva (de 1975) que deberá ser retocada en algunos puntos, y de un anteproyecto (de 1988) que constituye más bien un documento interno de trabajo (105). De ahí que en 1993, previsiblemente, no habrán desaparecido las distorsiones en la libre circulación de capitales derivadas de la imposición sobre sociedades —salvo fenómenos muy acusados de *convergencia espontánea* entre los estados miembros—, con lo que se manifestarán en toda su crudeza los problemas derivados de la inexistencia de armonización (evasión fiscal, falseamiento de la inversión empresarial, deslocalización del ahorro), sin que pueda considerarse que nuestro país se encuentra suficientemente preparado para afrontarlos mediante medidas unilaterales.

3. Riesgos de evasión derivados de la libre circulación de capitales. Medidas para su eliminación

Uno de los riesgos, comúnmente señalado por la doctrina, que se asocia a la liberalización de los movimientos de capitales es el de los fenómenos de fraude y/o evasión fiscal que pueden producirse a consecuencia de la pérdida de efectividad de los mecanismos de control internos y de la disparidad de las legislaciones de los estados miembros a ese respecto, con los consiguientes efectos perversos no sólo en materia de distribución de la carga tributaria, sino —lo que es más importante para algunos estados miembros— en términos de pérdidas de recaudación.

Se trata de un fenómeno englobable dentro de un concepto muy amplio de deslocalización fiscal del ahorro, en el que habría que distinguir dos componentes distintos: en primer lugar, el componente clásico de las diferencias de presión fiscal nominal en los estados miembros, y en segundo lugar, las posibilidades de evasión tributaria, en cuanto los inversores no sólo van a buscar la colocación de sus capitales en el país con menor presión fiscal, sino que también van a verse influidos en sus decisiones al respecto por la legislación interna de los distintos estados, sobre todo en materia de obligaciones de información de los intermediarios financieros, en cuanto la ausencia de controles les permita eludir, en su estado de residencia, la declaración de los rendimientos provenientes de esas inversiones (106).

El incremento potencial del fraude fiscal constituye, a juicio de la Comisión, una de las implicacio-

nes tributarias de la libre circulación de capitales (107). Este riesgo sería mayor en el caso de los intereses de depósitos bancarios o de títulos de renta fija que en el caso de los dividendos societarios, ya que, según el parecer de la Comisión, respecto de estos últimos, la mayoría de los países comunitarios tienen establecido un sistema de retención a cuenta que, en el caso de ser finalmente aprobada la propuesta de 1975, sería deducible cualquiera que fuere, dentro de la CE, el país de residencia de la sociedad y del accionista (108).

A nuestro juicio, la posición de la Comisión sería correcta si la propuesta de 1975 —cuyo componente antielusivo, en lo que se refiere al establecimiento de un sistema común de retención, ya hemos destacado en el epígrafe anterior— estuviera aprobada; pero mientras ello no suceda, las posibilidades de fraude fiscal serán iguales en el caso de los dividendos y en el caso de los intereses, con la única diferencia de que en el caso de inversiones en títulos de renta variable su rentabilidad fiscal será menor (como consecuencia de la no deducibilidad en el estado de residencia de la retención en la fuente) que en el caso de los depósitos bancarios colocados en países comunitarios donde no exista retención (109).

Debido precisamente a ese previsible incremento de las posibilidades de fraude fiscal, se producirían distorsiones importantes en la recaudación de los estados miembros, cuyos efectos positivos o negativos en cada uno de ellos son imposibles de evaluar *a priori;* distorsiones derivadas de que el estado que percibe la retención no tendría que reembolsarla al estado de residencia del accionista, al no deducirla éste de la cuota debida por el impuesto personal sobre la renta (110).

Las soluciones propuestas por la Comisión para eliminar los riesgos de fraude fiscal en el caso de los intereses provenientes de obligaciones y de depósitos bancarios (recordemos que, en materia de dividendos, se sigue considerando válido el mecanismo de retención común de la propuesta de 1975) son, fundamentalmente, dos, que no tienen por qué ser excluyentes: por una parte, el establecimiento de una retención generalizada en la fuente, aplicable al conjunto de residentes y no residentes en la Comunidad o, al menos, a todos los residentes en países comunitarios, y por otra, el deber impuesto a las entidades financieras de informar a las autoridades fiscales del país donde estén domiciliadas de los rendimientos procedentes de intereses que hayan abonado a los residentes comunitarios (111).

Las dos medidas serían, a nuestro juicio, suficientes para eliminar el problema de la evasión fiscal, siempre y cuando fueran concurrentes y, desde luego, siempre que se adoptara, superados los problemas de legislación interna de algunos países, la segunda, puesto que la adopción exclusiva de un sistema común de retención en la fuente sobre los intereses provocaría, como hemos visto anteriormente respecto de los dividendos, un descenso de la rentabilidad de este tipo de inversiones, pero no aseguraría una disminución de los riesgos de evasión si el estado donde está domiciliada la entidad financiera carece de información, y no puede obtenerla sin levantar el secreto bancario, sobre las personas a quienes se ha practicado la retención.

Junto a ello, no debemos olvidar los riesgos de distorsiones recaudatorias debidas al hecho de que, como en el caso de los dividendos, la retención sería percibida por el estado donde esté domiciliada la entidad financiera que canaliza la inversión, sin que tenga que reembolsarla al estado de residencia del inversor.

Por último, la Comisión reconoce que, en la fase final de la liberalización de los movimientos de capitales, y para eliminar los riesgos (ya señalados) de evasión y fraude fiscal, debería reforzarse la cooperación entre las administraciones tributarias de los estados miembros, especialmente cuando se sospeche la existencia de fraude fiscal (112).

Evidentemente, la cooperación entre las administraciones tributarias de los estados miembros de la CE debe suponer un apoyo importante para la prevención del fraude y de la evasión fiscales, pero sólo podrá ser efectiva si esas administraciones cuentan con información concreta sobre los rendimientos generados por las inversiones situadas en su territorio y/o satisfechos por entidades financieras que operen en él. El establecimiento de una retención a cuenta constituye, por tanto, un mecanismo útil, pero que debe, inexcusablemente, ir acompañado de la implantación de deberes de información sobre los agentes económicos a través de los cuales se canalizan las inversiones.

Se vuelve así a poner de relieve la íntima conexión entre la retención a cuenta y los deberes tributarios de información, que para ser eficaces no han de ser considerados mecanismos alternativos, sino concurrentes, y que son absolutamente necesarios para poder lograr una cooperación fructífera entre los estados miembros que minimice las posibilidades de evasión fiscal en la fase final del proceso de liberalización de los movimientos de capitales.

Siguiendo las orientaciones de la Comisión, examinaremos, de forma separada, los trabajos emprendidos a escala comunitaria para instrumentar las medidas orientadas a prevenir los riesgos de evasión fiscal derivados de la libre circulación de capitales, refiriéndonos, en primer lugar, a los intentos de establecimiento de una retención a cuenta sobre los intereses; posteriormente entraremos en el estudio de los deberes de información tributaria que incumben a las entidades financieras comunitarias, para, finalmente, examinar los mecanismos de cooperación entre las administraciones tributarias de los estados miembros.

a) *La propuesta de directiva sobre régimen común de retención a cuenta sobre los intereses*

Como veíamos anteriormente, una de las medidas propuestas por la Comisión para atenuar los riesgos de evasión y fraude fiscal era el establecimiento de una retención a cuenta sobre los rendimientos generados por las inversiones de los residentes comunitarios.

Estos rendimientos se agrupan en dos grandes bloques: dividendos e intereses, entendiendo bajo esta última expresión tanto los rendimientos producidos por la inversión en títulos de renta fija como los generados por la constitución de depósitos bancarios.

El establecimiento de una retención a cuenta sobre los dividendos ya había sido previsto por la Comisión en su propuesta de 1975, que, como vimos, se sigue considerando válida para afrontar la fase final de la liberalización de los movimientos de capitales. Sería necesario, sin embargo, extender el mecanismo de la retención a cuenta a aquellos rendimientos del capital mobiliario que quedaban fuera del ámbito de aplicación de la propuesta de 1975; es decir, a los intereses.

Entendiendo que era precisa una habilitación específica, el Consejo introdujo un precepto en la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988 (artículo 6.5), en el que, como vimos en su momento, se instaba a la Comisión a presentar las propuestas destinadas a suprimir o atenuar los riesgos de evasión y de fraude fiscales vinculados a la diversidad de los regímenes nacionales referentes a la fiscalidad del ahorro (113).

En cumplimiento de este mandato, la Comisión presentó, el 10 de febrero de 1989, su propuesta de directiva relativa al régimen común de retención en la fuente sobre los intereses (114), que, con alguna variación, intentaba trasplantar a estos rendimientos el mecanismo establecido para los dividendos en la propuesta de 1975.

Aunque, por razones a las que posteriormente nos referiremos, esta propuesta no ha sido aprobada por el Consejo —y, pese a que no ha sido formalmente retirada, será muy difícil que esta aprobación se produzca en el futuro, dada la posición de algunos estados miembros y la exigencia de unanimidad para su adopción—, conviene que nos refiramos, siquiera brevemente, a sus características básicas (115).

En síntesis, la propuesta establece que los estados miembros deberán aplicar un sistema común de retención en la fuente sobre los intereses —entendiendo por tales «los rendimientos procedentes de todo tipo de derechos, incluidas las primas y premios vinculados a títulos de deuda pública y obligaciones» (116)— cuyo tipo será, como mínimo, del 15 por 100 (117), si bien se faculta a los estados miembros para que puedan aplicar a sus residentes un tipo de retención más elevado que a los no residentes y se declara la prevalencia de los tipos de retención inferiores que existan en los convenios de doble imposición suscritos entre estados miembros o entre éstos y terceros países, siempre que los rendimientos sean declarados a la Administración tributaria (118).

Junto a estas reglas especiales que afectan al *quantum* del tipo común de retención, el artículo 5 de la propuesta contiene un conjunto de excepciones, facultativas para los estados miembros, a la obligación de aplicar la retención, tanto de carácter objetivo como subjetivo (119).

La retención establecida no es liberatoria, sino que, a semejanza de la propuesta de 1975, se configura a cuenta sobre la cuota tributaria debida por el perceptor de los intereses, de manera que éste tiene derecho a la devolución, en su caso, del exceso (art. 7).

Por su parte, el artículo 8 de la propuesta de 1989 establece que cuando el perceptor de los intereses sujetos a retención no resida en el estado que percibe ésta deberá reembolsarla al estado de residencia del perceptor de los intereses, dado que dicha retención habrá sido deducida de la cuota a pagar por el sujeto pasivo, todo ello sin perjuicio de la existencia de acuerdos bilaterales entre ambos estados, que no podrán afectar a los derechos de los perceptores de los intereses.

Como hemos dicho anteriormente, la propuesta de 1989 tiene escasas perspectivas de ser aprobada por el Consejo como consecuencia del rechazo de algunos estados miembros (a la cabeza de los cuales se encuentran, aunque por razones distintas, Luxemburgo y Gran Bretaña) a la filosofía que pre-

side el documento de la Comisión. No obstante, la oposición conocida de estos dos países no significa que el resto de estados miembros acepte sin matices el establecimiento de un sistema común de retención sobre los intereses.

En este sentido, existe una preocupación muy extendida ante el riesgo de que la retención provoque una deslocalización del ahorro comunitario hacia el mercado norteamericano (120) y/o japonés, y esta preocupación afecta tanto al *quantum* de la retención (121) como al establecimiento de un método de trabajo para entablar negociaciones con terceros países sobre el régimen aplicable a sus capitales (122).

Por otra parte, la propuesta puede generar rechazo en aquellos países comunitarios que no tienen establecido en su sistema tributario el mecanismo de la retención (123), o que han tenido experiencias muy desafortunadas cuando han intentado implantarlo (124); cabe incluso referirse también a aquellos países que optan por el sistema de declaración obligatoria por parte de las entidades financieras, en lugar del sistema de retención, como instrumento para luchar contra el fraude y la evasión fiscal (125).

No obstante, la oposición más conocida, que ha bloqueado los esfuerzos de la Comisión para lograr la aprobación de la Directiva, es la ejercida por Gran Bretaña y Luxemburgo. Las reticencias de este último país se explican si tenemos en cuenta que, como veíamos anteriormente, en su sistema tributario no existe el mecanismo de retención a cuenta ni tampoco las entidades financieras están obligadas a comunicar a la Administración tributaria datos con trascendencia tributaria de las inversiones que canalicen; además, hay que resaltar que Luxemburgo es país con una fuerte inclinación hacia el *monocultivo financiero,* para el cual el establecimiento de mecanismos de control tributario supondría un golpe importante a sus aspiraciones de convertirse en una importante plaza financiera europea (126).

Consciente de la peculiaridad luxemburguesa, la Comisión optó, como vimos, por establecer el sistema de retención, y no el sistema de declaración obligatoria de las entidades financieras, como mecanismo para combatir el fraude fiscal, pese a las reticencias de países como Francia y Holanda; esta concesión ha sido, sin embargo, insuficiente, y persiste el veto luxemburgués a cualquier norma comunitaria que, directa o indirectamente, suponga la necesidad de introducir modificaciones en su sistema financiero.

La oposición británica parece obedecer a razones político-ideológicas, por cuanto este estado miembro sí tiene establecido un sistema de retención a cuenta sobre los intereses, aunque no sobre los dividendos (127). Como veíamos anteriormente, su postura se basa en negar las competencias de los órganos comunitarios para imponer a los estados miembros una norma armonizadora en el ámbito de la imposición directa, siendo el paladín de las tesis según las cuales la convergencia de las legislaciones de los estados miembros vendrá impuesta por fuerzas del mercado.

La posición de algunos estados miembros ha llevado a la Comisión a abandonar su intento de establecimiento de un sistema común de retención sobre los intereses (128) y a optar por el mecanismo de comunicación de datos de las entidades financieras a las administraciones tributarias y posterior intercambio de información entre las autoridades fiscales de los estados miembros, si bien formalmente no existe una propuesta articulada en este sentido.

b) *El establecimiento de deberes de información a las entidades financieras a efectos tributarios*

Los obstáculos con que, como veíamos anteriormente, ha chocado la propuesta de la Comisión de establecer un sistema común de retención sobre los intereses han llevado a ésta a optar por el mecanismo de la comunicación de datos de las entidades financieras como medio para atenuar o eliminar los riesgos de evasión fiscal derivados de la libre circulación de capitales.

Con independencia de que éste nos parezca un mecanismo que puede cumplir mejor que la retención a cuenta el objetivo que se pretende alcanzar, posibilitando la eficacia en el intercambio de información con trascendencia tributaria entre las autoridades fiscales de los estados miembros (129), creemos que existen razones fundadas para sospechar que la iniciativa no se verá coronada por el éxito (130).

En primer lugar, y desde un plano estrictamente jurídico, resulta difícil precisar, desde el Tratado de Roma, un título competencial específico que habilite a los órganos comunitarios para dictar una directiva que imponga deberes de información con trascendencia tributaria a los intermediarios financieros. Evidentemente, siempre cabría recurrir a las habilitaciones genéricas dimanantes de los artículos 8-A y 100 del Tratado de Roma y, por lo tanto, considerar que el establecimiento de estos deberes es necesario para el buen funcionamiento

del mercado interior, pero se trata de un fundamento muy débil y puede plantear problemas que, en último extremo, correspondería resolver al Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

El intento de fundamentar la directiva reseñada en el artículo 6.5 de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, podría igualmente plantear algún problema, por cuanto, salvo que se entienda que la declaración obligatoria de entidades financieras entra dentro del «control de aplicación» de la fiscalidad del ahorro, dicho precepto resultaría insuficiente como título competencial autónomo a los efectos pretendidos.

Por otra parte, la Directiva de 24 de junio de 1988 es, como veíamos en otros apartados de este trabajo, respetuosa con determinadas competencias de los estados miembros, que sí podrían establecer procedimientos de declaración de los movimientos de capitales, pero siempre que tengan como objeto la información administrativa o estadística, y sin prejuzgar la libertad de los estados para adoptar medidas necesarias para impedir infracciones fiscales (art. 4). Ahora bien, conviene advertir que en este precepto se salvaguardan posibilidades de control estatal, no de control por parte de los órganos comunitarios; dicho en otras palabras, en base a este precepto España podrá seguir obligando a las entidades financieras a comunicar a la Administración tributaria los movimientos de capitales efectuados por residentes y no residentes, y desde esta perspectiva analizaremos las medidas establecidas en el Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, pero no podrá pretender que otro estado miembro le informe de las inversiones españolas allí localizadas (131), ni puede colegirse de dicho precepto que los órganos comunitarios tengan competencia alguna para imponer ese deber tributario en todos los estados miembros (132).

En segundo lugar, existiría una objeción de índole política que nos hace dudar del éxito de la iniciativa comunitaria, y es la existencia de países, como Luxemburgo, donde el secreto bancario pertenece a la esencia de su sistema financiero, y cuya desaparición supondría un ataque a su principal fuente de riqueza, por lo que, como es fácilmente previsible, la oposición luxemburguesa a una propuesta de la Comisión en este sentido sería radical (133).

Esta objeción política se transformaría en jurídica si tenemos en cuenta que, conforme exige el artículo 100-A.2 del Tratado, y confirma innecesariamente el artículo 6.5, *in fine,* de la Directiva 88/361/CEE, las disposiciones de carácter fiscal deberán adoptarse por unanimidad, por lo que la previsible oposición de Luxemburgo bloquearía la aprobación de la norma comunitaria en cuestión (134).

Las escasas perspectivas —algo en lo que existe una práctica unanimidad— atribuibles a la posibilidad de imponer a las entidades financieras deberes de información tributaria, junto con el abandono del mecanismo de retención en la fuente y a la inminencia de 1993, fuerzan a predecir en qué medida afectarán las evidentes distorsiones fiscales existentes a la liberalización de los movimientos de capitales.

Con todos los riesgos que comportan los intentos de predicción, sí pueden esbozarse algunas ideas respecto a la evolución futura de los sistemas tributarios de los estados miembros, que podemos sintetizar del siguientes modo:

- Virtual inoperancia de la cooperación entre las administraciones tributarias de los estados miembros como medio para combatir el fraude y la evasión fiscales ligados a la liberalización de los movimientos de capitales, y ello, como veremos en el epígrafe siguiente, pese a la existencia de directivas de asistencia mutua. Evidentemente, la cooperación sólo puede funcionar correctamente si todos los estados miembros poseen información suficiente, suministrada por sus intermediarios financieros, sobre los movimientos de capital por éstos canalizados; en la medida en que ello no suceda en los doce países de la CE, se producirá seguramente una quiebra en este mecanismo.

- Previsible deslocalización fiscal del ahorro hacia los estados comunitarios cuya presión tributaria sea menor y, sobre todo, hacia aquellos en los que la existencia de secreto bancario potencie la posibilidad de la evasión fiscal.

- Si esta previsible deslocalización genera tensiones en la política monetaria y/o en los ingresos presupuestarios de los estados afectados, puede, a su vez, preverse que éstos adopten dos tipos de medidas, que pueden ser concurrentes o no; a saber: en primer lugar, modificación interna de la fiscalidad del ahorro, intentando retener ahorro interior y/o atraer ahorro comunitario (135); en segundo lugar, recurso a las cláusulas de salvaguardia previstas en el artículo 3 de la Directiva 88/361/CEE o, lo que es lo mismo, introducción de restricciones a los movimientos de capitales a corto plazo (136).

Pese a que la respuesta española a los riesgos de desconocimiento por parte de la Administración tributaria de los movimientos de capitales, liberalizados de acuerdo con el ordenamiento comunitario, que realicen los residentes en nuestro país es objeto de examen específico y pormenorizado en

otro trabajo de este *Suplemento,* haremos en el siguiente capítulo una referencia concreta a las medidas contenidas en el Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, que, de modo confesado o no, buscan suministrar a la Hacienda Pública española un conocimiento, a efectos fiscales, de las inversiones efectuadas por nuestros residentes y que, en cierto modo, suponen la respuesta de nuestro ordenamiento a los retos que, en términos de evasión fiscal, plantea, como hemos visto, la liberalización de los movimientos de capitales.

En cualquier caso, nos corresponde examinar ahora la tercera medida —y, por el momento, la única que cuenta con directivas comunitarias— adoptada por la CE para eliminar los riesgos de evasión o fraude fiscal, y que no es otra sino la cooperación entre las administraciones tributarias de los estados miembros.

c) *La cooperación entre las administraciones tributarias de los estados miembros: la Directiva sobre asistencia mutua de 1977 y su proyección específica para combatir el fraude fiscal ligado a la liberalización de los movimientos de capitales*

La cooperación entre las autoridades fiscales de los estados miembros constituye, a juicio de la Comisión, un instrumento valioso para atenuar y/o eliminar los riesgos de fraude y de evasión fiscales ligados a la liberalización de los movimientos de capitales, especialmente en su fase final.

Los trabajos comunitarios para potenciar esta cooperación se iniciaron en la década de los setenta, como consecuencia de la preocupación, tanto de la Comisión como del Consejo, por los efectos de la evasión y del fraude fiscal, singularmente en el ámbito de los impuestos directos y, más concretamente, en el ámbito del impuesto sobre sociedades.

Esta preocupación se plasma en la Resolución del Consejo de 10 de febrero de 1975, donde se insta a la Comisión para que tome las iniciativas pertinentes en orden a las medidas que deben adoptarse en la CE para luchar contra el fraude y la evasión internacionales, todo ello respetando un conjunto de coordenadas básicas, que buscaban sobre todo reprimir el fraude en el ámbito de la transferencia de beneficios entre grupos societarios.

Con las pautas suministradas por la Resolución citada, se aprobó la Directiva 77/799/CEE, de 19 de diciembre, relativa a la asistencia mutua de las autoridades competentes de los estados miembros en el ámbito de los impuestos directos (137).

Sin perjuicio de que, más adelante, desarrollemos las líneas básicas de la citada directiva, conviene adelantar desde ahora un cierto escepticismo sobre la eficacia de la cooperación entre los estados miembros como medio para combatir el fraude y la evasión fiscales. Y ello, pese a que la Comisión, en su Comunicación al Consejo sobre medidas fiscales que deberá adoptar la Comunidad en relación con la liberalización de los movimientos de capitales, proponga modificar la Directiva de 1977 para suprimir las restricciones puramente administrativas y facilitar el intercambio de información en aquellos casos en los que las autoridades tributarias del estado de residencia del inversor puedan demostrar que hay motivos fundados para sospechar de la existencia de fraude fiscal (138).

El problema no radica en la modificación de la Directiva para suprimir trabas administrativas, sino que se refiere al objeto de los intercambios de información que se pretende articular. Dicho en otras palabras: no es un problema procedimental, sino sustantivo, que parte, además, de la propia filosofía con que la Comisión ha abordado las medidas para eliminar el fraude ligado a la libre circulación de capitales.

Como veíamos en su programa de 1987, y corrobora en su comunicación de 1989, la Comisión parece considerar que la asistencia mutua entre estados miembros, el establecimiento de deberes de información a los intermediarios financieros y la implantación de un sistema de retención en la fuente son medidas alternativas para prevenir la evasión fiscal, cuando, a nuestro juicio, deben ser medidas concurrentes, en cuanto la asistencia mutua entre estados sólo puede ser eficaz si existe en todos ellos una información que pueda ser intercambiada.

Dicho en otras palabras, mientras subsistan países comunitarios donde los intermediarios financieros están protegidos —también frente a las autoridades fiscales— por el secreto bancario, no tiene sentido proponer modificaciones procedimentales en la Directiva sobre asistencia mutua, ya que la eficacia y celeridad de la colaboración quedará empañada por la inexistencia de datos fiscalmente relevantes que puedan ser comunicados. En definitiva, la asistencia mutua estará, *ab initio,* condicionada no sólo por la inexistencia de un sistema común de retención, sino, sobre todo, por la inexistencia de datos con trascendencia tributaria en poder de las autoridades fiscales de algunos estados miembros (139).

Con este condicionante, abordaremos, de forma muy sucinta, el examen de la Directiva de 1977,

tratando de destacar sus aspectos más sobresalientes (140) y comenzando por la determinación de los impuestos a los que afecta el procedimiento de intercambio de información tributaria, que se efectúa, en la Directiva citada, con un doble criterio, en el que no juzgamos procedente entrar; simplemente diremos que, en nuestro sistema tributario, afecta al IRPF, al IS y al impuesto sobre el patrimonio (141).

El procedimiento regulado para plasmar la asistencia mutua entre los estados miembros es distinto en función de los tres supuestos de intercambio de información que la Directiva contempla:

- Intercambio de información previa solicitud, exigiéndose, para que aquélla sea suministrada, que el estado solicitante haya agotado, conforme a su ordenamiento interno, las fuentes habituales de información (art. 2.1 de la Directiva).

- Intercambio automático de información (art. 3 de la Directiva). Se trata de un supuesto conectado con el procedimiento de consulta previsto en el artículo 9 de la Directiva; las autoridades competentes de los estados miembros intercambiarán, «sin solicitud previa y de manera regular», información con trascendencia tributaria.

- Intercambio espontáneo de información, que se asemeja al anterior en cuanto se produce sin necesidad de previa solicitud, pero que se diferencia de aquél por cuanto sólo afecta a una serie de supuestos previstos en la Directiva (art. 4).

Mayor interés que el examen de los supuestos de intercambio de información tiene el estudio de las limitaciones a la utilización e intercambio de información tributaria entre los estados miembros, que es objeto de una pormenorizada regulación en los artículos 7 y 8 de la Directiva. A nuestros efectos, el principal límite es el que resulta de la necesidad de limitar la información a transmitir a la que pueda ser obtenida según la legislación interna del estado al que se solicita; porque, formulándolo en otros términos, de ello resulta que la Directiva no obliga a los estados miembros a investigar hechos o comunicar informaciones cuando su ordenamiento jurídico no les habilite para ello.

Aunque esta limitación sea lógica, en la práctica anula los posibles efectos positivos que pudiera tener la Directiva sobre asistencia mutua, especialmente en el caso de que la información se solicite a estados en cuyo ordenamiento interno esté vigente el secreto bancario y/o donde los intermediarios financieros no estén obligados a comunicar datos con trascendencia tributaria a las autoridades fiscales. Es esta objeción, de carácter sustantivo y no procedimental, la que sustenta nuestro escepticismo inicial sobre la idoneidad de la asistencia mutua entre los estados miembros como medio para atenuar o eliminar los riesgos de fraude y evasión fiscales ligados a la libre circulación de capitales.

4. Eliminación de las disposiciones tributarias internas que incentivan la inversión en títulos nacionales

La posibilidad de que los residentes comunitarios inviertan libremente sus capitales en cualquier estado miembro, la necesidad de evitar fenómenos de deslocalización del ahorro y otras razones de política económica, e incluso financiera (por ejemplo, financiación del déficit público), han llevado a algunos estados a establecer medidas tributarias que, bajo distintas modalidades, aparecen unidas por un denominador común, que no es otro sino el de incentivar la inversión en títulos nacionales.

Como hemos visto con anterioridad, la extensión a los capitales públicos de las disposiciones sobre libertad de movimientos puede no considerarse conforme con la estructura del artículo 67 del Tratado (142), pese a lo cual, la Comisión europea considera que estos incentivos fiscales a la inversión en títulos nacionales deben ser suprimidos, ya que podrían ser considerados como discriminatorios, amén de provocar distorsiones en la libre circulación de capitales (143).

Aunque la diversidad de incentivos en los distintos estados miembros impide efectuar su examen casuístico (144), sí podemos señalar una doble vía a través de la cual lograr el objetivo señalado: por una parte, estableciendo beneficios fiscales a la inversión, condicionados a que ésta se lleve a cabo en títulos nacionales (145); por otra parte, y sería el otro lado de la moneda, restringiendo o anulando esos mismos beneficios cuando la inversión sea canalizada hacia títulos extranjeros.

Frente a ello, no suele ser frecuente el establecimiento de incentivos en función de la condición fiscal del inversor —dentro de la dicotomía entre residentes y no residentes—, como consecuencia de que el objetivo básico es fomentar la inversión en títulos nacionales, prescindiendo de la residencia del inversor; ello no obsta para que, en algunos países, y dadas las peculiaridades del régimen de tributación de los no residentes, éstos puedan ver restringida o eliminada la posibilidad de acogerse a beneficios fiscales ligados a la inversión en títulos nacionales.

La necesidad de eliminar estos incentivos, en cuanto provocan distorsiones a la libre circulación de capitales y, sobre todo, podrían dar lugar a las discriminaciones prohibidas por el artículo 67 del Tratado, es señalada por la Comisión, que, sin embargo, no anuncia ninguna medida comunitaria inmediata, sino que propone entablar discusiones con los estados miembros afectados para suprimir progresivamente toda distorsión o discriminación, apuntando, sin embargo, una doble alternativa de solución: supresión de los beneficios fiscales incentivadores de la inversión nacional o, en su defecto, extensión de dichos beneficios a los títulos-valores de todos los estados miembros de la CE (146).

En definitiva, los estados miembros que opten por la segunda solución deberían introducir, dentro de las condiciones que debe cumplir la inversión para que origine el derecho a disfrutar del beneficio fiscal en cuestión, el concepto de *inversión comunitaria,* de tal manera que la colocación de capitales en títulos-valores de cualquier estado o empresa comunitarios permitieran acogerse al citado beneficio.

Sorprende, sin embargo, que la Comisión no haya invocado la existencia de una propuesta de directiva, de 21 de diciembre de 1979 (147), sobre armonización de las disposiciones relativas a la imposición sobre la renta en relación con la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad, cuyo artículo 9 preveía la existencia de un régimen común para ciertos beneficios tributarios, disponiendo que cuando un estado miembro tuviera establecidas en su legislación interna deducciones en la base imponible o bonificaciones en la cuota del impuesto sobre la renta determinadas en función de los pagos efectuados por una persona a una sociedad aseguradora, a un banco, a un fondo de pensiones, a una sociedad de crédito a la construcción, etc., no podría dejar de reconocérselos al sujeto pasivo por el hecho de que el perceptor de los pagos residiera o estuviese establecido en un estado miembro distinto del de la residencia de dicho sujeto pasivo.

Quizás una de las razones por las que la Comisión no se refiere, en su programa, a esta propuesta de directiva radique en las dudas que han surgido acerca del ámbito de aplicación de ésta, ya que su función primordial es la de establecer criterios homogéneos para la tributación personal de los trabajadores fronterizos, con lo que habría que discernir si la norma contenida en el artículo 9 es aplicable a cualquier residente comunitario o únicamente a quienes reúnen las notas características del concepto de trabajador fronterizo. Pese a la ambigua redacción del precepto citado, nos inclinamos por considerar que la norma sería —caso de aprobarse la propuesta— aplicable a todos los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta que sean residentes comunitarios, solución que puede, además, inferirse en la exposición de motivos de la propuesta en cuestión.

Prescindiendo de las dudas relativas al ámbito de aplicación de la propuesta de 1979, la omisión de ésta en el documento de la Comisión de 1987 puede también encontrar justificación en el hecho de que aquélla juzga conveniente —como señala explícitamente— entablar conversaciones con los estados miembros afectados para suprimir y/o extender a todos los títulos-valores comunitarios los beneficios fiscales que, en los momentos actuales, sirven para incentivar la inversión nacional, en vez de recurrir a la aprobación de directivas.

Sea por una vía o por otra, resulta clara la necesidad de suprimir (148) estos beneficios fiscales incentivadores de la inversión nacional, en cuanto distorsionan o falsean las condiciones exigidas para la libre circulación de capitales por un mercado único europeo.

5. Supresión de las restricciones relativas a las inversiones relacionadas con los fondos de pensiones

La última consideración efectuada por la Comisión, en su presentación de las propuestas de directivas de 1987, hace referencia a la necesaria supresión de las restricciones a las que, en algunos estados miembros, se encuentran sometidas las inversiones de los fondos de pensiones.

Evidentemente, los fondos de pensiones constituyen, en algunos países, un agente inversor de primera magnitud, recogiendo y canalizando una parte importante del ahorro de los particulares y de las empresas, lo que explica el interés de la Comisión en suprimir parcialmente aquellas normas que, disfrazadas bajo el manto de la tutela y de la seguridad de los fondos, o como contrapartida por la concesión de beneficios fiscales tanto al propio fondo como a sus partícipes, buscan canalizar los capitales de estos fondos hacia la inversión nacional (149).

No obstante, la especificidad de los fondos de pensiones, que deriva del papel social que juegan, hace que sea éste un campo en el que no se pueda propugnar, sin más, la supresión de todas las medidas de control administrativo y financiero a que se hallan sujetos, en cada ordenamiento, dichos

fondos. De ahí que, fundamentalmente por razones de política social, se considere compatible la libre circulación de capitales con la existencia de normas internas que controlen o canalicen una parte de la inversión de los fondos de pensiones (150). El problema, por lo tanto, estriba en precisar cuál debe ser el alcance y la extensión de estas normas internas para que puedan ser consideradas compatibles con la libre circulación de capitales, sobre todo teniendo en cuenta que la Comisión considera que, en muchos estados, las restricciones impuestas a la inversión de los fondos de pensiones son excesivas y sobrepasan, con mucho, la finalidad de control y de seguridad financiera que podría justificarlas (151).

Al igual que en el caso de los beneficios fiscales incentivadores de la inversión en títulos nacionales, la Comisión es prudente en este ámbito, y únicamente propone iniciar las discusiones con los estados miembros afectados a fin de pactar una eliminación progresiva de las restricciones a las inversiones que pueden realizar estos agentes económico-sociales.

No obstante, las restricciones nacionales a las inversiones efectuadas por los fondos de pensiones presentan una pluralidad de aspectos, algunos de los cuales no son estrictamente fiscales, sino financieros, en el sentido económico de esta expresión. Así, el hecho de que los fondos de pensiones de algunos estados miembros no puedan invertir en títulos-valores extranjeros puede constituir un obstáculo financiero a la libre circulación de capitales, pero no tiene por qué suponer un obstáculo de naturaleza tributaria; ello únicamente sucederá si el incumplimiento de esa restricción administrativo-financiera tiene alguna consecuencia de cara al régimen tributario especial a que están sometidos, en todos los estados miembros, los fondos de pensiones o, dicho en otras palabras, si los beneficios fiscales de que gozan se supeditan al cumplimiento de las disposiciones que, sobre el destino de sus inversiones, se contienen en el ordenamiento interno.

De acuerdo con esta delimitación y con el objeto de nuestro estudio, únicamente cabe detenerse en el examen de estas consecuencias tributarias, directas o indirectas, poniendo el énfasis, lógicamente, en nuestro ordenamiento jurídico, y diferenciando entre los aspectos fiscales del fondo de pensiones y los aspectos tributarios de los partícipes del mismo, con el objetivo fundamental de comprobar si esos aspectos, por sí solos o en conjunción con las restricciones a la inversión, pueden ser considerados como un obstáculo a la libre circulación de capitales.

Comenzando por los aspectos tributarios de los partícipes de los fondos de pensiones, los beneficios fiscales de que gozan —deducción de sus aportaciones en la base imponible, con un determinado límite, y deducción en la cuota del exceso de aportación no deducido de la base imponible; cfr. artículo 27 de la Ley 8/1987, de 8 de junio (152)— aparecen implícitamente supeditados a que las aportaciones se realicen en favor de fondos de pensiones constituidos en España, con lo que, *sensu contrario,* no se admitirían las citadas deducciones en el caso de que un residente en España (y, en consecuencia, sujeto por obligación personal) fuera partícipe de un fondo constituido en otro estado comunitario; lo cual, propiamente, no supondría un obstáculo a las inversiones del fondo, sino una medida protectora de la inversión nacional, en el sentido que, para la Comisión, tiene esta expresión, y al cual nos hemos referido con anterioridad.

Hubiera sido, por lo tanto, perfectamente coherente haber estudiado en ese momento los beneficios fiscales ligados a la participación en un fondo de pensiones español, pero hemos juzgado procedente efectuarlo en este momento para no quebrar el hilo argumental expuesto por la Comisión.

En todo caso, consideramos que esta restricción contravendría, indirectamente, la libre circulación de capitales, y, por lo tanto, a medida que se avance en la supresión de obstáculos similiares que existen en otros países, debería posibilitarse el disfrute de los mencionados beneficios fiscales con independencia del estado comunitario donde esté constituido el fondo de pensiones (153).

Por su parte, los beneficios fiscales del fondo se concretan en su sujeción a un tipo cero en el IS, teniendo, en consecuencia, derecho a la devolución de las retenciones que les sean practicadas sobre los rendimientos del capital mobiliario (art. 30 de la Ley 8/1987); estos beneficios fiscales únicamente son aplicables a los fondos constituidos e inscritos según lo previsto en la ley española y, en consecuencia, no están supeditados al cumplimiento de los requisitos que, sobre destino de las inversiones de los fondos de pensiones, se contemplan en nuestro ordenamiento.

Por lo tanto, los fondos que incumplan las normas sobre inversiones no serían sancionados con la pérdida del régimen tributario especial para ellos diseñado, por lo que, a nuestro juicio, no existen restricciones tributarias a la inversión de los fondos de pensiones, sin perjuicio de la existencia de restricciones financieras, en la línea denunciada por la Comisión, en las que, como dijimos anteriormente, no vamos a entrar.

6. El proceso de armonización de los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales: examen de las directivas comunitarias y de las propuestas de supresión de los impuestos que recaen sobre la transmisión de títulos-valores

Los impuestos susceptibles de modificar, distorsionar u obstaculizar la libre circulación de capitales no son únicamente los impuestos directos —aunque sean los que tienen mayor trascendencia—, sino también, como dijimos en la introducción de este capítulo, determinados impuestos indirectos, y en concreto aquellos que gravan la concentración o aportación de capitales o aquellos que recaen sobre la transmisión o negociación de títulos u otras formas de documentación de las inversiones (154).

Como vimos, la Comisión, en su presentación a las propuestas de 1987, no hacía ninguna referencia a los impuestos indirectos porque, en un sector de éstos, la armonización efectiva comenzó en 1969, no existiendo, actualmente, más que pequeñas divergencias que en modo alguno tienen una influencia decisiva en la libre circulación de capitales.

En consecuencia, expondremos, brevemente, cuáles han sido los trabajos llevados a cabo por la CE en este sector de la tributación, explicitando las líneas maestras de las directivas de armonización fiscal.

Ya en 1962, el Informe Neumark optaba por destacar el papel fundamental y prioritario que debía darse a la liberalización de los movimientos de capitales, y propugnaba que sólo cuando ésta se verificase en forma efectiva debería procederse a la supresión de aquellos impuestos sobre los movimientos de capitales que fueran susceptibles de originar distorsiones intracomunitarias (155).

Sobre la base de estos postulados, la Comisión presentó, en 1964, su proposición de directiva relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, que recibió la aprobación del Consejo, transformándose en la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio, cuyo texto básico ha sufrido ulteriores modificaciones puntuales (156).

La Directiva de 1969 es aplicable a los derechos de aportación a las sociedades de capital —como veremos ulteriormente, dichos derechos se corresponden con nuestro vigente impuesto sobre operaciones societarias— y a los impuestos que gravan los títulos representativos del capital, propugnando, básicamente, dos medidas: la armonización de los derechos de aportación y la supresión de los derechos de timbre y otros impuestos de similares características, en cuanto su mantenimiento es incompatible con la libre circulación de capitales (157).

La armonización de los derechos de aportación afecta a la totalidad de la estructura del impuesto, ya que la Directiva regula en su articulado el hecho imponible, las exenciones, la base imponible y el tipo de gravamen, puesto que se consideró necesario que, si el impuesto se mantenía, fuera armonizado en su totalidad (158).

Las características más sobresalientes de la armonización de los derechos de aportación, según se desprende de la Directiva de 1969, pueden sintetizarse del siguiente modo (159):

- La delimitación del hecho imponible se efectúa mediante la diferenciación entre operaciones societarias imperativamente sujetas, operaciones societarias potestativamente sujetas y, por último, operaciones societarias no sujetas.

En el primer grupo se encuadrarían: la constitución de una sociedad de capital (160); la transformación en sociedad de capital de una sociedad, asociación o persona jurídica que no lo sea; el aumento de capital social mediante la aportación de cualquier clase de bienes; el incremento de patrimonio societario mediante la aportación de bienes de cualquier clase, cuando la aportación se efectúa como contrapartida de derechos que, sin ser acciones, son de idéntica naturaleza a los ostentados por los socios (voto, participación en beneficios, etc.); el traslado desde un tercer país a un estado miembro de la sede de dirección efectiva de la sociedad o del domicilio social y el traslado de un estado miembro a otro estado miembro de la sede de dirección efectiva o del domicilio social.

Las operaciones societarias potestativamente sujetas (161) son las siguientes: la capitalización de beneficios o reservas, sean permanentes o provisionales; el incremento de patrimonio social como consecuencia de prestaciones efectuadas por un socio que, sin suponer aumento de capital social, supongan una modificación de los derechos sociales o aumenten el valor de las participaciones societarias; los préstamos realizados a la sociedad por una persona, que no sea socio, a quien se otorgue derecho a participar en los beneficios (162), o por un socio o familiar del mismo o por un tercero, siempre que esté garantizado por un socio, y con la condición de que, en estos dos últimos supuestos, el préstamo cumpla la misma función que un aumento de capital social.

Por último, las operaciones no sujetas son: el traslado de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de la sociedad de uno a otro estado miembro, siempre que en ambos tenga la condición de sociedad de capital; la transformación de una sociedad de capital en otra de la misma clase, pero de diferente tipo; el cambio de objeto social o la prórroga del plazo de duración de la sociedad, así como cualquier otra modificación de la escritura de constitución o de los estatutos sociales (163).

- La determinación del lugar de realización del hecho imponible es básica, ya que uno de los objetivos de la Directiva es evitar situaciones de doble imposición intracomunitaria que distorsione la circulación de capitales o, más exactamente, la aportación de capitales a entidades societarias.

Como regla general, las operaciones societarias sujetas tributarán en el estado miembro donde tenga su sede de dirección efectiva la sociedad en el momento del devengo; existen también dos reglas especiales: en primer lugar, cuando la sede de dirección efectiva se encuentre en un tercer país y el domicilio social en un estado miembro, las operaciones societarias sujetas se entienden realizadas en este último y, en segundo lugar, si tanto la sede de dirección efectiva como el domicilio social se encuentran en un tercer país, pero existe una sucursal en un estado miembro, éste podrá someter a tributación las aportaciones de capital realizadas por la sociedad no residente a su sucursal.

- Las reglas de fijación de la base imponible son un tanto complejas, ya que ésta se determina en función de la clase de operación societaria sujeta a gravamen. No obstante, existe una tendencia en la Directiva a cuantificar la base imponible en relación con el valor real de los bienes y derechos aportados, o que pertenezcan a la sociedad en el momento del traslado, sin que sea posible acudir al valor contable (164).

De forma muy sucinta, los criterios propugnados son los siguientes: en los supuestos de constitución, aumento de capital o incremento de patrimonio de una sociedad, la base está constituida por el valor real de los bienes aportados o que deben aportarse por los socios, previa deducción de las obligaciones asumidas y de los gastos soportados por la sociedad como consecuencia de la aportación (165); en las operaciones de transformación y traslado de la sede de dirección efectiva o del domicilio social, la base está integrada por el valor real de los bienes que pertenezcan a la sociedad en el momento de la transformación o del traslado, también previa deducción de las obligaciones y de las cargas que pesen sobre ella en ese momento (166); por último, en las operaciones de aumento de capital por capitalización de beneficios o de reservas, la base imponible está constituida por el importe nominal del aumento (167).

- La determinación del tipo de gravamen ha sido uno de los aspectos del impuesto que más variaciones ha experimentado desde la aprobación de la Directiva en 1969; en los momentos actuales, sigue vigente el tipo previsto en la Directiva de 1985, que es del 1 por 100.

El otro gran sector de la imposición indirecta afectado por la liberalización de los movimientos de capitales es el que tiene por objeto el gravamen de las transacciones de títulos-valores, donde las tesis del Informe Neumark se inclinaban por su supresión. La Comisión europea acogió parcialmente esta idea y, considerando que la supresión debía ser un objetivo final, pero que necesidades presupuestarias de los estados miembros imponían, a corto plazo, su pervivencia, presentó su propuesta de directiva de 2 de abril de 1976 (168); el Consejo europeo optó, en 1984, por congelar el examen de dichas propuestas, sugiriendo que su estudio se pospusiera al momento en que se produjera una ampliación en la liberalización de los movimientos de capitales (169).

La aprobación de la Directiva de 17 de noviembre de 1986, dictada para desarrollar el artículo 67 del Tratado de Roma, determinó que la Comisión, entendiendo que había desaparecido el obstáculo fundamental aducido por el Consejo, y estimando que había llegado ya el momento de suprimir los impuestos indirectos sobre las transacciones de títulos, presentara, el 9 de abril de 1987 (170), una modificación a su propuesta inicial de 1976.

Según la propuesta modificada de 1987, los estados miembros deberían suprimir los impuestos que gravan las transacciones de títulos antes del 1 de enero de 1990, teniendo en cuenta que dicha supresión no afectaría al derecho de aportación (impuesto sobre operaciones societarias), al IVA que grava la transmisión de participaciones que aseguren la propiedad o el disfrute de un bien inmueble, ni a los impuestos sobre transmisiones de inmuebles cuando, como consecuencia de las transacciones de títulos de sociedades cuyo patrimonio esté constituido total o parcialmente por inmuebles, el adquirente obtenga una posición que le permita ejercer el control de la entidad societaria.

Las posibilidades de que el Consejo apruebe la propuesta modificada en 1987 son tan escasas que la Comisión ya se ha planteado retomar el primitivo texto de 1976 (171) y efectuar algunas modificaciones, abandonando provisionalmente el

objetivo de la supresión de los impuestos afectados y optando por una congelación de los tipos de gravamen existentes actualmente en los estados miembros, y por un perfeccionamiento de los mecanismos para evitar la doble imposición intracomunitaria en las transacciones de títulos-valores.

VI. EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL Y LA LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES

1. Introducción

Una vez estudiados los trabajos comunitarios tendentes a eliminar los obstáculos fiscales a la libre circulación de capitales, debemos afrontar, en esta última parte de nuestra exposición, las consecuencias que de ellos pueden extraerse para el análisis de nuestro sistema tributario, con miras a determinar en qué medida éste se encuentra preparado para afrontar los retos derivados de la movilidad de los capitales y de las inversiones previstas para 1993.

Desde una perspectiva formal, nuestra misión en este punto sería la de contrastar los trabajos comunitarios con la realidad del ordenamiento español, para tratar de determinar los aspectos que deberían ser modificados. Sin embargo, limitarnos a realizar este contraste resultaría relativamente inútil, al menos en el marco de la imposición directa ligada a la libre circulación de capitales, dada la escasa trascendencia de las directivas aprobadas y las escasas perspectivas de éxito que, por una u otra causa, parecen tener las propuestas de la Comisión pendientes de aprobación.

El fracaso relativo del proceso de armonización de la imposición directa determina que España no tenga, jurídicamente, que adecuar determinados aspectos de dicha imposición a ninguna norma comunitaria. Ahora bien, cuestión distinta es que el contenido de las propuestas pueda servir como orientación sobre las tendencias comunitarias y sobre las consecuencias que esas tendencias han de tener para el sistema tributario español (172).

En este sector de la tributación, juzgamos por ello más útil exponer las líneas maestras del régimen fiscal asociado a los movimientos de capitales, para tratar de discernir su adecuación a las exigencias comunitarias y, en concreto, para determinar en qué medida las consecuencias fiscales de la libre circulación de capitales, señaladas básicamente por la Comisión europea, se van a producir en nuestro país. Porque algunas de esas previsibles consecuencias, tales como la deslocalización fiscal del ahorro, la evasión fiscal, las medidas proteccionistas de la inversión nacional, o las distorsiones que en la inversión pueden producirse por razones tributarias, son de indudable interés y deben ser consideradas desde la perspectiva de nuestro sistema de imposición directa.

Por razones sistemáticas, estimamos necesario diferenciar el régimen de residentes y el régimen de no residentes; en el caso de éstos, y por razones obvias, dedicaremos una especial atención a los residentes en otros estados comunitarios. De este modo, al margen de poner de manifiesto las restricciones y discriminaciones existentes en nuestro ordenamiento tributario a la libertad de movimientos de capitales, podremos también, en la medida de nuestras posibilidades y sin pretensión alguna de exhaustividad, efectuar un primer diagnóstico —siquiera por aproximación— respecto de si el sistema tributario español puede considerarse, o no, atractivo para las inversiones efectuadas en nuestro país por los residentes —es decir, si tenemos un sistema fiscal competitivo que aleje de nuestros residentes la tentación de colocar sus inversiones fuera de nuestro país— y, a la inversa, determinar su grado de competitividad para atraer la inversión de los no residentes que, sin embargo, lo sean de algún otro estado comunitario (173).

Consideramos también necesario estudiar, de forma diferenciada, los aspectos tributarios de los movimientos de capitales efectuados por personas físicas y por personas jurídicas, como consecuencia de las desconexiones que todavía persisten entre el IRPF y el IS en aspectos claves de la estructura de ambos tributos, como pueden ser los criterios de sujeción, las reglas de fijación de la base imponible, los tipos de gravamen, etcétera.

Desde el punto de vista de las personas físicas, nos concentraremos, por razones obvias, en el análisis de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, en cuanto pretende constituir la respuesta —aunque ésta no sea su única función— del legislador español a los retos de la libre circulación de capitales; en el caso de las personas jurídicas, nos limitaremos, por contra, sobre la base de la vigente Ley de 1978 —con las modificaciones introducidas por la Ley 18/1991—, a señalar las divergencias más importantes que existen respecto a las personas físicas, a la espera de la anunciada reforma del IS, cuyo proyecto de ley deberá ser remitido por el gobierno a las Cortes antes de finalizar el ejercicio de 1992, conforme señala la disposición adicional vigésima de la Ley 18/1991. Naturalmente, teniendo en cuenta en ambos casos los matices

derivados de la existencia de convenios de doble imposición suscritos entre España y la mayor parte de los países miembros de la CE (174), que pueden hacer variar en algún punto el régimen que vamos a exponer.

Distinta es la cuestión en el marco de la imposición indirecta ligada a la libre circulación de capitales o, al menos, en el caso de los impuestos que gravan la concentración de capitales, donde sí existe jurídicamente una obligación de armonización que, como dijimos en su momento, afecta básicamente al impuesto sobre operaciones societarias.

Por ello, en este caso, nuestra tarea de contraste entre la legislación española y las directivas comunitarias estará plenamente justificada y, sobre esta base, trataremos de determinar las divergencias y problemas de armonización todavía pendientes de solución, pese a la recentísima modificación introducida en aquel tributo por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, sobre adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas.

2. Aspectos tributarios de los movimientos de capitales en España efectuados por no residentes, con especial referencia al régimen de los residentes en otros estados comunitarios

En la línea de los propósitos que acabamos de enunciar, en este apartado de nuestro trabajo trataremos, básicamente, de determinar el régimen tributario a que se hallan sometidas en España las inversiones liberalizadas a la luz de lo dispuesto en la Directiva 88/361/CEE, cuando son efectuadas por una persona que, no teniendo la consideración de residente en nuestro país, tiene, sin embargo, su residencia a efectos fiscales en otro estado comunitario.

Y lo primero que interesa destacar es que la noción de residencia empleada en la citada directiva, que se remite a la legislación de control de cambios vigentes en cada estado miembro, no tiene por qué coincidir, al menos en términos teóricos, con la empleada por los artículos 12 de la Ley 18/1991, del IRPF, y 9 de la Ley 61/1978, del IS. Porque, según vimos en su momento, la citada normativa de control de cambios maneja una noción de residencia bastante imprecisa, que no tiene por qué coincidir con la que se utiliza en la legislación tributaria que consideramos, con lo que pueden producirse distorsiones que determinen, por ejemplo, que un residente, desde el punto de vista fiscal, no lo sea desde la perspectiva del control de cambios y, a la inversa, que un no residente, desde el punto de vista fiscal, lo sea desde la perspectiva del control de cambios (175).

Prescindiendo de mayores consideraciones a ese respecto, pero continuando con un orden similar de cuestiones, conviene advertir que el criterio de sujeción de los no residentes en nuestro ordenamiento jurídico se fundamenta en la territorialidad entendida en sentido objetivo; es decir, en un criterio basado en el origen de las rentas que determina que el régimen de obligación real de contribuir sea aplicable a las personas que, no residiendo en territorio español, obtienen en él rendimientos o incrementos de patrimonio.

Elegido este criterio de sujeción, habrá que determinar posteriormente las *reglas de origen* (176); es decir, el conjunto de criterios que permiten establecer cuándo un rendimiento o un incremento de patrimonio se entiende obtenido en España. Pues bien, a ese respecto, ha de destacarse que la nueva Ley del IRPF sigue considerando «obtenida en España cualquier renta satisfecha por un residente en España, con independencia de que dicha renta no tenga conexión económica alguna con nuestro país» (177).

Conviene destacarlo porque los resultados a que conduce esta *regla de origen* son exorbitantes, en cuanto provocan una extraterritorialidad de nuestro sistema tributario, generadora de conflictos, alejada de las modernas tendencias de la fiscalidad y, en ocasiones, perfectamente inútil para la Hacienda Española, que se ve impotente para conocer operaciones teóricamente sujetas a tributación en nuestro país y realizadas entre no residentes (178).

La extraordinaria amplitud de la *regla de origen* señalada, que rige también en el IS como consecuencia de la nueva redacción dada al artículo 4 de su Ley reguladora por la disposición adicional quinta de la Ley 19/1991, daría lugar a resultados tan extravagantes como la sujeción de todos los rendimientos pagados por residentes en España a residentes en el extranjero, con independencia del concepto en que se realizara el pago (compra de un periódico, de los servicios de un taxista, etc.). Por ello, no puede extrañar que dicha regla haya quedado parcialmente restringida —aunque de forma diferenciada en el IRPF y en el IS (179), lo que no resulta fácilmente comprensible— mediante el establecimiento de exenciones (180), algunas de las cuales afectan específicamente a determinadas personas físicas que tengan su residencia habitual en otros estados miembros de la CE (181).

En efecto, el artículo 17.Uno de la Ley del IRPF establece la exención de los intereses (182) e incrementos de patrimonio (183) derivados de inversiones mobiliarias efectuadas por residentes comunitarios, siempre que no operen en nuestro país a través de establecimiento permanente (184), exención aplicable en los mismos términos, y con las mismas condiciones, a las personas jurídicas o entidades no residentes sometidas al IS (185).

No obstante, esta exención —claramente orientada a fomentar las inversiones comunitarias en nuestro país— se halla sometida en el IRPF y en el IS a dos limitaciones: en primer lugar, no afecta a los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión de acciones u otros derechos en una sociedad o entidad cuando el principal activo de la misma consista, directa o indirectamente, en bienes inmuebles radicados en España o cuando, en el año precedente a la enajenación de los derechos, el sujeto pasivo o personas vinculadas a él por parentesco hayan participado en, al menos, el 25 por 100 del capital o patrimonio de la sociedad o entidad; en segundo lugar, la exención aplicable a los residentes comunitarios, personas físicas o jurídicas, tampoco es aplicable a los intereses e incrementos de patrimonio, y singularmente a los derivados de la deuda pública, obtenidos a través de países o territorios que, reglamentariamente, tengan la condición de paraísos fiscales (186).

El atractivo régimen tributario diseñado por la nueva Ley del IRPF para los residentes comunitarios que, sin mediación de establecimiento permanente, efectúen inversiones mobiliarias en España varía radicalmente en el caso de las inversiones en bienes inmuebles. Estas inversiones generan, en un primer momento, rendimientos del capital inmobiliario y, en caso de transmisión del bien inmueble, pueden dar origen al cómputo de incrementos o disminuciones patrimoniales.

Pues bien, mientras que los rendimientos derivados de inversiones inmobiliarias efectuados por no residentes —sin que aquí sea posible efectuar ninguna distinción en función del domicilio del sujeto pasivo en otro estado de la CE— están sometidos a un régimen más gravoso que el establecido para los sujetos pasivos por obligación personal, los incrementos de patrimonio tienen un régimen especial que, además de ser igualmente más gravoso, puede provocar múltiples conflictos para este tipo de sujetos.

Los rendimientos de los bienes inmuebles —cuya fijación variará según que dicho bien esté o no arrendado por el no residente— se determinan conforme a las reglas establecidas en el artículo 34, y se les aplicará el tipo de gravamen del 25 por 100 (cfr. arts. 18.4 y 19.1 de la Ley del IRPF).

A nuestro juicio, la nueva Ley del IRPF despeja la duda existente respecto de si los no residentes tienen la posibilidad de deducir los gastos previstos en el artículo 35 o si, por el contrario, el legislador pretende que queden gravados por los rendimientos íntegros del capital inmobiliario (187). En efecto, pensamos que los no residentes no tienen derecho, cuando calculan los rendimientos del capital derivados de sus inversiones inmobiliarias en España, a deducir los gastos previstos en el artículo 35 de la Ley del IRPF, interpretación que, además, viene confirmada por lo dispuesto en el artículo 18.Uno de la propia Ley del IRPF (188) y corroborada por el artículo 71 de su Reglamento.

Por su parte, los incrementos y disminuciones patrimoniales derivados de inversiones inmobiliarias efectuadas en España por no residentes que actúen sin establecimiento permanente estarán sometidos a un régimen tributario que consideramos especialmente desfavorable y potencialmente generador de conflictos.

En primer lugar, porque el concepto de disminución patrimonial no existe o, para ser más exactos, carece de relevancia en el régimen de tributación en el IRPF de esta categoría de no residentes, puesto que, como consecuencia del carácter real e instantáneo del impuesto, dicha disminución no puede ser compensada con ningún otro tipo de rendimiento ni tampoco con los incrementos de patrimonio; incrementos que, además, están sometidos a un tipo de gravamen del 35 por 100 (189).

En segundo lugar, los conflictos van a surgir como consecuencia de la garantía establecida en el artículo 19.1.*b)* de la Ley del IRPF, en cuya virtud, en las transmisiones de bienes inmuebles efectuadas por no residentes que actúen en nuestro país sin establecimiento permanente, el adquirente estará obligado a retener e ingresar el 10 por 100 del precio acordado en concepto de pago a cuenta (190).

Porque la retención prevista en dicho precepto es, a nuestro juicio, perturbadora, entre otros por los siguientes motivos:

- De un lado, la base de la retención viene constituida por el precio de la transmisión, que no tiene por qué guardar relación directa con el importe del incremento sometido a gravamen en el IRPF, con lo que puede ocurrir, con cierta frecuencia, que la retención supere la cuota a pagar por el no residente; esta situación, amén de provocar devoluciones que pueden dilatarse en el tiempo, supone que el

no residente va a ver inmovilizado una parte del precio de la transmisión a través de medidas que equivalen, en la práctica, a un límite a la posibilidad de repatriación de sus capitales, y que, además, van a provocar una pérdida de la rentabilidad de su inversión (191).

De algún modo, ese efecto podría considerarse contrario a las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de capitales, ya que dicha libertad comprende, como hemos visto, el conjunto de operaciones necesarias para efectuar los movimientos de capitales y, por tanto, la terminación y ejecución de las transacciones y la repatriación del producto de la liquidación (192). Sin embargo, en la medida en que ese efecto perverso del precepto considerado no deriva necesariamente de él, difícilmente podría progresar, siempre a nuestro entender, ningún tipo de actuación tendente a conseguir la declaración de su disconformidad con el derecho comunitario, salvo por la vía del planteamiento de supuestos concretos en los que ese resultado práctico de la norma sea claramente visible.

- De otro lado, la transmisión del bien inmueble puede generar una disminución de patrimonio; en cuyo caso, evidentemente, no debería existir ningún gravamen. No obstante lo cual, según la redacción del precepto que comentamos, el adquirente estaría obligado (193) a retener e ingresar el 10 por 100 del precio de la transmisión, que en modo alguno puede constituir un pago a cuenta, sino una pura garantía cuya devolución debería realizarse de forma inmediata (194), a fin de que el no residente pueda recibir, en un plazo de tiempo breve, la totalidad del precio de la transmisión (195).

Las consideraciones realizadas podrían trasladarse, sin necesidad de mayores matices, al ámbito del IS, en el que también está prevista la retención analizada tras la introducción de dos nuevos apartados en el artículo 23 de la Ley del IS por la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991 (196). No obstante, la crítica al tratamiento de las inversiones inmobiliarias realizadas por personas jurídicas, y por tanto sujetas al IS, debe ir más allá dada la previsión en este ámbito de un «impuesto especial sobre bienes inmuebles de no residentes» que no puede pasar sin comentario.

Porque el citado impuesto especial, establecido por la disposición adicional sexta de la Ley 18/1991 —por lo reducido de su ámbito de aplicación, y teniendo en cuenta las exenciones previstas en el apartado 4 de la citada disposición adicional—, parece dirigido a resolver supuestos muy concretos —los de las entidades constituidas en determinados paraísos fiscales para la realización de inversiones inmobiliarias en ciertas zonas del territorio español—, al tiempo que manifiesta una clara finalidad antielusoria (197).

Ello es patente si se analiza el supuesto de exención referido a «las entidades que acrediten suficientemente ante la Administración tributaria, por el procedimiento que reglamentariamente se establezca, el origen de los recursos invertidos en España y la personalidad de los titulares directos o indirectos del capital» (198), que supone el establecimiento de una forma de control que se nos antoja difícilmente compatible con el artículo 4 de la Directiva 88/361/CEE.

En efecto, el citado precepto autoriza a los estados miembros para adoptar las medidas de control necesarias para, entre otras cosas, evitar incumplimientos de la normativa fiscal interna. Pero, como hemos señalado en otro lugar de este trabajo, tales medidas han de ser «necesarias», condición que, según ha establecido el Tribunal de Justicia en su sentencia de 24 de junio de 1986, ya citada, corresponde valorar a los órganos jurisdiccionales de cada estado, que deberán verificar que la medida en cuestión es «imprescindible». Además, se debe señalar que tales medidas de control no pueden obstaculizar los movimientos de capitales, siendo, cuando menos, dudoso que el impuesto especial que nos ocupa no suponga una discriminación de determinadas inversiones inmobiliarias que produzca ese efecto obstaculizador, que debe ser evitado al adoptar medidas de control si se quiere respetar la Directiva.

Todo ello, sin siquiera valorar si la diferenciación entre las inversiones inmobiliarias realizadas por personas jurídicas residentes y no residentes en España es acorde con la libertad de movimientos de capitales, suscita dudas —a nuestro entender, más que razonables— respecto de la adecuación de la figura analizada a las exigencias del derecho comunitario en materia de libre circulación.

Pese a que el impuesto especial que hemos examinado afecta a todo tipo de personas jurídicas no residentes, actúen o no a través de establecimiento permanente, los problemas planteados, desde el punto de vista del IRPF y del IS, por los movimientos de capital realizados por no residentes que operan con establecimiento permanente, son parcialmente distintos de los hasta ahora examinados.

En primer lugar, por lo que se refiere al régimen establecido en el IRPF, debe destacarse que no existe ninguna exención para las inversiones mobiliarias e inmobiliarias que estos no residentes efec-

túen en España, y que además tributarán por la totalidad de la renta imputable al establecimiento permanente, con independencia de que se haya obtenido en nuestro país o en el extranjero (199).

Si bien la determinación de la renta se rige, en estos casos, por los mismos criterios establecidos para los sujetos pasivos por obligación personal y, con alguna limitación *(vid.* art. 20 de la Ley del IRPF), pueden acogerse a las mismas deducciones, existía, a nuestro juicio, un precepto en la nueva Ley que, además de ser dudosamente incentivador de las inversiones efectuadas por el establecimiento permanente, establecía un verdadero y propio impuesto a la salida de capitales (200), cuyo carácter discriminatorio y contrario al derecho comunitario era tan evidente que el legislador se ha visto obligado a modificar implícitamente la Ley del IRPF, aprovechando la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, sobre adecuación de determinados conceptos impositivos a la legislación de la CE.

Si bien, en puridad, nuestro trabajo se orienta a las consecuencias tributarias de la libre circulación de capitales, y el impuesto español a la salida de capitales no rige cuando la transferencia de rentas se produce desde establecimientos permanentes situados en nuestro país hacia entidades que tengan su residencia en otro estado miembro de la CE, creemos necesario hacer unas breves reflexiones sobre dicho tributo.

Reflexiones que, a nuestro juicio, son necesarias a la vista del curioso procedimiento seguido por nuestro legislador para anular una medida legislativa interna cuya entrada en vigor hubiese supuesto una flagrante vulneración de los principios básicos del derecho comunitario en materia de libre circulación de capitales (201).

En efecto, el artículo 19.2 de la Ley del IRPF, después de establecer que el tipo de gravamen será —para los sujetos pasivos no residentes que actúen en España a través de establecimiento permanente— del 35 por 100 (202), tanto para los rendimientos como para los incrementos de patrimonio, señala que, cuando las rentas obtenidas se transfieran al extranjero, se aplicará, adicionalmente, el tipo de 25 por 100 a la cantidad transferida.

Este precepto, además de elevar hasta límites insospechados el coste fiscal de la repatriación de los capitales invertidos en nuestro país, hubiera sido aplicable, con la redacción de la Ley del IRPF, y de no mediar la modificación de la Ley 29/1991 (203), a todos los sujetos pasivos no residentes que actúen en nuestro país a través de establecimiento permanente y, en consecuencia, en lo que a nosotros interesa, también a los residentes en otros estados miembros de la CE, los cuales, a nuestro juicio, hubiesen podido invocar la Directiva 88/361/CEE y el propio Tratado de Roma para oponerse a esta cuota tributaria adicional, que constituiría, en la práctica, un verdadero impuesto a la salida de capitales (204).

Las consideraciones anteriores son íntegramente trasladables al IS, dada la reforma que, en igual sentido, propiciaba la adición de un nuevo apartado 4 al artículo 23 de la Ley del IS, introducido por la Ley 18/1991, la cual, dentro de la tendencia a la equiparación del régimen tributario de los sujetos —personas físicas o jurídicas— que operan mediante establecimientos permanentes, extendía al ámbito de este tributo ese singular impuesto sobre las transferencias de capitales realizadas por no residentes que realizan su actividad a través de establecimientos permanentes (205).

En resumen, si quisiéramos efectuar una valoración general del nuevo régimen tributario en España de las inversiones de capitales efectuadas por residentes en otros estados comunitarios, podríamos destacar los siguientes extremos:

- Es atractivo para alguna de las inversiones mobiliarias efectuadas por residentes comunitarios que actúen en nuestro país sin mediación de establecimiento permanente, y ello no sólo por la existencia de exenciones y/o de normas de no sujeción espacial, sino también por la previsible falta de control por parte de la Administración tributaria española respecto de estas inversiones, lo que va a acrecentar las posibilidades de evasión en el país de residencia del inversor (206).

Sin embargo, esta previsible falta de control en alguna de las inversiones puede tener un coste indirecto para nuestra Hacienda en lo relativo a los mecanismos de asistencia mutua con otros países de la CE, países que van a exigir unas condiciones de reciprocidad que quizás España no pueda cumplir (207).

Por el contrario, es dudosamente incentivador de las inversiones inmobiliarias que puedan efectuar esta categoría de residentes comunitarios, no sólo por las rigideces existentes en la determinación de los rendimientos del capital inmobiliario, que se traducen en el gravamen de las rentas íntegras, sino, sobre todo, por el desafortunado régimen elegido para el gravamen de los incrementos patrimoniales derivados de inversiones inmobiliarias y el establecimiento de ese impuesto especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, sobre cuya efectividad pueden albergarse, a nuestro entender, dudas fundadas.

• Para los residentes en otros estados comunitarios que actúen en España a través de establecimiento permanente, la nueva Ley del IRPF, y la correspondiente modificación de la Ley del IS, hubieran supuesto, de no mediar la reforma introducida por el artículo 22 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, una importante penalización de sus inversiones en nuestro país —tanto mobiliarias como inmobiliarias—, pues aquellas disposiciones legales daban lugar a una doble tributación —impuesto sobre la renta e impuesto a las transferencias de capitales— que hubiera resultado difícilmente compatible con los más elementales principios de justicia tributaria y, lo que hubiese constituido una objeción de mayor importancia práctica, contraria a las exigencias de la libre circulación de capitales, del proyectado mercado único europeo y, muy previsiblemente, al propio Tratado de Roma.

Evidentemente, la situación de doble tributación se producirá, a partir del 1 de enero de 1992, para las personas físicas o jurídicas no residentes en ningún estado de la CE que actúen en nuestro país a través de un establecimiento permanente, al no serles de aplicación el artículo 22 de la Ley 29/1991, con lo que las inversiones extracomunitarias van a verse seriamente penalizadas en tanto subsista en nuestro sistema tributario esta desafortunada norma, que no por tener antecedentes en el derecho comparado resulta justificable. En cualquier caso, y como dijimos en su momento, el objeto específico de nuestro trabajo nos impide entrar en consideraciones adicionales sobre este punto, que no afecta a la libre circulación de capitales a la luz del derecho comunitario.

3. Aspectos tributarios de los movimientos de capitales efectuados por residentes en España

Como hemos señalado reiteradamente, la liberalización de los movimientos de capitales determina (208) que cualquier residente en España pueda invertir, sin más restricciones que las impuestas por las directivas comunitarias, sus capitales en los restantes estados miembros, no siendo posible que nuestro ordenamiento imponga o establezca trabas a esta posibilidad.

Dadas las necesidades de financiación de la economía española, unánimemente señaladas en todas las instancias, nuestro país no sólo debe afrontar la construcción de un sistema tributario atractivo para los capitales extranjeros, sino que, además, ha de evitar la deslocalización del ahorro nacional; es decir, debe incentivar la inversión de ese ahorro en España.

Evidentemente, en ausencia de armonización fiscal en el marco de la imposición directa, el logro de este último objetivo no depende sólo del legislador español, sino que también habrá que tener en cuenta las reformas adoptadas por los restantes estados miembros de la CE; pese a lo cual existen unos mínimos comunes denominadores de los sistemas tributarios con los que nuestro país, en aras a la consecución de ese propósito, debería lógicamente converger.

Dicho en forma gráfica, pero simple, la imposición directa española debe garantizar que la rentabilidad financiero-fiscal de las inversiones efectuadas en España por sus residentes sea, al menos, similar a la ofrecida en otros estados comunitarios, ya que de lo contrario los temores de una deslocalización fiscal del ahorro, en el contexto comunitario de 1993, pueden verse confirmados (209).

Sobre la base de estas consideraciones, examinaremos el régimen de tributación de las inversiones —mobiliarias e inmobiliarias— efectuadas por las personas físicas residentes en España, diferenciando, en cuanto sea posible, entre las inversiones realizadas en nuestro país y las realizadas en otros estados miembros de la CE; igualmente, habrá que tener en cuenta, al examinar estas últimas, las posibilidades de evasión o fraude fiscal, que en algún supuesto pueden ser importantes y que, evidentemente, también son un condicionante básico de las decisiones de los inversores.

Como es sobradamente conocido, los residentes en España tributan en nuestro país, tanto en el IRPF como en el IS, por la totalidad de los rendimientos e incrementos de patrimonio, con independencia del lugar donde se hayan obtenido y cualquiera que sea la residencia del pagador. De esta sujeción por la renta mundial se desprendería, teóricamente, que la presión tributaria española debería ser el dato básico para determinar la rentabilidad financiero-fiscal de todas las inversiones efectuadas por los residentes en nuestro país, cualquiera que fuese el país donde se materializasen.

Esta afirmación debe, no obstante, ser matizada en el caso de las inversiones exteriores, ya que, para determinar su rentabilidad, habrá que tener en cuenta ciertos aspectos del sistema tributario del país donde se localice la inversión, como, por ejemplo, la existencia y cuantía, en su caso, de la retención, la posibilidad de que existan impuestos liberatorios, así como la previsión de mecanismos para su recuperación en nuestro país por la vía de deducciones, etcétera.

Tanto las inversiones mobiliarias como las inmobiliarias pueden generar, al igual que veíamos cuando estudiábamos el régimen de los no residentes, rendimientos del capital y/o incrementos y disminuciones patrimoniales. La existencia, en las leyes del IRPF y del IS, de reglas diferenciadas para determinar la renta en uno y otro supuesto nos obliga a efectuar un tratamiento separado.

Los rendimientos de las inversiones inmobiliarias, a efectos del IRPF, pueden ser de dos tipos: los procedentes de la cesión del aprovechamiento del bien inmueble —básicamente, los cánones arrendaticios— y los rendimientos imputados de los bienes inmuebles urbanos cuyo aprovechamiento no se encuentre cedido. Si bien puede criticarse el mantenimiento de los rendimientos imputados —en especial tras el establecimiento, con limitaciones, de una deducción por los alquileres—, hay que señalar que esta clase de renta está sujeta a gravamen en la mayoría de los sistemas tributarios de los estados miembros de la CE (210).

Dada la amplitud con que está redactado el artículo 34 de la Ley del IRPF, el rendimiento de bienes inmuebles urbanos se imputa con independencia de que éstos se encuentren en España o en otro estado, si bien resulta evidente que las inversiones inmobiliarias en el extranjero tienen —dependiendo del país donde se realicen y de la forma jurídica en que se materialicen— más posibilidades de escapar al control de la Hacienda Española.

Por su parte, los gastos deducibles son, igualmente, homologables con los que tienen esa consideración en otros estados miembros de la CE, pese a la existencia de algunas restricciones cuantitativas.

Mención aparte merece el tratamiento de las inversiones para la adquisición de vivienda habitual, que son incentivadas por el legislador español a través de dos vías: en primer lugar, permitiendo la deducción —hasta un máximo de 800.000 pesetas— de los intereses de los capitales ajenos invertidos en la citada adquisición; en segundo lugar, estableciendo una deducción en la cuota del 15 por 100 de las cantidades invertidas en la adquisición de la vivienda habitual del sujeto pasivo (211).

Dado el criterio de sujeción elegido por los contribuyentes en régimen de obligación personal de contribuir, es evidente que los beneficios ligados a la adquisición de vivienda habitual sólo serán aplicables cuando esa vivienda esté situada en nuestro país, pero ello no constituye un obstáculo a la libre circulación de capitales ni un incentivo a la inversión nacional, en el sentido que tienen estos conceptos para la Comisión europea.

En resumen, no creemos que la fiscalidad tenga una influencia crucial en las decisiones relativas a las inversiones inmobiliarias efectuadas por los residentes en España, sobre todo teniendo en cuenta la existencia de otros condicionantes, de igual o mayor importancia, en estas decisiones de inversión (212).

Por su parte, la tributación de las inversiones mobiliarias ha sufrido una importante modificación con la nueva Ley del IRPF, siempre con el anunciado propósito de afrontar el reto que para España va a suponer la liberalización de los movimientos de capitales.

No obstante, esta modificación en la tributación de los rendimientos del capital mobiliario puede resultar, en algún caso, contradictoria con el propósito antedicho, y así, por ejemplo, puede considerarse incoherente establecer, por una parte, planes de ahorro popular y, por otra, suprimir, como gasto deducible, los intereses de los capitales ajenos invertidos en la adquisición de acciones, obligaciones, títulos de deuda pública, etcétera.

En cualquier caso, antes de avanzar conclusiones conviene examinar cuáles son los rasgos más sobresalientes de la tributación española de las inversiones mobiliarias a partir de 1992.

A estos efectos, juzgamos inexcusable tratar separadamente la fiscalidad de los dividendos y de los intereses —en el sentido que estas dos expresiones tienen en el derecho comunitario propuesto, y que vimos en su momento—, ya que, en el caso de los dividendos, será inexcusable referirse al modelo de integración del IS elegido por el legislador español. Igualmente nos referiremos, de forma separada, a las inversiones canalizadas a través de los organismos de inversión colectiva (básicamente sociedades y fondos de inversión mobiliaria), cuya fiscalidad también ha sido modificada por la Ley 18/1991.

Comenzando por las inversiones mobiliarias que implican la cesión a terceros de capitales propios —seguimos en este punto la terminología del artículo 37.1 de la nueva Ley del IRPF—, la mayor novedad viene representada por la exención de los rendimientos derivados de los planes de ahorro popular, que, con escasa originalidad, constituyen un fiel trasunto de figuras similares conocidas en otros sistemas tributarios (concretamente el francés, que parece haber sido el modelo elegido).

Pese a que todavía no se ha producido el desarrollo reglamentario previsto en el citado artícu-

lo 37 de la Ley del IRPF (213), sí podemos hacer una valoración provisional de los mismos, no excesivamente positiva, ya que están sometidos a un conjunto de restricciones que disminuyen, en muy buena medida, el inicial atractivo que resulta de la exención de sus rendimientos.

Básicamente, estas restricciones se pueden resumir en el plazo de permanencia de las cantidades invertidas (cinco años) y en el exiguo límite de inversión anual (un millón de pesetas); porque estas dos limitaciones determinan, a nuestro juicio, que los destinatarios potenciales de los planes sean los pequeños ahorradores, para los que el horizonte de 1993 no va a implicar una modificación sustancial en sus decisiones de inversión. En otras palabras: no creemos que el ahorro de residentes que puede desplazarse hacia otros estados comunitarios en 1993 sea el que se trata de incentivar con la exención ligada a los planes de ahorro popular, puesto que ni la exención ni el sometimiento a retención (siempre que se cumplan las condiciones señaladas en la Ley del IRPF) constituyen aliciente suficiente —salvo para el pequeño ahorrador— que compense el amplio período de inmovilización de la inversión en estos productos financieros, cuyo régimen desprende un cierto olor populista.

Además de estas consideraciones, debemos referirnos, aunque ya lo hiciéramos incidentalmente en epígrafes anteriores, a los planes de ahorro popular como instrumento para fomentar la inversión en títulos nacionales; como recordaremos, la Comisión estima que los beneficios fiscales incentivadores de la inversión en títulos nacionales deberían ser suprimidos por los estados miembros, o bien éstos deberían extenderlos a los títulos comunitarios.

La nueva Ley del IRPF únicamente señala que los citados planes deberán materializarse en contratos de seguros y en valores o títulos públicos, pero establece una habilitación a normas reglamentarias para que éstas determinen las condiciones de esa materialización. Al no haberse promulgado aún el correspondiente Real Decreto, no estamos en condiciones de juzgar si los planes de ahorro popular van a incumplir o no esta recomendación de la Comisión, pero parece razonable predecir que la exención de los rendimientos generados por los citados planes estará supeditada a que su materialización se verifique en títulos públicos españoles, lo que podría constituir un obstáculo indirecto a la libre circulación de capitales en el sentido ya expuesto con anterioridad.

En todo caso, estamos en presencia de un supuesto en el que se van a producir, con cierta frecuencia, colisiones entre los intereses comunitarios y los propios de los estados miembros, puesto que si el legislador español considera que esta medida permite atenuar los riesgos de deslocalización del ahorro, parecería lógico que el beneficio fiscal en cuestión se supeditara a que la inversión se efectuase en nuestro país.

Los restantes rendimientos del capital mobiliario obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios siguen sometidos, salvo algunas modificaciones, al mismo régimen tributario diseñado por la anterior Ley del IRPF y por la Ley de Activos Financieros.

Dentro de estas modificaciones, interesa destacar, como ya hiciéramos anteriormente, la supresión, como gasto deducible, de los intereses de capitales ajenos invertidos en la adquisición de bienes o derechos que generasen rendimientos de capital mobiliario, lo cual constituye una medida sorprendente —si nos movemos en los propósitos de la Ley del IRPF— que no puede entenderse compensada por el establecimiento de una reducción de 25.000 pesetas (art. 39 de la Ley 18/1991).

Por otra parte, los rendimientos del capital mobiliario están sujetos a retención —con un tipo que, además, se sitúa entre los más elevados de los existentes en los estados miembros de la CE (214)— y se integran con los restantes rendimientos y algunos incrementos de patrimonio (215) obtenidos por el sujeto pasivo residente a los efectos de fijar la base liquidable regular y, en consecuencia, determinar el tipo de gravamen aplicable.

De otro lado, la tarifa del nuevo IRPF, pese a la reducción de tipos, sigue siendo elevada —no tanto en términos absolutos como en términos relativos—, ya que con bases regulares no excesivamente elevadas se alcanza rápidamente el tipo marginal máximo (216).

Junto a estos dos factores —existencia de retención y tarifa fuertemente progresiva en tramos medios de renta—, existe un tercero que viene dado por la existencia de amplísimos deberes de información que pesan sobre los intermediarios financieros en nuestro país, y que, desde el punto de vista del inversor, pueden condicionar su decisión. En efecto, las posibilidades de evasión de rendimientos del capital mobiliario obtenidos en España por residentes en nuestro país son teóricamente mínimas, y esta situación puede incentivar también fenómenos de deslocalización del ahorro.

En definitiva, el panorama tributario de las inversiones mobiliarias en España aparece caracterizado por tres notas: sometimiento a retención de sus

rendimientos; existencia de deberes de información sobre los intermediarios financieros, con el subsiguiente control fiscal de las inversiones, y elevada progresividad —en el sentido relativo que hemos dado a este concepto— de la tarifa del IRPF.

Las inversiones mobiliarias en otros estados comunitarios por parte de residentes en España pueden ofrecer, en algún caso, mayores atractivos desde la exclusiva perspectiva fiscal. Dejando de lado, por razones obvias, las diferencias de tarifas en los impuestos personales —ya que, como dijimos, los residentes en España tributan en nuestro país por la totalidad de rendimientos, con independencia del lugar donde hayan sido obtenidos, y, en consecuencia, no les afectaría, salvo matizaciones, la tarifa del impuesto sobre la renta vigente en el estado comunitario donde invierten sus capitales—, esa atracción deriva del menor control fiscal a que se someten en España las citadas inversiones y, en menor medida, de la mayor rentabilidad fiscal que puede ser obtenida, aun con iguales tipos de interés nominales.

A su vez, ese menor control fiscal puede derivar de dos circunstancias que, como vimos, no tienen por qué ser excluyentes, sino que pueden ser concurrentes, y que se refieren, en primer lugar, a la existencia o inexistencia, en el estado comunitario donde se realice la inversión mobiliaria, de deberes de información que afecten a las instituciones financieras. Porque, como es obvio, de no existir tales deberes de información, resultará muy difícil para nuestra Hacienda —aun recurriendo a los mecanismos comunitarios de asistencia mutua— conocer las inversiones realizadas por residentes españoles en otros estados comunitarios, puesto que las autoridades tributarias de estos últimos carecerán de la información necesaria para poder transmitirla a las autoridades fiscales españolas. Así sucede, por no mencionar más que un ejemplo, con las inversiones realizadas por residentes españoles en países como Luxemburgo o la República Federal Alemana, que, al margen de otras consideraciones, pueden resultar atractivas por las grandes posibilidades que existen de ocultar sus rendimientos a las autoridades tributarias españolas, las cuales difícilmente podrán disponer de, o conseguir, datos relativos a ellos a través de la aplicación de los mecanismos previstos en la directiva sobre asistencia mutua (217).

En segundo lugar, el menor control fiscal puede derivar de la inexistencia de retención, en el estado comunitario donde se verifique la inversión, sobre los intereses percibidos por los no residentes; evidentemente, aunque la inexistencia de retención puede ir acompañada del deber de comunicar a las autoridades fiscales los intereses abonados por parte de las entidades financieras —caso de Dinamarca y Holanda— y, por lo tanto, este hecho juega un papel menor a los efectos de incentivar la evasión y el fraude fiscal, no es menos cierto que el no sometimiento a retención de los intereses abonados en otros estados comunitarios —por contraposición a lo que ocurre en España para los residentes— puede inducir al sujeto pasivo a no integrar en su base imponible los rendimientos derivados de inversiones mobiliarias en otros estados comunitarios; además, es evidente que la inexistencia de retención juega un papel decisivo para determinar la rentabilidad financiero-fiscal de la inversión.

Bajo esta perspectiva, Dinamarca, Holanda y Luxemburgo no tienen establecido en su ordenamiento interno un sistema de retención sobre los intereses abonados a no residentes, si bien hay que tener en cuenta que, como decíamos anteriormente, en los dos primeros países las instituciones financieras sí informan a las autoridades fiscales de los intereses abonados; quedaría, pues, Luxemburgo como la plaza financiera donde la rentabilidad fiscal y las posibilidades de evasión son mayores para los residentes en España, como consecuencia, por un lado, de la inexistencia de retención y, por otro, del secreto bancario, que impide a las autoridades tributarias luxemburguesas conocer los rendimientos satisfechos por sus instituciones financieras y, lógicamente, les impide igualmente comunicar datos con trascendencia tributaria a las autoridades fiscales de otros estados miembros.

No obstante, este rápido examen debe ser matizado por la existencia de convenios de doble imposición entre España y la mayoría de los restantes estados comunitarios —todos salvo Irlanda y Grecia—, que nos pueden suministrar una visión más exacta del régimen tributario de los intereses generados por las inversiones mobiliarias efectuadas por residentes en nuestro país. Pues bien, salvo los casos, precisamente, de Grecia e Irlanda (218), los intereses percibidos por residentes españoles y derivados de inversiones efectuadas en cualquiera de los restantes estados miembros de la CE no están sometidos a retención (caso de que la inversión se realice en Dinamarca, Luxemburgo, Holanda o República Federal Alemana) o lo están a un tipo inferior al existente en España para los intereses percibidos por residentes (219).

Evidentemente, existen otros factores, distintos de los estudiados, que condicionan igualmente la

decisión de inversión, como pueden ser la residencia del inversor, la naturaleza del título o del derecho, el tipo de interés, etc., y, por lo tanto, sería aventurado concluir, en base a los datos anteriores, que la liberalización completa de los movimientos de capitales a partir de 1993 puede suponer, para nuestro país, una deslocalización importante de su ahorro interior motivada por razones fiscales.

Sin caer en ese tipo de aseveraciones, difícilmente argumentables en términos científicos, sí puede, sin embargo, sostenerse que la nueva Ley del IRPF no parece haber afrontado con suficiente decisión el reto tributario que implica el mercado único europeo, y que las inversiones mobiliarias de nuestros residentes tendrán, presumiblemente, una mayor rentabilidad financiero-fiscal cuando se realicen en otros estados comunitarios, amén de que algunos de éstos brindan a los sujetos pasivos por obligación personal unas mayores posibilidades de evasión fiscal. Este atractivo no queda, a nuestro juicio, compensado con la única medida —los planes de ahorro popular— establecida en la Ley 18/1991 para fomentar la inversión nacional, acerca de cuya virtualidad ya nos pronunciamos en páginas anteriores.

La fiscalidad de los dividendos —rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, según la terminología del artículo 37 de la Ley 18/1991— exige, como decíamos antes, un tratamiento diferenciado, ya que su examen debe partir del estudio previo del modelo de integración impuesto sobre sociedades-impuesto sobre la renta del socio seguido por nuestro sistema tributario. Evidentemente, la tributación de los dividendos no viene únicamente determinada por los tipos efectivos de gravamen existentes en el impuesto del socio, sino que a ellos habrá que añadir la tributación soportada por tales dividendos antes de su distribución por parte de la entidad.

Además del tratamiento diferenciado impuesto por la razón antedicha, existen otros argumentos adicionales que fuerzan a estudiar separadamente los efectos de la libre circulación de capitales en el ámbito de los intereses y de los dividendos.

En primer lugar, el sistema de retención a cuenta sobre los dividendos está prácticamente establecido en todos los estados miembros, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los intereses (220); en segundo lugar, los importantes avances conseguidos en la armonización del derecho de sociedades, y la subsiguiente publicidad y transparencia de las cuentas de estas entidades, tienen una trascendencia no desdeñable desde la perspectiva tributaria, en cuanto atenúan los riesgos de evasión fiscal; por último, en tercer lugar, hay autores, como Gros, que consideran que «la liberalización del mercado de capitales aparentemente no afecta a la imposición sobre los dividendos, debido, principalmente, a que el capital destinado a recursos propios puede ser gravado de forma más eficaz a través de la empresa emisora» (221).

Como hemos significado anteriormente, para cumplir nuestros propósitos, comenzaremos estudiando el modelo de integración (impuesto sobre sociedades-impuesto sobre la renta del socio) elegido por el legislador español.

Dentro de la trilogía de modelos clásicos, nuestro sistema tributario opta, con alguna matización, por el modelo de imputación; es decir, que coexisten el impuesto sobre sociedades (con igualdad de tipo de gravamen para los beneficios distribuidos y no distribuidos) y el impuesto sobre la renta del socio, pero una parte del impuesto sobre sociedades pagado por el beneficio distribuido es imputado en el impuesto sobre la renta, de forma que la atenuación de la doble imposición se produce en la persona del accionista y no en la sociedad, como ocurre en el sistema de doble tipo.

En congruencia con este modelo —que, como se recordará, es el sugerido por la Comisión en su propuesta de 1975—, el legislador español implantó, desde 1978, y tanto en el IRPF como en el IS, un sistema de crédito de impuesto, que, como es normal en la mayoría de los estados miembros que siguen este modelo, no elimina completamente, sino sólo atenúa, la doble imposición de los dividendos.

Este crédito de impuesto se articula —formalmente en el IRPF— como una deducción en cuota equivalente al 10 por 100 (222) de los dividendos de sociedades percibidos por el sujeto pasivo, siempre que hubiesen tributado efectivamente, sin bonificaciones ni reducciones, en el IS —artículo 78.Siete de la Ley 18/1991 (223).

Por su parte, en el IS, la deducción alcanza el 50 por 100 de la parte proporcional de cuota que corresponda a los dividendos, elevándose al 100 por 100 en algunos supuestos específicos (art. 24.1 y 2 de la Ley del IS, en nueva redacción dada por la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991).

Varias son las consideraciones que hay que hacer a la vista de la regulación en el IRPF y en el IS del sistema del crédito de impuesto como método para eliminar la doble imposición de los dividendos.

En primer lugar, por lo que se refiere al IRPF, nos parece indefendible, a medio plazo, que la deducción sólo se aplique cuando la sociedad que abona los dividendos sea residente en España; creemos que en el futuro —y esta tesis parece ser abonada por la Comisión en su propuesta de 1975— debería extenderse la posibilidad de aplicar la deducción a los dividendos abonados por sociedades residentes en cualquiera de los estados miembros de la CE (224), en cuanto el régimen actual puede considerarse como un obstáculo indirecto a la libre circulación de capitales o, desde otra perspectiva, como una medida incentivadora de la inversión en títulos de renta variable nacionales (225).

En lo que se refiere al IS, la Ley 18/1991 adoptó una posición intermedia —que no supone sino aplicar, con matizaciones, a la distribución de dividendos realizada por una sociedad no residente, en favor de otra residente en nuestro territorio, lo dispuesto ulteriormente en el artículo 18 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, para las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes de la CE— consistente en permitir la deducción del impuesto pagado por los dividendos distribuidos por una sociedad no residente a otra residente en nuestro país, y que se integren en su base imponible, siempre que la participación de ésta en el capital de aquélla sea, al menos, del 25 por 100 y se mantenga tanto en el período impositivo en que se distribuyen los beneficios como en el anterior; posición intermedia porque, sin alcanzar una solución plenamente satisfactoria, en todos los casos, para el problema planteado, sí supone un avance en la eliminación de la doble imposición de dividendos satisfechos por entidades no residentes (226).

En segundo lugar, por lo que respecta al IRPF, consideramos que debería aumentarse el porcentaje de deducción en cuota en la medida en que el actualmente previsto elimina sólo de forma muy débil la doble imposición de los dividendos (227); máxime cuando el porcentaje de deducción en el IS es notablemente superior.

En tercer lugar, ahora en relación sólo al IRPF, la articulación del crédito de impuesto como deducción en cuota supone una opción legítima, pero que plantea innumerables problemas a la hora de calcular la presión fiscal efectiva que soportan los dividendos percibidos por personas físicas (228) como consecuencia de su integración (junto con los restantes rendimientos) en la base imponible regular y de la aplicación de la tarifa progresiva del IRPF (229).

Determinar si para un residente en nuestro país es más rentable, a efectos tributarios, la inversión en acciones emitidas por sociedades residentes en España o por sociedades residentes en otros estados comunitarios es una tarea previsiblemente condenada al fracaso, como consecuencia de la pluralidad de factores que influyen en la tributación de los rendimientos generados por este tipo de inversión.

En primer lugar, las reglas de fijación de la base imponible del IS presentan importantes discrepancias entre los estados miembros, con lo que no es posible conocer, a igualdad de beneficio contable, cuál es el beneficio fiscal para poder establecer algún tipo de comparación que sea medianamente válida; a ello habría que añadir, por otra parte, la disparidad existente entre los tipos de gravamen del IS (230) en los distintos estados de la CE, algo que, unido a lo anterior, determina divergencias muy importantes en la presión fiscal efectiva de los beneficios societarios.

En segundo lugar, la disparidad existente entre los sistemas de crédito de impuesto aplicados por los países comunitarios es otro factor que distorsiona los intentos de efectuar una comparación mínimamente válida; no obstante, sí se puede afirmar que España se sitúa entre los países donde la doble imposición de los dividendos distribuidos se produce de forma más intensa o, dicho en sentido negativo, donde son más débiles los mecanismos de corrección de ese efecto; pero este dato tampoco es absolutamente decisivo para deducir una mayor rentabilidad de las inversiones en títulos de renta variable emitidos por sociedades residentes en otros estados comunitarios (231).

En tercer lugar, existen en muchos estados comunitarios —y, entre ellos, en España, según hemos puesto de manifiesto con anterioridad— incentivos fiscales a la inversión en títulos-valores nacionales, lo cual restringe la neutralidad fiscal e introduce un factor de distorsión en las decisiones de inversión, imposibilitando cualquier comparación homogénea.

En cuarto lugar, estos incentivos fiscales son muy difíciles de eliminar, pese a las exigencias impuestas por la liberalización de los movimientos de capitales, por cuanto en la tributación de los dividendos generados por inversiones en títulos de renta variable emitidos por sociedades residentes en otros estados comunitarios va a latir un conflicto puramente recaudatorio entre el país de residencia del accionista y el país de residencia de la sociedad (232).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y con todos los riesgos que supone efectuar conclusiones en el ámbito de la fiscalidad de los dividendos, podemos aventurar las siguientes hipótesis:

- La fase final de la libre circulación de capitales no va a suponer un incentivo para la inversión directa, por parte de residentes españoles, en títulos de renta variable emitidos por sociedades residentes en otros estados comunitarios.

Hasta tanto no se armonicen las reglas de fijación de la base imponible del IS y, sobre todo, hasta que no se eliminen las restricciones tributarias que pesan sobre los dividendos provenientes de sociedades no residentes (imposibilidad de aplicar el sistema de crédito de impuesto), es fiscalmente más interesante, para el residente en España, invertir en el capital de sociedades españolas.

- Los riesgos de evasión y fraude fiscal derivados de la inversión en títulos de renta variable emitidos por sociedades residentes en otros estados comunitarios no son muy elevados, como consecuencia de la generalización del sistema de retención a cuenta sobre los dividendos en la mayoría de los estados comunitarios, y como consecuencia, en menor medida, de los principios de transparencia y publicidad que rigen las directivas comunitarias en el ámbito del derecho de sociedades.

La existencia de convenios de doble imposición con la mayor parte de los restantes estados miembros y la posibilidad de activar los mecanismos previstos en la directiva sobre asistencia mutua restringe, notablemente, la posibilidad de que los dividendos percibidos en otros estados comunitarios no sean declarados en nuestro país.

- Las consideraciones precedentes deben ser matizadas, como veremos inmediatamente, en el caso de la colocación de capitales en títulos de renta variable canalizada a través de instituciones de inversión colectiva, o a través de la constitución de sociedades en determinadas plazas financieras (fundamentalmente, Luxemburgo).

Por lo tanto, el escaso riesgo de deslocalización del ahorro nacional para su inversión en sociedades comunitarias y los mayores incentivos fiscales que tiene la inversión en títulos de renta variable nacionales sólo es predicable en el caso de inversiones directas efectuadas por residentes en España.

Finalmente, para concluir con el examen de las consecuencias de la libre circulación de capitales en la fiscalidad de los dividendos percibidos por residentes en nuestro país, hay que hacer referencia a la modificación introducida por la Ley 18/1991 en el régimen tributario de las sociedades de inversión mobiliaria, modificación que, posiblemente, pretende fomentar que una parte del ahorro de los particulares se canalice a través de estas entidades, extendiendo a los accionistas de dichas sociedades las ventajas fiscales de que gozan las mismas.

El nuevo régimen tributario establecido por la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley 18/1991 —cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 1992— prevé que el tipo de gravamen aplicable a estas sociedades será del 1 por 100, pero no tendrán derecho a deducción alguna en la cuota (233); para el accionista, los dividendos percibidos están sometidos a retención, no teniendo derecho a deducción alguna por doble imposición (234).

Evidentemente, la nueva Ley del IRPF ha pretendido eliminar la doble imposición por la vía de una drástica reducción del tipo de gravamen del IS (235) —lo que justifica la desaparición de la deducción en cuota— y desde luego, para el accionista individual, resultará más ventajoso, a partir de 1992, canalizar su inversión en títulos de renta variable a través de una sociedad de inversión mobiliaria que a través de su adquisición directa en Bolsa.

No obstante, el legislador español no ha afrontaro (236) los riesgos derivados de la libertad de establecimiento de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, previstos en la Directiva 85/611/CEE, de 20 de diciembre, y de la libertad de comercialización de las participaciones de los citados organismos en los estados comunitarios. Estos riesgos derivan de una doble causa: por una parte, la posibilidad de traslado de determinadas entidades de inversión colectiva española hacia países comunitarios con bajo nivel de fiscalidad y riguroso secreto bancario (Luxemburgo), y por otra parte, la posibilidad de que organismos de inversión colectiva domiciliados en otros estados comunitarios capten, mediante la comercialización de sus participaciones en España, ahorro en nuestro país.

La constitución de sociedades en determinados estados comunitarios o en *paraísos fiscales* puede suponer también una vía alternativa para desviar el ahorro interior hacia inversiones en títulos de renta variable emitidos por sociedades residentes en otros estados comunitarios; en este caso, los incentivos tributarios que, como hemos visto, se pueden predicar de la inversión en acciones espa-

ñolas pueden verse más que compensados por la notable ampliación de las posibilidades de evasión fiscal.

Por otra parte, este riesgo puede verse acrecentado por la evidente discriminación que van a sufrir, con el nuevo IRPF, las inversiones mobiliarias realizadas por residentes en territorio español frente a las realizadas por residentes en otros países comunitarios, ya que, como hemos visto antes, la Ley 18/1991 establece, para éstos, una exención sobre los intereses e incrementos de patrimonio derivados de bienes muebles. Esta situación puede provocar fenómenos de constitución de sociedades en determinados países comunitarios (fundamentalmente, Holanda y Luxemburgo) a través de las cuales canalizar las inversiones mobiliarias: inversiones que pueden, perfectamente, dirigirse a la adquisición de bienes y derechos en España, y que, por lo tanto, sólo plantearían problemas para la Hacienda, pero no para la economía española.

Concluido el examen de la fiscalidad de los rendimientos derivados de inversiones inmobiliarias y mobiliarias, vamos, seguidamente, a referirnos a la tributación de las plusvalías que puedan producirse para el sujeto residente en España como consecuencia de las citadas inversiones.

La tendencia general de los países comunitarios, en este punto, es la de gravar, conjuntamente con los restantes rendimientos (237), las plusvalías especulativas —aunque existan problemas a la hora de precisar los rasgos que deben concurrir en la plusvalía para merecer este calificativo (238)— y someter a un gravamen menor las plusvalías no especulativas, a través de diversas técnicas (239).

En España, la Ley del IRPF establece un nuevo régimen de tributación de los incrementos y disminuciones de patrimonio, que, con algunas matizaciones, se mueve en la órbita que acabamos de señalar. Este nuevo régimen se basa en tres principios fundamentales:

- Exención de los incrementos de patrimonio obtenidos por transmisión de la vivienda habitual, siempre que el precio de la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual del sujeto pasivo (art. 50 de la Ley 18/1991); esta medida no constituye una novedad, pues ya se encontraba en la primitiva redacción de la Ley 44/1978 (240), aunque sí se aparta del régimen común aplicable en otros estados miembros (241).

- Exención de los incrementos netos de patrimonio como consecuencia de transmisiones onerosas cuando el importe global de éstas durante el año natural no supere las 500.000 pesetas (artículo 44.Uno de la Ley 18/1991). Este beneficio fiscal —que sí constituye una auténtica novedad en nuestro sistema tributario— es aplicable tanto a las plusvalías mobiliarias como inmobiliarias obtenidas por residentes en España, pero, a nuestro juicio, constituye una medida parcial, insuficiente por ser únicamente aplicable a las pequeñas inversiones (242), y cuya aplicación puede dar lugar a resultados absurdos, ya que el límite cuantitativo de la exención no se proyecta sobre el incremento obtenido, sino sobre el importe de la transmisión (243). En definitiva, no creemos que la citada medida tenga ninguna relevancia para que un inversor decida colocar sus capitales en España o en cualquier otro estado comunitario.

- Introducción de coeficientes de reducción de la plusvalía en función de la fecha de adquisición del elemento patrimonial transmitido (art. 45 de la Ley 18/1991). Se trata de una medida con la que se pretende ajustar la plusvalía en función del período temporal de su generación, y que tiende a conseguir la práctica exención de las plusvalías a largo plazo, diferenciando en función de la naturaleza de los bienes cuya transmisión general el incremento.

En cualquier caso, se trata de un régimen algo alejado del vigente en otros países europeos (244), no tanto porque no sea exactamente equiparable a la diferenciación entre plusvalías a corto y largo plazo, sino, sobre todo, porque la exención total de los incrementos de patrimonio sólo se alcanza con tiempos muy amplios de permanencia del bien transmitido en el patrimonio del sujeto pasivo: en concreto, la exención total (245) de las plusvalías derivadas de la transmisión de acciones exige un período de diez años de permanencia del bien en el patrimonio del sujeto pasivo (246), y son necesarios veinte años de permanencia del bien inmueble en el patrimonio del sujeto pasivo para lograr la exención total de las plusvalías inmobiliarias; a este dato debe añadirse que los coeficientes reductores del incremento sólo juegan a partir de los dos años de permanencia del bien o derecho en el patrimonio del sujeto pasivo, de forma que las plusvalías obtenidas habiendo permanecido el bien en el patrimonio del sujeto pasivo durante un plazo inferior a dos años no se benefician de ninguna corrección.

- Integración de los incrementos de patrimonio generados por la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con menos de un año de antelación, junto con los restantes rendimientos, en la base imponible regular de los sujetos pasivos del IRPF, sobre la que se aplicará la tarifa *normal,* que, como hemos dicho, es fuerte y extrañamente

progresiva, pese al intento de reducción operado por la Ley 18/1991.

Si tomamos como referencia el régimen de tributación de las plusvalías en otros estados comunitarios, parece que el legislador español considera que los citados incrementos de patrimonio son especulativos, y que, en consecuencia, deben estar sometidos al tipo de gravamen normal del IRPF; en principio, no hay ninguna objeción que efectuar al respecto, salvo que quizás hubiera sido conveniente diferenciar entre plusvalías mobiliarias e inmobiliarias (247) —algo que no hace el legislador español—, e incluso exceptuar de la rigidez de esta norma aquellos supuestos de transmisiones *forzosas* (248) en los que se manifieste claramente la ausencia de ánimo especulativo por parte del sujeto pasivo.

Por su parte, los incrementos generados con ocasión de la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con menos de dos años de antelación a la fecha de enajenación no se benefician de ninguna reducción por aplicación de coeficientes correctores (*vid. supra),* sumándose, en un 50 por 100, a los restantes rendimientos obtenidos por el sujeto pasivo para formar la base imponible regular a la que se aplica la tarifa progresiva *normal* del IRPF; el otro 50 por 100 del incremento constituiría la base imponible irregular, sometida a gravamen conforme a lo prevenido en el artículo 75 de la Ley 18/1991 (249).

Si a todas las consideraciones anteriores añadimos que, continuando la línea iniciada con la Ley 48/1985, las disminuciones de patrimonio irregulares sólo pueden compensarse con incrementos de la misma clase, el resultado al que llegamos no puede ser menos alentador si lo comparamos con el sistema tributario de cualquier otro país comunitario, donde, como señalábamos al comienzo, las plusvalías soportan una débil presión fiscal.

En España, por el contrario, los incrementos de patrimonio soportan una presión fiscal que, en muchos casos, es equiparable a la de los rendimientos ordinarios del sujeto pasivo, puesto que, salvo la exención por reinversión en vivienda habitual, las restantes medidas supuestamente innovadoras de la Ley 18/1991 no suponen sino un cambio más aparente que real respecto del régimen de tributación instaurado en 1978 y completado en 1985.

Téngase en cuenta que la rentabilidad fiscal de las inversiones viene dada no sólo por el gravamen efectivo de los rendimientos, sino también por el gravamen efectivo de las plusvalías y por la posibilidad de compensación de minusvalías; por lo que, conjugando ambos aspectos, no puede decirse que el sistema tributario español sea, precisamente, competitivo y fomentador del ahorro.

Por último, y al igual que decíamos en el caso de los intereses, es discriminatorio para las plusvalías mobiliarias obtenidas por residentes en nuestro país frente a las obtenidas por residentes en otros estados comunitarios, ya que, como vimos en su momento, se establece una exención respecto de estas últimas. Ello, presumiblemente, motivará la realización de extrañas operaciones *circulares* para deslocalizar los incrementos patrimoniales, algo que no resultará difícil en el caso de las inversiones mobiliarias, pero que presentará mayores problemas cuando se trate de la transmisión de bienes inmuebles.

En todo caso, con independencia de los efectos que ello produzca, ese tratamiento discriminatorio de los residentes, respecto de los no residentes que lo sean en algún estado comunitario, podría considerarse contrario al artículo 67 del Tratado y a las directivas dictadas para su desarrollo, en la medida en que el citado precepto establece, concretando la norma general del artículo 7 del Tratado, una prohibición de discriminaciones subjetivas y objetivas; esto es, por lo que ahora nos interesa, de las discriminaciones basadas en función del lugar de residencia o la nacionalidad del inversor, o del lugar de colocación de los capitales.

En otro momento de este trabajo, nos hemos detenido en el análisis de la prohibición de esas discriminaciones que, contra toda lógica, se establecen en la Ley del IRPF respecto de los residentes en territorio español, cuyas inversiones pueden resultar fiscalmente discriminadas por la legislación española respecto de las que, en igualdad de condiciones, realice un no residente en nuestro país que lo sea en otro estado comunitario.

Prescindiendo de mayores consideraciones a ese respecto, para finalizar las observaciones relacionadas con el sistema de imposición directa, hemos de recordar aquí las dudas que nos suscitaba, desde la perspectiva del derecho comunitario en materia de libre circulación de capitales, el régimen de los planes y fondos de pensiones. No tanto para insistir sobre aquellos aspectos que pueden ser considerados como un desincentivo de las inversiones nacionales, ni siquiera para aludir a las posibles discriminaciones por motivos financieros, sino para señalar que, al igual que ocurre respecto de otros supuestos (250), condicionar los beneficios fiscales que se conceden a los partícipes en planes y fondos de pensiones al hecho de que éstos se hallen «constituidos e inscritos en España» puede suponer una restricción indirecta a la

libertad de movimientos de capitales y, por ello, una medida de dudosa compatibilidad con el derecho comunitario en la materia.

En definitiva, creemos que la Ley 18/1991 no responde, para los residentes en territorio español, a los retos que va a plantear para nuestro país la liberalización de los movimientos de capitales, y que para determinados inversores —curiosamente, aquellos cuyo volumen de ahorro debería ser incentivado— es fuertemente disuasoria, pudiendo provocar, a partir de 1993, efectos indeseados en el ahorro interior de nuestro país. En la medida en que hemos ido haciendo, de forma continuada, comparaciones con los sistemas tributarios de otros estados comunitarios, creemos innecesario —y además tampoco es nuestra misión— ofrecer conclusiones sobre aquellos aspectos que afectan negativamente al ahorro y que deberían ser modificados.

4. La reforma del impuesto sobre operaciones societarias y de los impuestos que gravan la transmisión de títulos-valores

Pasando a considerar otras cuestiones, uno de los aspectos más sorprendentes del proceso de adaptación del sistema tributario español a las exigencias de armonización impuestas por nuestra adhesión a la CE ha sido el notable retraso con que se ha producido la adecuación del impuesto sobre operaciones societarias a las directivas relativas a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, adecuación que, con algunas reservas, sólo cabe estimar producida con la reforma introducida por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, sobre adecuación de determinados conceptos impositivos a la legislación de la CE, cuya entrada en vigor se ha producido el pasado día 1 de enero de 1992 (251).

Esta tardía adaptación constituye una sorpresa no sólo por tratarse de una medida interna necesaria para afrontar la libre circulación de capitales, sino, sencillamente, porque España, con efectos desde la fecha de adhesión a la CE, aceptó, como integrante del acervo comunitario, la Directiva 69/335/CEE, y sus modificaciones posteriores y, en consecuencia, de acuerdo con el artículo 189 del Tratado de Roma, quedaba, desde ese momento, obligada en cuanto al resultado querido por la norma comunitaria.

La sorpresa se ve acrecentada si tenemos en cuenta que la Ley 32/1980, de 21 de junio, y el Real Decreto Legislativo 3050/80, de 30 de diciembre, del ITPAJD, realizaron un importante esfuerzo de *preparación* de la normativa española en orden a una futura integración en la CE, aproximándola por anticipado a la normativa comunitaria en la materia, especialmente en lo referente a las operaciones societarias, aunque subsistieran algunas discrepancias lógicas, y jurídicamente válidas, en un momento en que nuestro país no pertenecía todavía a la CE (252).

Estas discrepancias deberían haber sido suprimidas en el transcurso de 1985, aprovechando la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación al Gobierno para la Aplicación del Derecho Comunitario, para, además de armonizar la Ley del ITPAJD a la Directiva de 1969, incorporar las modificaciones comunitarias introducidas por la Directiva 85/303/CEE, de 10 de junio, aunque, en puridad, ésta sólo introducía variaciones en tres artículos de la Directiva-base de 1969 (253).

Sin embargo, no fue posible utilizar la mencionada Ley de Bases como consecuencia de un defecto de técnica legislativa, en cuya virtud, sorprendentemente, no se incluía entre las disposiciones enumeradas en aquélla la Ley 32/1980, de 21 de diciembre, con lo que, de haberse modificado ésta mediante Decreto Legislativo, el gobierno hubiera incurrido en un exceso en la delegación recibida, proscrito como tal por nuestra Constitución (254).

En cualquier caso, los problemas reseñados no justifican un retraso de seis años en el proceso de adaptación del impuesto sobre operaciones societarias a la Directiva de 1969, y ello sin entrar a valorar las consecuencias que pueden extraerse del desajuste temporal en la adecuación del sistema tributario español a la normativa comunitaria (255).

Sin embargo, como advertíamos al comenzar este epígrafe, la Ley 29/1991 no ha eliminado todas las divergencias existentes entre la normativa española y la Directiva de 1969, de forma que, siguiendo la misma estructura empleada al estudiar la normativa comunitaria, vamos a ver, sintéticamente, cuáles son las divergencias que, aún en los momentos actuales, perduran.

En lo que respecta al hecho imponible, el artículo 19 del TRITPAJD (256) considera como operaciones sujetas la constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades, así como las aportaciones que efectúen los socios para reponer pérdidas sociales y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad, cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un estado miembro de la Comunidad Económica

Europea, o en éstos la entidad no hubiese sido gravada por un impuesto similar; para completar la delimitación del hecho imponible se establece un supuesto de no sujeción —que, a nuestro juicio, debería haberse articulado formalmente como una exención— respecto a las ampliaciones de capital realizadas con cargo a reservas constituidas exclusivamente por prima de emisión de acciones (257).

Pues bien, la persistencia en considerar como hecho imponible la disolución de sociedades y la reducción del capital social es radicalmente incompatible con la normativa comunitaria, ya que estas operaciones societarias no aparecen recogidas en la Directiva de 1969 —ni siquiera entre las operaciones que los estados pueden, potestativamente, someter a tributación—, lo cual, por otra parte, es perfectamente congruente con la filosofía del tributo que nos ocupa, ya que si lo que se pretende gravar es el derecho de aportación —por seguir la terminología comunitaria—, carece completamente de sentido considerar como hecho imponible actos que suponen lo contrario de una operación de financiación societaria (258).

Resulta igualmente discutible la opción del legislador español de considerar, a partir de 1992, sujetas al impuesto sobre operaciones societarias las aportaciones que efectúen los socios para reponer pérdidas sociales, ya que se trata de una operación no contemplada en la Directiva de 1969, y cuya sujeción es contradictoria con el objeto del tributo, ya que en estos supuestos no hay aumento de capital ni incremento del patrimonio societario, sino un simple restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad (259).

A la inversa, existen operaciones societarias, imperativamente sujetas conforme a la Directiva de 1969, y que, sin embargo, no se recogen, al menos de forma clara y taxativa, en nuestro sistema tributario. Este sería el supuesto —configurado como de sujeción obligatoria en la Directiva de 1969— de incremento de patrimonio social mediante la aportación de bienes de cualquier clase cuando la aportación no se realiza como contrapartida de partes representativas del capital social, sino de derechos de idéntica naturaleza a los propios de los socios, tales como los de voto y participación en beneficios o en la liquidación de la sociedad; esta operación no es equiparable a la de aumento de capital social *stricto sensu* —única sujeta en España con la que guardaría un remoto parecido, ya que no cabe equipararla a la prevista en el artículo 19.1.2 del TRITPAJD, que acabamos de estudiar— y, en consecuencia, entendemos que esas operaciones no están sometidas a gravamen cuando se realizan en nuestro país (260).

En lo que se refiere a las exenciones, las sucesivas modificaciones de la Directiva-base de 1969 demuestran una tendencia del derecho comunitario a su ampliación de cara a la supresión del impuesto en el estadio final de la liberalización de los movimientos de capitales; junto a ello, hay que recordar que la norma comunitaria contiene una diferenciación entre exenciones obligatorias y potestativas que amplía notablemente el margen de actuación de los estados miembros. Por su parte, la normativa española —básicamente contenida en el artículo 48 del TRITPAJD (261)— no manifiesta discrepancias importantes con la Directiva de 1969, pero sí es conveniente efectuar una observación importante que, no obstante, no empaña la anterior afirmación.

En efecto, nuestro país no establece en su ordenamiento interno la exención, potestativa para los estados miembros, de las operaciones de ampliación de capital que sean consecuencia de pérdidas experimentadas por la sociedad y, en consecuencia, tales operaciones estarían sujetas y no exentas (262). Por otro lado, la contumacia del legislador español en seguir sometiendo a tributación —en contra de la Directiva comunitaria— la disminución de capital llevaría al resultado, paradójico, de que las operaciones simultáneas de reducción y aumento del capital social a que se refiere el artículo 169.1 del TRLSA estarían sometidas a doble imposición, lo cual contraría los más elementales principios del tributo que nos ocupa.

Afortunadamente, este resultado paradójico parece descartado no sólo en virtud de la doctrina jurisprudencial y administrativa recaída en torno a este tributo, sino también por mor de las normas reguladoras de ITPAJD, que permitirían excluir la sujeción al impuesto de aquellas operaciones de disminución de capital que no den lugar a la devolución de bienes o derechos a los socios (263).

La regulación de la base imponible del impuesto sobre operaciones societarias (artículo 25 del TRIPTPAJD) presenta, en algún caso, problemas de adecuación a la directiva comunitaria. En las operaciones de constitución de sociedades y aumento del capital social, el legislador español diferencia, a la hora de establecer este elemento de cuantificación de la obligación tributaria, entre sociedades que limiten o no de alguna manera la responsabilidad de los socios. Para las segundas, la base imponible viene constituida por el valor neto de los bienes y derechos aportados, y tal solución es coherente con la normativa comunitaria (264).

Sin embargo, para las sociedades capitalistas, la base imponible viene constituida por el importe nominal en que el capital quede fijado inicialmente o ampliado, con adición, en su caso, de las primas de emisión; esta solución sigue pugnando (265) con la Directiva, que, como dijimos, atiende siempre al valor real, deducidas las deudas, para fijar la base imponible, de forma que la solución española tiende a establecer un tributo «sobre la cifra numérica» de fijación y/o aumento de capital (266).

A nuestro juicio, sería preciso armonizar internamente las normas de fijación de la base imponible, acogiendo, para las operaciones de constitución y aumento de capital realizadas por sociedades capitalistas, la misma solución que establece el artículo 25.2 del TRITPAJD para las sociedades que no limitan la responsabilidad de los socios.

Por su parte, en las operaciones de fusión, la base imponible se fijará atendiendo a la cifra de capital social del nuevo ente creado o al aumento de capital de la sociedad absorbente, con adición, en su caso, de las primas de emisión (art. 25.4 del TRITPAJD), regla que no tiene estricta correspondencia en la directiva comunitaria, ya que en ésta la fusión no aparece explícitamente mencionada entre los actos sujetos; no obstante, la crítica que puede hacerse es similar a la que postulábamos en el caso de las operaciones de constitución y aumento de capital social de sociedades capitalistas, porque el legislador español insiste en configurar como base imponible la cifra numérica de aumento de capital, y no el valor real de los bienes resultante de la fusión, que sería la solución adecuada a la finalidad del tributo.

Además, como ha señalado algún comentarista (267), la solución española puede propiciar supuestos de no sujeción *de facto;* en concreto, en aquellos casos de fusión por absorción en los que la sociedad absorbente no aumente su capital social (268).

Por último, la regulación del tipo de gravamen en el impuesto sobre operaciones societarias no presenta, a partir de la unificación introducida por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989 (269), problemas de armonización con la Directiva de 1969, puesto que, como ya tuvimos ocasión de manifestar, pasa a regir la redacción dada al artículo 7 de aquélla por el artículo 1.2 de la Directiva de 1985, y en consecuencia el tipo, «que debe ser único en el interior de un mismo estado miembro» (exposición de motivos de la Directiva y art. 7.2), es del 1 por 100.

El examen de los impuestos que gravan la transmisión de títulos-valores (270) presenta una perspectiva diferente a la del impuesto sobre operaciones societarias, diferencia que viene dada por la inexistencia de normas armonizadoras al respecto, puesto que, como vimos, los trabajos de la Comisión sólo se han plasmado, por el momento en la existencia de la propuesta modificada de directiva de 1987.

No obstante, nuestro país, siguiendo la pauta marcada por otros estados miembros de la CE (271), incorporó a nuestro ordenamiento las soluciones propuestas por la Comisión con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 108 ha sido recientemente modificado por la disposición adicional duodécima de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta.

En síntesis, el citado precepto declara exentas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y del IVA a las transmisiones de valores, admitidos o no a cotización en mercados secundarios oficiales, estableciendo, no obstante, una serie de excepciones a la citada exención que coinciden con las establecidas en el artículo 2 de la propuesta de 1987, cuya literalidad, en ocasiones, se sigue.

Así, no se encuentran afectadas por la exención las transmisiones de valores de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo patrimonio esté constituido, al menos en un 50 por 100, por inmuebles sitos en España, siempre que, como consecuencia de la transmisión, el adquirente obtenga una posición que le permita ejercer el control sobre dichas entidades (272); igualmente, no quedan amparadas por la exención comentada las transmisiones de acciones o participaciones recibidas por la aportación de bienes inmuebles realizada con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de capital social, siempre que entre la fecha de la aportación y la de la transmisión no hubiera transcurrido un año (273).

5. El control tributario de la libre circulación de capitales: los deberes de información de los residentes en España y de las instituciones financieras.

Como apuntara la Comisión europea y han reconocido los estados miembros, uno de los problemas básicos que plantea la liberalización de los movimientos de capitales entre residentes comunitarios es el acrecentamiento de los riesgos de evasión fiscal en el país de residencia del inversor cuando éste coloca sus capitales en otro estado distinto. En su momento, vimos cómo las medidas

propuestas por la Comisión para atenuar o eliminar dichos riesgos —establecimiento de retenciones en la fuente y establecimiento de deberes de información a los intermediarios financieros— no han cuajado en normas de obligado cumplimiento por los estados miembros como consecuencia de objeciones y oposiciones sobradamente conocidas y estudiadas.

El fracaso de la solución armonizada supone que cada país, dentro de los límites impuestos por la Directiva 88/361/CEE, debe adoptar las medidas que considere más oportunas a fin de evitar que la libre circulación de capitales implique una sustancial elevación de los niveles de fraude tributario, y junto a las medidas sustantivas —de incentivación fiscal del ahorro—, han de existir otras, de naturaleza formal, que impongan a las personas físicas o jurídicas residentes en cada estado y a las instituciones financieras a través de las que aquéllas canalizan sus inversiones, unos deberes de información sobre los movimientos de capitales realizados que cohoneste la liberalización determinada por el ordenamiento comunitario con el conocimiento de los datos con trascendencia tributaria de aquellas personas que, conforme al ordenamiento español, estén sometidas al sistema fiscal español, con independencia del lugar donde realicen sus inversiones y obtengan sus rendimientos.

Como adelantamos anteriormente y se explica con mayor amplitud en otro trabajo de este *Suplemento,* la respuesta del ordenamiento español se contiene en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre (274), que si bien afecta a cualesquiera clase de transacciones económicas con el exterior, contiene normas específicamente proyectadas sobre las transacciones con otros estados miembros de la CE, y que, en consecuencia, deben ser interpretadas de acuerdo con las exigencias derivadas del derecho comunitario.

Básicamente, con dicha norma nuestro país procede a adelantar el período transitorio establecido en el artículo 6 de la Directiva 88/361/CEE para liberalizar los movimientos de capitales establecidos en la citada norma comunitaria (275).

Junto a ello, pretende eliminar las restricciones a las transacciones exteriores que, en forma de autorización administrativa previa, existían en nuestro ordenamiento jurídico (276), pero establece unos mecanismos de información y comunicación «que permitan el conocimiento estadístico de los cobros, pagos y transferencias con el exterior y aseguren la observancia del ordenamiento jurídico español, especialmente en lo que concierne al artículo 111 de la Ley General Tributaria, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 88/361/CEE» (277).

Al mismo tiempo, y de conformidad con el procedimiento previsto en la directiva comunitaria cuando afecte a residentes en otros estados comunitarios, el gobierno podría prohibir o limitar ciertas transacciones o adoptar medidas de salvaguardia en los casos en que los movimientos de capitales provoquen tensiones en el mercado de cambios u originen perturbaciones en la política monetaria de nuestro país —artículo 3— (278).

En cualquier caso, nos interesa sobremanera en este epígrafe detenernos en el examen de los deberes de información impuestos a los inversores residentes en España y a las entidades financieras que canalicen los movimientos de capitales de éstos, deberes que, conforme ha matizado la jurisprudencia comunitaria, han de ser «necesarios» y, en todo caso, susceptibles de fiscalización por parte de los órganos judiciales internos de los países miembros. Ello supone, como vimos anteriormente, que los deberes impuestos o el establecimiento de mecanismos de control no pueden suponer un obstáculo directo o indirecto a la liberalización de los movimientos de capitales prevista en la Directiva 88/361/CEE (279).

En lo que se refiere a los particulares, el Decreto 1816/1991 impone el deber de que realicen todos los cobros y pagos del o al exterior a través de alguna de las entidades de depósito inscritas en los correspondientes registros del Banco de España (art. 5), a la que deberán declarar, entre otros extremos, el NIF, el beneficiario del pago y el concepto por el que se produce el cobro, pago o transferencia (280).

Por su parte, la apertura de cuentas en el extranjero por parte de residentes en España es libre, pero éstos están obligados a su declaración (281), en el plazo de los treinta días siguientes a su apertura, comunicando, entre otros datos con evidente trascendencia tributaria, su NIF y la identificación de la entidad financiera en que haya sido abierta —artículo 6— (282).

Por último, también se encuentran sometidos al deber de declaración los cobros y pagos entre residentes y no residentes efectuados en moneda metálica, billetes o cheques bancarios al portador, cuando sean superiores a 1.000.000 e inferiores a 5.000.000 de pesetas —artículo 7, en relación con el artículo 4 del Decreto 1816/1991, y artículo 7 de la Orden de 27 de diciembre de 1991— (283).

Por su parte, las entidades financieras inscritas en los registros del Banco de España, así como

las personas físicas y jurídicas que realicen transacciones económicas, quedan, en virtud del artículo 9 del Decreto 1816/1991, sometidas al deber de facilitar «a los órganos competentes de la Administración del Estado y al Banco de España, los datos que se les requieran para los fines de seguimiento estadístico y fiscal de las operaciones» (284).

El incumplimiento, por parte de los particulares o de las entidades financieras registradas en el Banco de España, de los deberes de información previstos será constitutivo, en todo caso, de las infracciones previstas en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, conforme determina el artículo 10 del Decreto 1816/1991. Sin embargo, el peculiar régimen sancionador establecido por el decreto citado determina que ésta no sea la única consecuencia que lleva aparejada el mencionado incumplimiento.

En efecto, para las entidades financieras, el incumplimiento de las obligaciones de facilitar a la Administración estatal o al Banco de España los datos que les sean requeridos podrá dar lugar, adicionalmente, a las sanciones previstas en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (art. 10.3 del Decreto 1816/1991); y además, el incumplimiento del deber previsto en el artículo 5.4 se considera infracción tributaria simple sancionable con arreglo a lo dispuesto en la LGT —artículo 17.2 del Decreto 1816/1991— (285).

Esa especie de concurso de leyes, en cuanto determina la aplicación de tres tipos de sanciones administrativas para unos mismos hechos, pudiera parecer contraria a las exigencias derivadas del principio *ne bis in idem*, implícitamente recogido en el artículo 25 de la Constitución, que resultaría vulnerado cuando, como consecuencia de la realización de un único hecho, se impone a la persona responsable del mismo una duplicidad de sanciones. No obstante, en su vertiente material, la prohibición que representa el citado principio se apoya en la existencia de una coincidencia fáctica que el Tribunal Constitucional cifra en la exigencia de una «identidad del sujeto, hecho y fundamento» (STC 2/1981, de 30 de enero); por lo que, si tenemos en cuenta que unos mismos hechos de la realidad pueden lesionar intereses distintos, protegidos en normas diferentes, siendo constitutivos de varias infracciones, resultaría posible la imposición de varias sanciones sin que se vulnere principio alguno (286).

En efecto, la aplicación del principio comentado sólo es posible en los casos en que exista «idéntica infracción» y, en consecuencia, el «mismo contenido de injusto» (287), lo que conduce a entender que no existe *bis in idem* en los supuestos de doble sanción de un hecho cuando de él hayan surgido «dos resultados independientes corregibles por entidades distintas» o «susceptibles de integrarse en esferas o categorías jurídicas concurrentes pero diferenciadas, pudiéndoles corresponder distintos pero simultáneos aspectos de responsabilidad» (288). Por ello, aun siendo censurable la acumulación de sanciones que resulta de los preceptos comentados, y siendo dudoso en algún caso que los bienes jurídicos protegidos no sean parcialmente coincidentes, tampoco puede afirmarse sin más su incompatibilidad con la regla constitucional del *ne bis in idem* que rige en todo el derecho sancionador.

Por su parte, las personas físicas o jurídicas que incumplan los deberes de declaración, a la entidad financiera registrada, de los cobros y pagos entre residentes y no residentes, no comuniquen la apertura de una cuenta en el extranjero o incumplan el deber de declaración del artículo 8 del Decreto serán sujetos activos de una infracción tributaria simple, y sancionados conforme lo dispuesto en la LGT (art. 17.2 del Decreto 1816/1991). La aplicación en estos supuestos de infracciones tributarias sólo podría justificarse si se entendiera que el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, está imponiendo deberes tributarios en sentido técnico-jurídico, aunque en muchas ocasiones tales deberes se disfracen por el titular de la potestad reglamentaria como declaraciones a efectos estadísticos o de movimientos de capitales. En efecto, puesto que, conforme al artículo 78.1 de la LGT, las infracciones simples suponen «el incumplimiento de obligaciones o deberes tributarios», la aplicación de las sanciones que la LGT establece para esta clase de infracciones sólo puede producirse cuando se haya transgredido un deber tributario, de modo que al declarar aplicable el régimen sancionador de la LGT cuando se incumplan los deberes establecidos en materia de transacciones exteriores, el Real Decreto 1816/1991 estaría afirmando el carácter tributario de dichos deberes.

Lo cierto es que dicha justificación no parece admisible, porque sólo forzando mucho la argumentación se podría llegar a afirmar que los deberes de declaración e información a que nos referimos tienen un fundamento de carácter tributario. Es más, incluso admitiendo tal hipótesis a efectos dialécticos, la tipificación de esta infracción simple sería criticable por carecer de la necesaria habilitación legal, ya que ni siquiera cabe alegar que se efectúa al amparo de la habilitación contenida en

el artículo 78.2 de la Ley General Tributaria. Y es que no parece que el citado Real Decreto 1816/1991 pueda ser incluido entre «las normas reglamentarias de los tributos» que, conforme al citado artículo 78.2, pueden especificar supuestos de infracciones simples dentro de los límites establecidos en la Ley; por lo que, prescindiendo de otras consideraciones que abundarían sobre lo expuesto, todo indica que nos encontramos ante la tipificación en vía reglamentaria de un nuevo tipo infractor, en clara contradicción con los principios fundamentales en la materia que consagra el artículo 25 de la Constitución.

Por último, debemos referirnos a la supresión del requisito de la previa acreditación del pago del IS o de IRPF para efectuar la transferencia al exterior de las rentas obtenidas por personas o entidades no residentes en España, conforme previene la disposición adicional segunda del Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, salvo en aquellas operaciones que, al amparo de la amplísima habilitación contenida en favor del Ministro de Economía y Hacienda por el artículo 8 del Decreto 1816/1991, estén sometidas al expediente de previa verificación o declaración (289).

La medida resulta, hasta cierto punto, sorprendente, porque no viene exigida por el respeto a las normas y principios comunitarios relativos a la liberalización de los movimientos de capitales; en efecto, el ordenamiento de la CE permite a los estados miembros supeditar la repatriación de los capitales por parte de los no residentes al cumplimiento de las obligaciones fiscales en el país desde el que se pretenda efectuar la repatriación, de tal manera que la supresión de la necesidad de acreditar el previo pago del impuesto sobre la renta o sobre sociedades ha sido una medida unilateralmente establecida por el ordenamiento español, que no responde a las exigencias de la Directiva 88/361/CEE y, en buena medida, resulta difícil de explicar a la vista del reforzamiento de los deberes de declaración e información a efectos de las transacciones económicas con el exterior que ha establecido el repetido Real Decreto 1816/1991.

NOTAS

(1) Cfr. al respecto MATTERA, A., *El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento,* trad. española de LAPICO LANDROVE, C., Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 547 y siguientes.

(2) *Vid.* el Doc. MAE 170/f156 que reproduce, en este aspecto, GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal de las inversiones comunitarias en España y de las españolas en países comunitarios,* Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 28, nota 4.

(3) Cfr. BACHE, J. P., «La libération des mouvements de capitaux et l'intégration financière de la Communauté», *Revue du Marché Commun,* n.º 304/1987, págs. 77 y siguientes.

(4) En este sentido, con las oportunas referencias, GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 28.

(5) En los términos de MATTERA, A., *El mercado único...,* cit., página 553.

(6) Cfr. KIEMEL, W., en VON DER GROEBEN, H., *et al., Kommentar zum EWG-Vertag,* Baden-Baden, 1983, Art. 67 Rdn. 1; GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 28.

(7) Cfr. MATTERA, A., *El mercado único...,* cit., pág. 553.

(8) Cfr. GARAU SOBRINO, F., *op. últ. cit.,* págs. 28-29.

(9) Que recogió los trabajos del Comité Intergubernamental creado en la Conferencia de Mesina, en junio de 1955; cfr. *Rapport des chefs de délégations aux ministres des Affaires Etrangères,* Bruselas, 1956, págs. 92-93.

(10) Cfr. GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 31.

(11) *Vid.* los comentarios generales de GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 31; MATTERA, A., *El mercado...,* cit., pág. 553; y los más específicos de LOUIS, J. V., «Free movement of tourist and freedom of payment in the Community: the Luisi Carbone judgement», *Common Market Law Review,* 1984, págs. 625 y siguientes; y FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Acerca de la invocabilidad del derecho comunitario sobre libre circulación de capitales», en *Gaceta Jurídica de la CEE,* serie D-13, n.º 86, 1990, págs. 64 y siguientes.

(12) Entre los que se incluirían los realizados por los estados miembros entre sí y con terceros, y los de carácter supraestatal, realizados por el Banco Europeo de Inversiones, o las operaciones financieras realizadas al amparo de los artículos 207 y 208 del Tratado, etcétera.

(13) Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, son residentes «las personas físicas domiciliadas en territorio español o que residan principalmente en España y las personas jurídicas con domicilio social en España»; norma de una gran imprecisión, desarrollada con generosidad por el artículo 8 del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, de ordenación del control de cambios, que contiene una presunción *iuris tantum* de residencia de las personas físicas y contempla la situación de los establecimientos y sucursales en España de personas jurídicas extranjeras o residentes en el extranjero.

(14) Tales distorsiones continúan siendo posibles, a nuestro entender, tras el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior, que ha introducido algunos matices en la noción de residentes previamente configurada por el artículo 8 del Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, de ordenación del control de cambios.

(15) Cfr. GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 36-37.

(16) Por lo menos en el caso español, en virtud de la noción de residencia de las personas jurídicas que emplean la Ley 40/1979 y el Real Decreto 2402/1980, de régimen jurídico del control de cambios, que acuden únicamente al criterio del domicilio social de la persona jurídica y a la constitución de acuerdo con la legislación española o inscripción en el registro de los establecimientos y sucursales para considerarlos residentes. No obstante, han de tenerse en cuenta los matices que introduce en la materia el Real Decreto 1816/1991, de 20 de

diciembre, extensamente comentado en otro trabajo que se publica en esta misma revista.

(17) No obstante, colmando parcialmente dicha laguna, el repetido Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, se refiere, en su artículo 2.1.º, a la consideración como residentes de «los establecimientos y sucursales en territorio español de personas físicas residentes en el extranjero o de personas jurídicas extranjeras», y viceversa, a la consideración como no residentes de «los establecimientos y sucursales en el extranjero de personas físicas residentes en España o de personas jurídicas españolas».

(18) En este sentido, cfr. PANICO, G., «La libera circolazione dei capitali», en *Manuale di Diritto Comunitario,* vol. 2, UTET, Turín, 1984, pág. 204; igualmente, sobre la base de la doctrina alemana, se pronuncia GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., página 38.

(19) Cfr. GARAU SOBRINO, F., *op. loc. últ. cit.*

(20) Sobre ello, GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 38-39; la misma opinión sustentan los Servicios Jurídicos de la Comisión, según SEIDEL, M., «Escape clauses in European Community Law with special reference to capital movements», en *Common Market Law Review,* 1987, pág. 3; a ello apunta también el planteamiento del Asunto 203/80 (G. Casati) ante el Tribunal de Justicia, que comenta FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Acerca de la invocabilidad...», cit., págs. 61 y siguientes.

(21) En la expresión de MATTERA, A., *El mercado...,* cit., págs. 554 y siguientes.

(22) Sobre ello, *vid.* ORTIZ ARCE, A., «La libertad de circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea», en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo,* T. II, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 293 y siguientes.

(23) Por el momento, para la exposición de tales obstáculos y dificultades, a los que nos referiremos posteriormente, *vid.* MATTERA, A., *El mercado...,* cit., págs. 554-555.

(24) Para el sentido de esas expresiones *vid.* el planteamiento de R. LUZZATTO, según lo expone MATTERA, A., *op. últ. cit.,* página 555, nota 334.

(25) Que exponen y comentan LOUIS, J. V., «Free movements...», cit., págs. 443 y siguientes; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Acerca de la invocabilidad...», cit., págs. 61 y siguientes; y GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 39 y siguientes.

(26) Como el artículo 68, cuyo apartado primero contiene una obligación condicional y poco clara en orden a la concesión de autorizaciones de cambio, mientras que su apartado segundo contiene una prohibición de las discriminaciones *ad hoc,* que ya ha sido comentada, y su apartado tercero una excepción *rationae materiae* respecto de los empréstitos destinados a financiar a un estado miembro o a sus entes públicos territoriales; o el artículo 69, que difiere al Consejo la adopción de las directivas para la progresiva aplicación del artículo 67 del Tratado, o los artículos 70 y 72, relativos a los movimientos de capitales con terceros países.

Conviene resaltar, pese a que no nos interesen especialmente en este momento, las cláusulas de salvaguardia que se establecen junto a los principios orientadores de la liberalización de transacciones (arts. 70 y 73) y transferencias (arts. 108 y 109) de capital, y que, en general, se concretan en la posibilidad de que un estado miembro adopte medidas de protección para los supuestos de perturbaciones en los mercados de capitales, fugas de capitales debidas a divergencias de regulaciones o dificultades en las balanzas de pagos a causa de la liberalización; sobre todo ello, *vid.,* GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 65 y siguientes.

(27) Sobre dicha cláusula, *vid.* GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs., 48 y siguientes, con mayores referencias.

(28) Cfr. AZOFRA PALENZUELA, V., «El sistema de la Directiva 88/361/CEE y los instrumentos jurídicos para la libre circulación de capitales», en AA.VV., *Libre circulación de capitales en la CEE,* Lex Nova, Valladolid, 1990, pág. 55.

(29) Para el que pueden verse, entre nosotros y por todos, ALVAREZ PASTOR, D., y EGUIDAZU PALACIOS, F., «Los movimientos de capitales en la CEE», en PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA número 25, págs. 73 y siguientes; y GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 81 y siguientes.

(30) Cfr. AZOFRA PALENZUELA, V., «El sistema de la Directiva...», cit., pág. 55.

(31) Cfr. ORTIZ ARCE, A., «La libertad...», págs. 295 y siguientes; GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 82 y siguientes; MATTERA, A., *El mercado...,* cit., págs. 564 y siguientes.

(32) Aunque, inicialmente, la lista B pudiera considerarse, como lo hace ORTIZ ARCE, A., «La libertad...», cit., pág. 296, de liberalización incondicional por vía de autorización global, general y previa, lo cierto es que el apartado segundo del artículo 3 de la Directiva de 1960, en la redacción dada por la Directiva 85/566/CEE, al autorizar el establecimiento de restricciones cambiarias cuando la libre circulación pudiera obstaculizar la consecución de los objetivos de política económica de un estado miembro, la transforma radicalmente, según observa GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 85.

(33) Entre nosotros, por todos, *vid.* GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 88 y siguientes.

(34) *Vid.,* las valoraciones de ORTIZ ARCE, A., «La libertad...», cit., págs. 323 y siguientes, y de MATTERA, A., *El mercado...,* cit., página 573.

(35) Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, A., y PIELOW, J. C., «La libertad de circulación de capitales en la doctrina y legislación alemanas», en *Noticias CEE,* 1989, pág. 47.

(36) Como el Informe Delors de octubre de 1987, que profundiza en el examen de las reformas necesarias en el ámbito de la fiscalidad directa para la puesta en marcha de la última fase de la liberalización de los movimientos de capitales; la nota de la Comisión al Comité Monetario y al Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, de diciembre de 1986; las notas de la reunión de Ministros de Economía en Knokke, de abril de 1987, que tienen una importancia menor en cuanto a sus repercusiones en materia de fiscalidad; y, finalmente, el Informe Delors sobre la unión económica y monetaria, presentado el 17 de abril de 1989.

(37) Sobre ello, MATTERA, A., *El mercado...,* cit., pág. 574.

(38) En este sentido, MATTERA, A., *El mercado...,* cit. página 575.

(39) Cfr. LELAKIS, V., «La libération complète des mouvements de capitaux au sein de la Communauté», *Revue du Marché Commun,* 1988, págs. 441 y siguientes.

(40) En este sentido GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 97; MATTERA, A., *El mercado...,* cit., pág. 576.

(41) Cfr. GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 97.

(42) Cfr. GARAU SOBRINO, F., *op. loc. últ. cit.*

(43) Cfr. GARAU SOBRINO, F., «Hacia la liberalización de los movimientos de capitales en la Comunidad Europea: la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio», en *Noticias CEE,* 1989, pág. 39.

(44) Según afirma LELAKIS, V., «La libération...», cit., páginas 441 y siguientes.

(45) Los enumera GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., páginas 99 y siguientes.

(46) Cfr. la sentencia *Brugnoni* y *Ruffinengo*, de 24 de junio de 1986, en el Asunto 157/85, que comenta FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Acerca de la invocabilidad...», cit., págs. 66 y siguientes.

(47) Precisamente en ejercicio de ese derecho de los estados miembros, el Real Decreto 1816/1991, extensamente analizado en otro trabajo incluido en esta misma publicación, tras establecer diversas obligaciones de declaración en sus artículos 5, 6 y 7, prevé, en su artículo 8, que «el Ministro de Economía y Hacienda podrá excepcionalmente someter a un trámite de previa verificación o declaración las operaciones de cobro, pago o transferencia del o al exterior derivadas de los tipos de transacciones que se determinen, cuando dicho trámite resulte conveniente para el adecuado conocimiento por la Administración de las transacciones realizadas y, en particular, para el mantenimiento de los registros de activos o pasivos exteriores y *la comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias*» (la cursiva es nuestra). La Orden de 27 de diciembre de 1991, en desarrollo del citado Real Decreto, ha venido a regular las condiciones y procedimientos de las declaraciones y controles sobre las transacciones con el exterior, y sobre los cobros, pagos y transferencias derivados de las mismas, en términos que concreta, para las entidades financieras, la circular 1/1992, de 15 de enero, del Banco de España.

(48) Cfr. al respecto GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., págs. 100-101.

(49) En concreto, la sentencia de 24 de junio de 1986 *Brugnoni* y *Ruffinengo,* comentada en este aspecto por GARAU SOBRINO, F., «Hacia la liberalización...», cit., pág. 40.

(50) De ella da extensa noticia GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...,* cit., pág. 101.

(51) Como buena muestra de la confluencia de dichos problemas y de las dificultades para deslindarlos, *vid.* el conjunto de trabajos incluidos en AA.VV., «Reformas y armonización de la fiscalidad sobre el capital», *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* 1, 1991, *passim.*

(52) Cfr. *Rapport des Chefs de Délégations...,* cit., *passim.*

(53) Giorgio STEFANI, «Libre circulación de capitales. Disparidad de los regímenes impositivos, difícil armonización y fácil deslocalización del ahorro», en AA.VV., *Libre circulación de capitales en la CEE,* cit., pág. 138.

(54) No obstante, a medida que se avance en el proceso de integración del Sistema Monetario Europeo, estos márgenes de maniobra se reducirán y, consiguientemente, aumentará la importancia del componente tributario en las decisiones de inversión y, en lo que a nosotros interesa, aumentará la necesidad de homogeneizar el tratamiento fiscal del ahorro. En todo caso, queremos señalar que el año 1993 no tiene por qué suponer el comienzo del trasvase de ahorro nacional hacia otros países comunitarios.

(55) Como muestra de tales discrepancias, *vid.,* por todos, LASHERAS MERINO, M. A., y MONES FARRE, M. A., «La fiscalidad del ahorro en España ante la liberalización de capitales y la integración monetaria europea», *Papeles de Trabajo del IEF* número 16, 1989, *passim.*

(56) En la sentencia de 24 de junio de 1986 (As. 157/85), el Tribunal de Justicia ha señalado que «en la medida en que el derecho comunitario haya pretendido conseguir una liberalización completa de determinados movimientos de capitales, las normas comunitarias pretenden eliminar no sólo las restricciones relativas a operaciones de cambio, sino también cualquier obstáculo administrativo que pueda representar una traba para la liberalización que se pretende».

Aunque el pronunciamiento no afecta directamente a la materia tributaria, es ilustrativo de la posición del Tribunal en torno a la necesidad de eliminar restricciones u obstáculos, no meras divergencias, entre los estados que restrinjan la libre circulación.

(57) En la sentencia de 28 de enero de 1986 (As. 270/83), el Tribunal de Justicia ha declarado —aunque fundándose en el artículo 52 del Tratado, que afecta al derecho de establecimiento— que Francia había incumplido las obligaciones derivadas de dicho precepto «al no conceder a las sucursales y agencias en Francia de las sociedades de seguro con sede en otro estado miembro, en las mismas condiciones que a las sociedades de seguros con sede en Francia, el beneficio del *avoir fiscal* en relación con los dividendos de sociedades francesas que dichas sucursales y agencias perciben».

Aunque existen diferencias entre las consecuencias de la libre circulación de servicios y capitales, creemos que el mencionado pronunciamiento es ilustrativo para concretar el concepto de restricción contraria al ejercicio de una libertad fundamental del Tratado de Roma.

De forma más rotunda, en la *Note des services de la Commission à l'attention du comité monétaire et du comité des gouverneurs des banques centrales,* titulada *Implications d'une libération complète des mouvements de capitaux au sein de la Communauté,* de diciembre de 1986, se afirma lo siguiente:

«3.1. Se puede identificar, en la normativa interna de los estados miembros, varios tipos de medidas discriminatorias o de obstáculos indirectos a los movimientos de capitales y a la prestación de servicios financieros:

3.1.1. En materia tributaria: en varios países miembros existe un tratamiento privilegiado en favor de los títulos-valores nacionales, en relación con el impuesto personal sobre la renta o respecto de los impuestos que gravan la transmisión de títulos.»

El texto citado se recoge en Commission des Communautés Européennes, *Création d'un espace financier européen.* Office des publications officielles des Communautés Européennes. Bruselas, 1988, pág. 33.

(58) *Vid.,* como ejemplo, la ya comentada sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981 (As. 203/80, *Casati).*

(59) Recientemente, TANZI, V., y LANS BOVENBERG, A., en «¿Es necesario armonizar los impuestos sobre la renta del capital entre los países de la CEE?», en *Reforma y armonización de la fiscalidad...,* cit., págs. 141-148, han abogado por la armonización de la fiscalidad sobre el capital porque, en caso de no lograrse, la asignación del capital entre países sería ineficiente, ya que la tasa de rendimiento del capital tendería a igualarse entre los países después, y no antes, del pago de impuestos; junto a ello, se arguye que la inexistencia de armonización podría llevar a los estados a adoptar medidas fiscales unilaterales que podrían provocar efectos negativos sobre otros países comunitarios y generar movimientos de capital potencialmente perturbadores que afectarían a los tipos de cambio.

(60) *Vid.* «Les propositions présentées par la Commission au Conseil pour la création d'un espace financier européen», Documento COM (87) 550 final, recogido en el libro *Création...,* cit., pág. 287.

(61) Así, WYPLOSZ, C., en «La libre circulation de capitaux et le SME: un point de vue français», recogido en el documento *Création...,* cit., pág. 127, considera que «es preciso guardarse de concluir que la armonización es condición *sine qua non* de

la liberalización. Como ha demostrado el ejemplo de la liberalización de los intercambios comerciales, los tributos y su regulación pueden evolucionar, y evolucionan efectivamente con el tiempo. Por ello es perfectamente concebible que se permita a los regímenes fiscales y reglamentarios de los diferentes países concurrir entre sí y que se produzca gradualmente la armonización de los sistemas».

Más recientemente, y desde una perspectiva netamente económica, puede citarse el trabajo de CNOSSEN, S., «En dirección hacia una armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea», en *Reforma y armonización...,* cit., págs. 197-224.

(62) Como señala TERMES, R., «La fiscalidad de los capitales a la luz de su libre circulación», en *Noticias CEE,* n.º 60, 1990, pág. 103, «el Reino Unido, a pesar de tener establecidas, con notables excepciones, una retención, no pequeña por cierto, sostiene la tesis de que el Tratado de Roma no autoriza la emisión de una directiva en la línea proyectada [se refiere el autor a la propuesta de directiva sobre régimen común de retención a cuenta sobre los intereses de 1989, a la que posteriormente aludiremos] y que la armonización que deba producirse será el resultado de las fuerzas del mercado, una vez la libertad de movimientos de capital esté verdaderamente en vigor y, por lo tanto, se opuso a la directiva».

(63) En opinión de TERMES, R., «La fiscalidad...», cit., página 101, «éste es el argumento que aducen quienes, consecuentes con la doctrina liberal, piensan que la armonización vendrá impuesta por la fuerza del mercado y que no quiere, por tanto, un esfuerzo concertado por parte de los gobiernos de los países miembros».

En parecido sentido se pronuncia FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., «Innovación financiera, liberalización de los movimientos de capitales y fiscalidad comunitaria», en *Noticias CEE,* 1990, pág. 36, quien, no obstante defender la armonización, afirma que «en el plano comunitario nos inclinamos a pensar que los hechos quizá acaben dando la razón a quienes piensan que la armonización vendrá impuesta por las fuerzas de mercado, en vez de ser el producto de laboriosos esfuerzos de nuestros representantes en Bruselas. Con una decidida apuesta por la libre circulación de capitales, lo que acabará sucediendo será que las autoridades nacionales de los países donde el trato fiscal es más severo terminarán por darse cuenta de los graves problemas que resultan de esta situación, quedando inevitablemente abocados a modificar el régimen tributario de la retención fiscal en origen».

(64) Aparte del caso inglés, cuya posición es clara al respecto, Francia parece inclinarse por alimentar las tesis armonizadoras, pero, al mismo tiempo, por modificar su sistema tributario propugnando un alineamiento con la fiscalidad europea —por ejemplo, en materia de intereses— o por negociar con otros países comunitarios el problema de las retenciones en la fuente. Véase el Informe BOITEUX, *Fiscalité et marché unique européen. Rapport d'étape au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie, des Finances et de la Privatisation. Commission présidée par Marcel Boiteux,* La Documentation française, París, 1988.

La posición española sobre este punto sólo puede inferirse de las declaraciones de nuestros representantes en las instancias comunitarias, desde donde se ha defendido la idea de la armonización, pero no existe un documento sistemático en el que se hayan abordado los problemas financieros, monetarios y tributarios que implicará la libre circulación de capitales comunitaria. Algún autor con importantes responsabilidades en la materia, como es CRUZ AMORÓS, M., «La adaptación del sistema tributario español a las exigencias de armonización de las Comunidades Europeas», *Documentos de Trabajo de la Secretaría de Estado de Hacienda,* n.º 23, Madrid, 1990, pág. 25, ha afirmado que «en este momento, más que una reconsideración del sistema tributario en la perspectiva de la pura liberalización de los movimientos de capitales, lo que posiblemente se va a producir es una continuidad en la tendencia que ahora se puede apreciar en materia de imposición directa, en esas dos líneas que veíamos antes en el comportamiento de nuestro sistema tributario en 1987: la reducción de la presión fiscal individual para que la alternativa de traslación de recursos no sea una alternativa fiscal y la simplificación en el cumplimiento de las obligaciones tributarias».

(65) La posición del Informe Neumark en torno a la necesidad de armonización del impuesto sobre sociedades puede encontrarse, *in extenso*, en HUCHA CELADOR, F. de la; en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia,* IEF, Madrid, 1990, páginas 583-586.

(66) Tales medidas, en lo que afecta a la fiscalidad relativa a la libre circulación de capitales, eran las siguientes:

«1.º Establecimiento de un sistema armonizado de retención en la fuente.

(...) 3.º Ajuste y armonización de la fiscalidad de las sociedades mobiliarias y de los fondos de inversión para evitar que las inversiones efectuadas a través de estas entidades se vean en desventaja frente a las inversiones directas.

(...) 6.º Armonización de la estructura y aproximación de los tipos del impuesto sobre sociedades, siendo deseable que esta labor se complete con la aproximación de los elementos de cálculo de la base imponible, fijando, en especial, las reglas de principio relativas a las amortizaciones, plusvalías y evolución de los *stocks,* compensación de pérdidas, reservas y provisiones no sujetas, etcétera».

El programa completo de la Comisión puede verse en HUCHA CELADOR, F. de la, *op. últ. cit.,* págs. 587-588.

(67) *JO* C 28, de 27 de marzo. *Vid.* HUCHA CELADOR, F. de la; en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...,* cit., pág. 590.

(68) En sentido jurídico, la armonización sólo puede predicarse, *ex* Tratado de Roma, respecto de la imposición indirecta (art. 99); en el ámbito de la imposición directa es técnicamente más correcto hablar de aproximación de las legislaciones, término utilizado en el artículo 100 del Tratado, precepto en el que se han basado los intentos de *armonización* de la imposición directa.

No obstante, como hemos visto, la Comisión maneja indistintamente ambos términos, sin diferenciar el sector de la imposición a que afectan, y, en consecuencia, utilizaremos, en el futuro, la expresión armonización también para referirnos a las labores comunitarias en el marco de los impuestos directos. Incluso, tras el Acta Unica Europea, algún precepto ubicado en el capítulo dedicado a la «aproximación de las legislaciones» habla de armonización (cfr. art. 100-B.1).

(69) *Vid.* la opinión dominante en CAYÓN, A., en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...,* cit., página 162.

(70) La tesis de BURGIO, M. se puede encontrar en *Derecho fiscal europeo,* IEF, Madrid, 1983, y en «La armonización del impuesto sobre los beneficios de las sociedades en la Comunidad Económica Europea», en *Civitas REDF,* Madrid, 1987, número 54.

La tesis de WAGENBAUR, R., en *Le Droit de la Communauté Economique Européenne. Dispositions fiscales et rapprochement des législations,* Presses Universitaires, Bruselas, 1973, volumen 5.

Sobre el artículo 67, las tesis de BURGIO y WAGENBAUR, y otros preceptos invocados por la doctrina para la armonización de

algunos aspectos de la imposición directa, *vid.* HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...,* cit., pág. 583.

(71) En la sentencia de 11 de noviembre de 1981 (As. 203/80, *Casati),* el Tribunal señala que «la libre circulación de capitales constituye, como la de personas y servicios, una de las libertades fundamentales de la Comunidad. Por añadidura, la libertad de ciertos movimientos de capitales es, en la práctica, una condición para el ejercicio eficaz de otras libertades garantizadas por el Tratado, en particular del derecho de establecimiento».

(72) Como señala FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., «Innovación financiera...», cit., pág. 34, «en el caso de que no se produzca la armonización, pueden presentarse tres tipos de distorsiones:

«*a)* Distorsión fiscal, provocada por el deseo de beneficiarse de un régimen fiscal más favorable en el extranjero, que supone una operación de evasión o fraude generadora de reducciones en la recaudación tributaria.

b) Distorsión financiera, generada por el desplazamiento del ahorro y capitales nacionales hacia los países de tributación más favorable, que provoca desequilibrios entre el ahorro nacional y la inversión.

c) Distorsión bancaria, resultante del desplazamiento, por razones fiscales, hacia la utilización de servicios bancarios en los países más favorables, con lo que puede reducirse la importancia de las plazas financieras de determinados países.»

En parecido sentido se pronuncia STEFANI, G., «Libre circulación...», cit., págs. 140-141, para quien la deslocalización total del ahorro que puede provocar la libre circulación de capitales será el resultado conjunto de tres tipos de deslocalizaciones: fiscal, financiera y bancaria.

(73) COM (83) 207 final.

(74) *La realización del mercado interior. Libro Blanco de la Comisión a la atención del Consejo europeo (Milán, 28-29 de junio de 1985),* presentado por la Comisión el día 14 de junio de 1985, COM (85) 310 final.

(75) COM (86) 292 final, recogido en el libro *Création...,* op. cit., págs. 15-23.

(76) «Les propositions présentées par la Commission au Conseil pour la création d'un espace financier européen. I. Communication de la Commission. Création d'un espace financier européen», COM (87) 550 final, recogida en la obra *Création...,* cit., págs. 281-323.

(77) Como señala la Comisión, «la liberalización de los movimientos de capitales no podrá dar todos sus frutos si las decisiones de inversión están falseadas por diferencias importantes en la fiscalidad de las empresas entre los estados miembros. Se trata no sólo de las decisiones de las empresas relativas al lugar de establecimiento de su sede administrativa y al lugar de ejercicio de su actividad, sino también de las decisiones de los accionistas y de los inversores individuales relativas al lugar donde desean colocar sus fondos; *vid.* «Les propositions...», cit., pág. 287.

(78) Como señala CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización de los impuestos en Europa,* IEF, Madrid, 1990, pág. 77, «a la hora de plantearse cuáles son las prioridades en el necesario proceso de armonización del Impuesto sobre Sociedades, es preciso tener en consideración que las distorsiones comentadas se producen por la existencia de diferencias en los tipos efectivos de gravamen, por lo que antes de plantearse la armonización de los tipos impositivos nominales o estatutarios, resulta recomendable garantizar la armonización de los tipos efectivos a través de los elementos fundamentales de la base imponible en el impuesto sobre sociedades, como, por ejemplo: las amortizaciones fiscales, la valoración de activos fijos y existencias, los ajustes a la inflación, la compensación de pérdidas y los incentivos fiscales a la inversión y al empleo».

(79) Además, era preciso coordinar los criterios de sujeción de los no residentes en el IRPF y en el IS para evitar las distorsiones; esta coordinación parece intentarse en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta (LIRPF), en cuya exposición de motivos se afirma que «el Impuesto sobre Sociedades es objeto de adaptación a las modificaciones del Impuesto sobre la Renta, particularmente en materia de tributación de no residentes».

(80) Aunque la Comisión no especifica cuál debe ser la nueva horquilla de tipos de gravamen, CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...,* cit., pág. 84, apunta que «considerando válido el margen de flexibilidad de diez puntos, sería más lógico decantarse por una nueva banda comprendida entre el 35 por 100 y el 45 por 100, dentro de la cual se encuentran ya numerosos países».

A nuestro juicio, esta horquilla sigue siendo elevada, dada la tendencia a reducir el tipo de gravamen del IS en los países de nuestro entorno comunitario. Ya en 1988, el Informe Boiteux, en Francia, proponía «la reducción progresiva del tipo del impuesto sobre sociedades hacia un importe del 35 al 33 por 100, vigente ya entre nuestros principales competidores», en *Fiscalité...,* cit., pág. 35.

Estas recomendaciones han sido seguidas por el legislador francés, como lo prueba la Instrucción, de 26 de noviembre de 1990, sobre aplicación de la habilitación de la Ley de Presupuestos para reducir el tipo de gravamen del IS.

(81) Como señala CORONA RAMÓN, J. F., *op. últ. cit.,* pág. 76, «la eliminación de tales distorsiones es el objetivo de la armonización fiscal, que no tiende, por tanto, a unificar sistemas fiscales, sino a aproximarlos, pues las disparidades tributarias entre estados obedecen a razones de diversa índole».

(82) Un examen pormenorizado de la propuesta de 16 de enero de 1969, de la que trae causa la directiva citada, así como sus implicaciones en el sistema tributario español —Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas— puede verse en HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...,* cit., págs. 600-604. Un breve comentario a la Directiva de 1990 puede verse en CARBAJO VASCO, D., «La armonización fiscal de la imposición directa en la Comunidad Económica Europea», en *Cuadernos de Actualidad de HPE,* n.º 5, 1991, página 137.

La adaptación de nuestro ordenamiento a los criterios de la directiva comunitaria se ha producido con la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adaptación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas, cuyo título I incorpora los principios comunitarios no sólo a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores realizados por entidades residentes en diferentes estados comunitarios, sino también a las mismas operaciones realizadas por entidades residentes en territorio español.

A nuestro juicio, la extensión de la directiva comunitaria a las fusiones realizadas entre entidades residentes en España permite eliminar la discrecionalidad que la derogada Ley 76/1980 otorgaba al Ministerio de Economía y Hacienda a la hora de conceder beneficios fiscales a los incrementos de patrimonio generados como consecuencia de tales operaciones; junto a ello, se garantiza la neutralidad fiscal de las fusiones y escisiones, y se facilita la concentración empresarial en el ámbito de la CE, y, a nivel más reducido, en nuestro país, concentración indispensable para afrontar los retos que plantea la competitividad internacional.

(83) Este porcentaje de participación se ha elevado, respecto del que se contenía en la propuesta de 16 de enero de 1969 (20 por 100), para que se ajustase a lo previsto en el artículo 1 de la Séptima Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio de 1983, sobre cuentas consolidadas, donde se establecen otros supuestos distintos en los que se atribuye a una sociedad la condición de sociedad matriz.

(84) Un estudio exhaustivo de la propuesta de 16 de enero de 1969, de la que trae su origen la directiva que comentamos, y de sus implicaciones en el sistema tributario español —Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, básicamente—, puede verse en HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...*, cit., págs. 605-610. Un breve resumen de la directiva comentada puede encontrarse en CARBAJO VASCO, D., *op. últ. cit.*, pág. 137.

El título II de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, incorpora al ordenamiento español los principios básicos de la directiva comunitaria, señalando la no sujeción a retención de los dividendos distribuidos por las sociedades filiales españolas a sus sociedades matrices residentes en otros Estados comunitarios (art. 18.3), entendiendo, de acuerdo con la normativa comunitaria, por sociedad matriz aquella que posea en el capital social de otra sociedad una participación directa de, al menos, el 25 por 100 (art. 17.2).

Junto a ello, se regula la integración en la base imponible de la sociedad matriz española de los beneficios líquidos distribuidos por la filial residente en otro estado comunitario, junto con el impuesto sobre los beneficios efectivamente pagados, y la deducción en la cuota íntegra del IS de los gravámenes soportados por tales beneficios (art. 18.1 y 2).

Por el contrario, nuestro ordenamiento no ha desarrollado el régimen optativo de consolidación de resultados de las sociedades dominantes y, en consecuencia, sigue vigente la normativa del Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, y del Real Decreto 1414/1977, de 17 de junio, por el que se regula la tributación sobre el beneficio consolidado de los grupos de sociedades.

Debe, además, tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en materia de fusiones, escisiones y aportaciones de activos, donde la Ley 29/1991 ha extendido los principios comunitarios a las operaciones realizadas por entidades residentes en España, en las relaciones sociedades matrices-filiales españolas no se ha producido la mencionada extensión. Ello no obsta para que el régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales residentes en España sea, con alguna matización, similar al previsto en la Ley 29/1991, si bien cuando ambas entidades residan en nuestro territorio, la sociedad matriz aplicará a los dividendos percibidos de su filial la deducción prevista en el artículo 24.2.*b)* de la LIS (según la nueva redacción dada por la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, del IRPF).

(85) La creación de condiciones de neutralidad fiscal de cara a asegurar la libre circulación de capitales atañe no sólo a la tributación de los beneficios sociales, sino también, como señala CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...*, cit., pág. 29, «al tratamiento de dividendos, intereses y *royalties* a través de fronteras. Otros aspectos clave a estudiar son los precios de transferencia, las relaciones entre matrices y filiales, la regulación de fusiones y escisiones, etcétera».

A diferencia de las dos directivas anteriormente comentadas, cuyo desarrollo interno se ha producido con la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, el Convenio que nos ocupa deberá ser, previamente, ratificado por el gobierno español para que se incorpore a nuestro ordenamiento interno.

(86) En nuestro ordenamiento, el artículo 43.Dos.*e)* y *f)* del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, declara no sujetos a retención los dividendos y resultados distribuidos por las sociedades de inversión mobiliaria y fondos de inversión, respectivamente, a las personas físicas residentes en otros estados comunitarios, siempre que dichas instituciones de inversión colectiva coticen en Bolsa.

Idéntica previsión se establece cuando el socio o el partícipe sea una persona jurídica residente en otro estado comunitario, de acuerdo con la disposición adicional primera del Reglamento del IRPF.

(87) En el Informe Boiteux, al tratar de la fiscalidad de los productos financieros intermediados, se señala que «más aún que el problema del fraude fiscal, se encuentra planteado el problema de la evasión fiscal: la intermediación financiera es un medio para el ahorrador individual de acceder parcialmente a esta posibilidad de optimización fiscal que hasta ahora estaba reservada a las instituciones y personas jurídicas. Por el momento, teniendo en cuenta la muy lenta maduración de los proyectos de liberalización de las prestaciones de servicios, el examen de los problemas fiscales relativos a los productos intermediados puede limitarse a los Organismos de Inversión Colectiva de Capital Mobiliario (la directiva entrará en vigor el 1 de octubre de 1989) y a los seguros del vida (el proyecto de directiva es esperado para 1988, con una aplicación probable desde 1992).

»En el ámbito de los Organismos de Inversión Colectiva de Capital Mobiliario, la deslocalización de ciertas entidades francesas hacia Luxemburgo ya se ha producido. Este fenómeno, cuyo alcance está limitado hoy en día por el control de cambios y por la prohibición de comercializar en Francia las participaciones en dichos organismos, tomará una mayor amplitud cuando dicha comercialización sea liberalizada», *vid., Fiscalité...*, cit., página 38.

Recordemos que el informe está redactado antes de la entrada en vigor de la Directiva 85/611/CEE. Los problemas que plantean los Organismos de Inversión Colectiva son dobles: domiciliación de organismos en otro estado miembro (generalmente, Luxemburgo) y comercialización de las participaciones de organismos domiciliados en Luxemburgo en otros estados miembros.

Esta última posibilidad existe ya en España y, por ejemplo, algunas cajas de ahorro afiliadas a la organización EUFIGEST pueden comercializar participaciones de fondos de inversión domiciliados en Luxemburgo.

(88) Un examen exhaustivo de la propuesta que nos ocupa y de sus implicaciones en la Ley 46/1984, de Instituciones de Inversión Colectiva, puede verse en HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...*, cit., págs. 619-624.

(89) La propuesta afecta no sólo a los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, sino también a los empresarios sujetos al impuesto sobre la renta que cumplan con el requisito señalado en el texto. Un tratamiento amplio de esta propuesta y de sus implicaciones en el sistema tributario español —IRPF e IS— puede verse en HUCHA CELADOR, F. de la, *op. últ. cit.*, páginas 624-629.

(90) CARBAJO VASCO, D., «La armonización...», cit., pág. 138.

(91) Recordemos que, en nuestro ordenamiento, el artículo 18.3 de la Ley 29/1991 ha suprimido la retención únicamente para los dividendos abonados por la sociedad filial española a la sociedad matriz residente en otro estado comunitario, en cumplimiento de las previsiones de la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio, pero la mencionada supresión no afecta a los pagos por intereses o cánones, que constituyen el objeto de la propuesta que comentamos.

(92) Esta tendencia a reducir el tipo de gravamen del IS es

constante en los estados miembros. Así, el artículo 4 de la Ley francesa 90/1168, de 29 de diciembre, de Presupuestos para 1991, ha reducido del 37 por 100 al 34 por 100 la alícuota de dicho impuesto para los beneficios obtenidos en los ejercicios abiertos a partir del 1 de enero de 1991.

(93) Como vimos en su momento, la Comisión no ha cuantificado el importe de la reducción de la horquilla de tipos; pero, en los momentos actuales, la evolución en los países miembros llevaría a situar el límite en el 35 por 100 como máximo.

(94) Esta previsión es cumplida por nuestra legislación del IS. Por otra parte, la previsión de tipos reducidos en el IS español cuadraría con lo previsto en el artículo 3 de la propuesta, que permite a los estados miembros, en casos particulares y por razones de política económica, regional o social, y previa comunicación a la Comisión, establecer aumentos o reducciones en el tipo normal.

(95) Existe alguna excepción a esta regla general, como el supuesto de instituciones de interés público exentas de tributación; *vid.* artículo 4.2 de la propuesta de 1975.

(96) Cfr. GUERGEN, R., «L'harmonisation de la fiscalité affectant les entreprises dans la Communauté Economique Européenne», de 22 de abril de 1987, ejemplar fotocopiado.

Existen también normas especiales para aquellos supuestos en los que la sociedad distribuya dividendos provenientes de beneficios no integrados en la base imponible del impuesto sobre sociedades *(vid.* art. 9 de la propuesta).

(97) Basamos esta afirmación en la posición de algunos estados miembros en torno a la propuesta de directiva de 1989 sobre establecimiento de un régimen común de retención sobre los intereses, vid. *infra.*

En el mismo sentido se pronuncia CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...,* cit., pág. 84, para quien «el tipo de retención en la fuente sobre los dividendos (...) se sitúa hoy en la banda alta de las retenciones por dividendos de los países comunitarios».

(98) Esta regla general tiene excepciones, fundamentadas en el hecho de que puede exonerarse la práctica de la retención cuando no exista riesgo de fraude o evasión fiscal, lo que corrobora que el sistema común de retención busca esencialmente eliminar éste. Así, la retención propuesta no se aplicaría en el caso de dividendos distribuidos por sociedades filiales a sus matrices situadas en otro estado miembro (idea que, como hemos visto, ha cuajado en la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio) y, de modo facultativo, los estados podrían no someter a retención los dividendos percibidos por sus residentes cuando las acciones sean nominativas o cuando se comunique a la Administración tributaria el nombre y dirección del accionista y la cuantía del beneficio distribuido (art. 14 de la propuesta).

(99) El sistema propuesto es igual al existente en España en el caso del IRPF o del IS para los sujetos pasivos residentes. Existe alguna excepción a este reembolso del exceso sobre la cuota de la retención; en concreto, cuando ésta se practique sobre una persona o entidad que no sea sujeto pasivo de los impuestos sobre la renta o sobre sociedades, o en aquellos supuestos en que el reembolso contraríe la neutralidad fiscal (art. 16).

(100) Como han señalado TANZI, V., y LANS BOVENBERG, A., «¿Es necesario armonizar...?», cit., pág. 159, «algunos países que establecen tipos legales relativamente altos conceden desgravaciones por amortización más generosas para compensar los efectos desincentivadores de tipos legales elevados».

(101) Como señala TANZI, V., y LANS BOVENBERG, A., *op. últ. cit.,* pág. 149, «los tipos de gravamen reglamentarios son indicadores imperfectos de cómo los impuestos sobre sociedades afectan a las decisiones de inversión en los países de la CE, porque las principales diferencias intracomunitarias se mantienen tanto en relación a la definición de la base imponible como al grado de cumplimiento».

(102) En la sesión de 2 de mayo de 1979, el Parlamento Europeo adujo que «si se quiere asegurar la neutralidad fiscal, es preciso armonizar no sólo los sistemas impositivos, sino también las disposiciones que han de regir para el cálculo de las rentas sometidas a gravamen en el impuesto sobre sociedades».

Algún autor, como GUERGEN, R., ha señalado las mismas deficiencias en el proceder de la Comisión, afirmando que «la aproximación de los tipos deberá producirse en el estadio final de la armonización» y que, con anterioridad, aquélla debería presentar una proposición tendente a armonizar la base imponible donde se «englobaría el conjunto de reglas normales de determinación de los beneficios imponibles; amortización, plusvalías, provisiones, *stocks,* correcciones de valores, gastos generales, etc., y afectaría a todas las empresas con independencia de su forma jurídica», en «L'harmonisation...», citado por HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...,* cit., págs. 595.

(103) Sobre el concepto de *convergencia espontánea, vid.* CAYÓN GALIARDO, A., en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...,* pág. 56; sobre su incidencia en el IS, *vid.,* en el mismo trabajo, HUCHA CELADOR, F. de la, páginas 596-598.

No creemos, sin embargo, que este fenómeno sea equiparable al de *armonización impuesta por el mercado,* que, como hemos visto, se ha manejado por algunos autores y estados miembros para defender la innecesariedad de que la eliminación de las distorsiones tributarias a la libre circulación de capitales sea promovida por los órganos comunitarios y se traduzca, normativamente, en la aprobación de directivas.

(104) En relación con las amortizaciones, la Comisión parte de la necesidad de que se relacionen las amortizaciones contables y tributarias (no hay que olvidar el proceso armonizador en materia de derecho de sociedades, plasmado en varias directivas), estableciendo los principios generales sobre las deducciones por amortización. Si bien se prevé la existencia de una única tasa de amortización en función de la vida útil de los activos, se establece un marco muy flexible donde se englobarían las distintas soluciones actualmente establecidas por los países comunitarios.

Esta flexibilidad se extiende también a la hora de regular la valoración de las existencias, puesto que se permite la utilización del precio de adquisición o coste de producción, precio medio ponderado, LIFO, FIFO o métodos análogos, siempre que el criterio elegido sea correcto para reflejar la realidad; incluso se admiten variaciones, siempre que se justifiquen, en la utilización del método elegido.

Por último, en lo que se refiere a las ganancias y pérdidas de capital, se parte de la idea de que las realizadas con bienes del inmovilizado dentro de la actividad empresarial habitual se consideran parte de la base imponible ordinaria del impuesto sobre sociedades, sin permitirse un tratamiento preferencial para las ganancias a largo plazo; junto a ello, se contempla un mecanismo de exención de plusvalías por reinversión, dentro de un plazo y condiciones determinadas.

Un examen del anteproyecto citado puede verse en CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...,* cit., pág. 89, al cual hemos seguido a la hora de hacer este resumen.

(105) Analizando los trabajos de la Comisión de cara a la armonización del impuesto sobre sociedades, CNOSSEN, S., «En dirección hacia una armonización fiscal en la Comunidad Europea», en *Reforma y armonización...,* cit., pág. 222, señala que

«se pueden hacer tres comentarios sobre los esfuerzos de la Comisión por armonizar la base de valoración del impuesto sobre sociedades. Primero, la armonización de la clase de impuesto sobre sociedades puede considerarse una cuestión separada de la armonización de la base de valoración. La cantidad de impuesto sobre sociedades que los accionistas pueden deducirse de su impuesto personal sobre la renta es una cuestión que no afecta al cómputo de los beneficios gravables. A este respecto, el Parlamento Europeo se equivocó. Segundo, la armonización del concepto de beneficio no llevará a tipos efectivos de gravamen iguales (incluso si los tipos nominales son iguales) si la base de valoración no está ajustada con la inflación (en tanto las políticas monetarias no estén armonizadas)».

(106) Quizá no sea éste el lugar adecuado para efectuar estudios sobre psicología de los inversores, pero, dada la importancia que va a cobrar el componente fiscal en los movimientos de capitales intracomunitarios, habría que analizar si el elemento determinante en las decisiones de inversión son las diferencias de presión fiscal nominal o las posibilidades de evasión; de manera que países con una tributación *suave* del ahorro, pero con rígidos controles sobre los intermediarios financieros y sobre los inversores, podrían ver cómo éstos colocan sus capitales en otros estados que, a pesar de mantener una presión fiscal superior, les garanticen la opacidad fiscal.

(107) «La fase final de la liberalización de los movimientos de capitales comporta en sí misma el riesgo de un agravamiento del fraude fiscal. Efectivamente, en todos los estados miembros los inversores podrán percibir las rentas de sus colocaciones en cuentas bancarias abiertas fuera de su país de residencia, lo que aumentará el riesgo de que tales rentas no se declaren en su lugar de residencia»; cfr. «Les propositions...», cit., página 287.

(108) Para la Comisión, «el riesgo es más elevado en el caso de los rendimientos procedentes de intereses, porque la mayor parte de los países industrializados o bien no aplican en absoluto retenciones en la fuente sobre estos rendimientos, o bien establecen exenciones para los no residentes»; cfr. «Les propositions...», cit., pág. 287.

(109) Evidentemente, si los dividendos están sometidos a retención en un estado distinto del de residencia del inversor, pero no hay comunicación de datos de la sociedad que retiene al país donde reside el accionista, sino que los datos sólo son comunicados al país donde está domiciliada la sociedad, el inversor podría optar por no declarar esos dividendos en su país de residencia, asumiendo, como coste fiscal de la inversión, el importe de la retención, que normalmente siempre será inferior al tipo de gravamen al que estarían sometidos dichos dividendos en su país de residencia.

(110) Recordemos que, en el esquema de la propuesta de 1975, el estado que percibe la retención debe, salvo acuerdos bilaterales, reembolsarla al estado de residencia del accionista.

Mientas subsista el riesgo de evasión fiscal, se producirá un fenómeno que podemos denominar de ***deslocalización recaudatoria de las retenciones***, puesto que éstas irán a parar a las arcas del estado de residencia de la sociedad.

(111) En opinión de la Comisión, «estas dos soluciones permitirían asegurar la tributación de cualquier rendimiento procedente de intereses satisfechos en una cuenta bancaria en la Comunidad. En el ámbito administrativo, la retención en la fuente sería muy simple, pero, probablemente, debería ser practicada a un tipo relativamente bajo, y la recaudación de ella derivada revertiría al país donde el rendimiento se genere. La obligación de los bancos de declarar estas rentas permitiría asegurar que los contribuyentes implicados paguen a su país de residencia la totalidad del impuesto. Pero este sistema sólo podría funcionar si el secreto bancario, establecido en varios estados miembros, fuera suprimido»; cfr. «Les propositions...», cit., pág. 288.

(112) Cfr., al respecto, «Les propositions...», cit., pág. 288.

(113) En la propuesta presentada por la Comisión no se contenía esta habilitación-mandato, quizá porque aquélla entendiese que podría formular propuestas basándose en los artículos 8-A, 8-C y 100 del Tratado de Roma. El texto de la propuesta puede verse en «Les propositions...», *op cit.*, páginas 291-311.

La idea del Consejo era establecer unos plazos para la presentación de las propuestas por la Comisión (antes del 31 de diciembre de 1988) y su adopción por el Consejo (antes del 30 de junio de 1989) anteriores a la entrada en vigor de la Directiva (1 de octubre de 1989), conforme se declara en la exposición de motivos de la directiva comentada.

(114) COM (89) 60 final, de 8 de febrero de 1989, y COM (89) 60/3 revisión final, de 12 de mayo de 1989, y DO C 178, de 8 de julio.

(115) Una descripción detallada de la propuesta puede verse en Larraz Escobar, J. A., «Retención en origen sobre los intereses (comentario sobre la propuesta de Directiva sobre régimen común de retención a cuenta sobre los intereses)», en *Noticias CEE,* 1989, págs. 51-54; también en Docavo Alberti, L., «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen común de retención a cuenta sobre los intereses», en *Impuestos,* n.º 12, 1989.

(116) Artículo 2 de la propuesta. Por el contrario, no se consideran intereses los recargos por demora en el pago; cuando los rendimientos de los títulos deriven, total o parcialmente, de un aumento de valor, se entiende por intereses la diferencia entre el precio de emisión y el de reembolso.

(117) Para comparar este tipo de retención con el establecido en el ordenamiento nacional de los estados miembros, *vid.,* con datos de 1989, el trabajo de Román González, M. V., y Rozas Valdés, J. A., «La tributación de las rentas de capital de los estados miembros de la Comunidad Europea», en *HPE,* número 116, 1990, págs. 175-193, que resulta útil a pesar de incurrir en algunos errores.

(118) Como señala Larraz Escobar, J. A., «Retención en origen...», cit., pág. 52, «puesto que dichos convenios son aplicables aunque fuera aprobada la Directiva, la referencia inmediata debe ser el tipo o tipos vigentes en los convenios citados. Pues bien, en el artículo 11 del Modelo de Convenio [se refiere al de la OCDE] el tipo máximo de retención sobre los intereses es del 10 por 100. Lo cual haría prevalecer el Convenio procedente e inoperante en este punto a la Directiva, siempre que el deudor abonara intereses a un residente en otro estado miembro. (Debe advertirse, no obstante, que España —junto a Bélgica y Portugal— formuló una reserva relativa al tipo de gravamen del Modelo de Convenio, por lo que concretamente en nuestro país podría atenuarse el efecto señalado)».

Por ello, la prevalencia del tipo de retención fijado en los convenios de doble imposición resulta sorprendente, por cuanto podría dejar, *de facto,* inaplicada la Directiva, en el caso improbable de que ésta fuera finalmente aprobada.

(119) Los estados miembros pueden no aplicar la retención sobre los intereses cuando el beneficiario de los intereses sea residente en un tercer país (no comunitario) o cuando, siendo residente en el propio estado, se cumpla alguna de las tres siguientes circunstancias: *a)* que la cuantía de los intereses percibidos y los datos del perceptor sean comunicados a la administración tributaria; *b)* que el perceptor de los intereses no esté sujeto, o esté exento, del impuesto sobre la renta o sobre sociedades, y *c)* que los intereses no estén sujetos,

o estén exentos, del impuesto sobre la renta o sobre sociedades.

La posibilidad de no aplicar retención a cuenta sobre los intereses percibidos por no residentes comunitarios se justifica en base al temor de algún estado miembro de que su establecimiento provocaría una deslocalización del ahorro europeo hacia los mercados de capitales americanos. En la respuesta de la Comisión a la cuestión escrita 639/85, de 5 de junio, ésta ya se mostraba favorable a la iniciativa de los estados miembros de suprimir la retención en la fuente sobre rendimientos de obligaciones percibidos por no residentes, porque tal medida favorece la libre circulación de capitales y permite evitar un desplazamiento de fondos hacia el mercado norteamericano, que había adoptado unilateralmente una medida similar.

Junto a ello, existen excepciones facultativas de carácter objetivo cuando los intereses se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: *a)* no estén sujetos al impuesto sobre la renta o sobre sociedades en aplicación de medidas de fomento del ahorro popular; *b)* constituyan rendimientos de carácter comercial o industrial para los beneficiarios; *c)* constituyan rendimientos de un valor internacional (euroobligaciones).

(120) Recordemos la postura de la Comisión, en 1985, favorable a la supresión de la retención sobre los intereses provenientes de obligaciones cuyos tenedores sean no residentes comunitarios.

No obstante, como señala LARRAZ ESCOBAR, J. A., «Retención a cuenta...», cit., pág. 54, «hay otros motivos (distintos del establecimiento de la retención) que desaconsejan el alejamiento geográfico de las plazas comunitarias».

(121) Como señala CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...,* cit., pág.97, «Alemania, Holanda, Bélgica e Italia son más favorables a reducir dicho tipo al 10 por 100, ante el temor de que una imposición elevada encarezca el crédito y provoque una fuga de capitales hacia terceros países. En el mismo sentido también está sujeta a debate la exención prevista para las euroobligaciones».

(122) El artículo 9 de la propuesta contempla el propósito de ampliar el ámbito de aplicación de la retención a cuenta en el plano internacional mediante negociaciones de la CE con sus principales socios comerciales.

(123) Dejando de lado el caso de Luxemburgo, sería, en 1989, el supuesto de Dinamarca y Holanda, si bien en ambos países las instituciones financieras informan a la Administración tributaria de los intereses que abonan.

(124) Como señala FERNÁNDEZ DE ARAOZ, «Innovación financiera...», cit., págs. 35-36, «Alemania Federal no tenía, hasta hace poco tiempo, retención alguna sobre intereses. Recientemente, se introdujo una retención del 10 por 100, y el resultado, desde el punto de vista de la fuga de capitales (legal, eso sí...) a Luxemburgo y Suiza, fue catastrófico, ya que, desde la introducción de la medida, se calcula que por lo menos 100.000 millones de marcos han abandonado el país. Esta salida de capitales explica en parte la debilidad del marco alemán en los últimos meses. Por todo ello, el nuevo Ministro de Finanzas, señor Weigel, abolió la recién implantada retención del 10 por 100. Con esta experiencia a cuestas no es de extrañar que el gobierno alemán pensara que la introducción generalizada de una retención del 15 por 100 incrementaría la huida de capitales a países terceros, radicalizando por ello su inicial oposición a la Directiva de armonización fiscal».

Un estudio amplio del *Quellensteuer* es ofrecido por SCHELESINGER, H., «Salidas de capital y fiscalidad. El caso de la República Federal de Alemania», publicado en *Reforma y armonización...,* cit., págs. 43-57. La retención establecida por Alemania fue suprimida en mayo de 1989.

(125) Es el caso de Francia y Holanda. En el caso de los Países Bajos, como hemos visto anteriormente, no existen en su ordenamiento interno retenciones a cuenta sobre los intereses (aunque sí sobre los dividendos), pero las instituciones financieras están obligadas a comunicar la relación de los perceptores a la Administración tributaria.

El caso francés es distinto, porque sí existe un sistema de retención, junto a deberes de información de las entidades financieras. Sin embargo, Francia tiene uno de los tipos de retención más altos de los países europeos (entre el 27 y el 52 por 100 en 1988, según los casos), lo cual provoca el temor de una huida masiva de ahorro interior como efecto de la liberalización de los movimientos de capitales.

La Comisión opta, en su propuesta de 1989, por el sistema de retención en la fuente «para respetar rigurosamente las condiciones de secreto bancario, esenciales para un país como Luxemburgo», como señala CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...,* cit., pág. 97.

(126) Como señala CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...,* cit., pág. 96, «Luxemburgo, merced a la no aplicación de retenciones sobre los intereses bancarios, ha conseguido atraer importantes cifras de capital del resto de los países comunitarios, lo que se ha convertido en su principal fuente de riqueza».

(127) Junto a ello, el establecimiento de un sistema de retención a cuenta sobre los intereses podría representar un duro golpe para los paraísos fiscales británicos: islas de Jersey, Guernessey y Man.

(128) No obstante, según manifestó AUREAND, A., jefe del gabinete de la comisaria europea Mme. Scrivener, el 27 de junio de 1991, en el seminario *La fiscalidad en el mercado interior europeo,* UIMP, Barcelona, una alternativa posible al actual tratamiento fiscal del ahorro sería el establecimiento de una retención en la fuente liberatoria, que podría situarse en torno al 10 por 100. En todo caso, sí confirmó que la armonización de la fiscalidad del ahorro será debatida a partir de 1993, lo que significa renunciar a ella antes del inicio del mercado único.

(129) Comentando los efectos de la liberalización de los movimientos de capitales sobre los residentes franceses, y la posibilidad que se abre para que coloquen sus inversiones en otros países comunitarios (fundamentalmente Luxemburgo), el Informe Boiteux señalaba que «podrá hacer más difícil, para la administración tributaria francesa, el instrumento de control actualmente constituido por la comprobación basada en las declaraciones de rendimientos efectuada por los intermediarios financieros, si bien la cooperación entre las administraciones tributarias de los distintos países puede ofrecer apoyos no desdeñables en la identificación de las bases imponibles»; cfr. *Fiscalité..., op. cit.,* pág. 26.

(130) Como señala TERMES CARRERÓ, R., «La fiscalidad...», cit., pág. 104, poniéndolo en boca del Vicepresidente de la Comisión, señor Brittan, «si no se ve, en muchos años, la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre las retenciones a cuenta del impuesto, la alternativa basada en el intercambio de información tiene todavía muchas menos posibilidades de ser aceptada. Y es natural que así sea, ya que este camino supone el levantamiento del secreto bancario, punto en el que algunos países, ni siquiera por razones de colaboración fiscal, están dispuestos a ceder lo más mínimo».

(131) Por otra parte, la trascendencia del intercambio de información sería fácilmente eludible, como pone de relieve TERMES CARRERÓ, R., «La fiscalidad...», cit., pág. 104, cuando señala que «los que están tras la idea que estoy exponiendo desean que el país de destino, por ejemplo, Luxemburgo, informe al fisco español de los rendimientos obtenidos en Luxemburgo sobre el capital transferido por el residente español. Des-

de luego que a nadie se le oculta que este mecanismo sería fácilmente eludible mediante la creación de sociedades residentes, siguiendo con el ejemplo, en Luxemburgo, propiedad de residentes españoles».

(132) En definitiva, España podrá controlar la salida de capitales de residentes en nuestro país para la realización de inversiones en otros estados comunitarios —y este control es uno de los objetivos del Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre—, pero resultará difícil que la Administración tributaria española conozca el rendimiento de esas inversiones, e incluso su materialización.

(133) Recordemos que en 1989 la Comisión se decantó por el sistema de retención en la fuente y no por el establecimiento de una declaración obligatoria, como pretendían Francia y Holanda, precisamente para respetar las condiciones del secreto bancario, esenciales para Luxemburgo. La previsible oposición de Luxemburgo es también recogida por LARRAZ ESCOBAR, «Retención...», cit., pág. 54, y por CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...*, cit., pág. 96.

(134) A nuestro juicio, el establecimiento de deberes de información tributaria a las entidades financieras es una medida fiscal y no mercantil; por lo tanto, regiría la regla de la unanimidad prevista en el Tratado de Roma. Tratar de encontrar una naturaleza no tributaria en los deberes de información a las autoridades fiscales, a fin de soslayar la regla de la unanimidad y aislar la posición de Luxemburgo, constituye un ejercicio inútil.

(135) En definitiva, se podría producir un movimiento de *convergencia espontánea* de la fiscalidad del ahorro o, como gusta decir a algunos, una armonización por las fuerzas del mercado.

(136) La cláusula de salvaguardia del artículo 3 de la Directiva es, como señala GARAU SOBRINO, *Régimen legal...*, cit., páginas 98 y siguientes, «específica y provisional», ya que sólo puede afectar a determinadas inversiones y porque su continuidad más allá de 1993 aparece condicionada a la decisión que el Consejo adopte.

Aunque, evidentemente, no constituye una medida de salvaguardia en el sentido que esta expresión tiene en el artículo 3 de la Directiva, ni tampoco una medida que restrinja la libre circulación de capitales, conviene señalar que el artículo 98.1 de la Ley de Presupuestos francesa para 1991 ha establecido, para prevenir la evasión fiscal que podría derivarse de la libre circulación de capitales intracomunitarios, la obligación —sólo respecto de las personas físicas— de declarar las transferencias de fondos hacia el extranjero, siempre que superen los 50.000 francos. Esta obligación ha sido regulada reglamentariamente por el Decreto 90/1119, de 18 de diciembre (*JO* de 19 de diciembre).

(137) Esta directiva extendería, posteriormente, su ámbito de aplicación al IVA, como consecuencia de la modificación introducida por la Directiva 79/1070/CEE, de 6 de diciembre.

(138) COM (89) 60, final; *vid.* FERNÁNDEZ DE ARAOZ, «Innovación financiera...», cit., pág. 33.

(139) De ahí que algún estado —Francia—, sumamente preocupado por el fraude fiscal ligado a la libre circulación de capitales, haya establecido que las personas físicas con residencia en Francia, así como las asociaciones y sociedades no comerciales establecidas en el país, han de comunicar, cuando presenten su declaración por el impuesto sobre la renta, las cuentas abiertas, utilizadas o cerradas en el extranjero (art. 98.2 de la Ley 89/935, de 29 de diciembre; las modalidades de aplicación de esta obligación han sido definidas en el Decreto 91/150, de 7 de febrero).

(140) Un examen *in extenso* de la citada directiva puede verse, por todos, con mayores referencias, en HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...*, cit., págs. 647-653.

(141) En nuestro ordenamiento, el desarrollo de la Directiva de 1977 se ha producido con la disposición adicional vigésimo octava de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, donde se contiene una habilitación reglamentaria para dar ejecución a la normativa comunitaria. En virtud de esa habilitación, se dictó el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, donde se regulan aspectos tales como la autoridad competente en nuestro país, el procedimiento, etc., cuyo examen sería en exceso prolijo.

(142) Según hemos visto que entiende GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...*, cit., págs. 35 y 97.

(143) Como señala Comisión en «Les propositions...», cit., páginas 287-288.

(144) Pese a su lógica falta de actualización, pueden servir los ejemplos de beneficios fiscales establecidos en Francia, Italia y Bélgica, recogidos por GUERRERO ARIAS, E., y ROSICH ROMEU, E., «El impuesto sobre la renta de las personas físicas en la legislación comparada de países comunitarios», en *HPE*, Madrid, 1985, n.º 96, págs. 88-90.

Por citar un ejemplo actualizado, en Bélgica, el Real Decreto de 25 de enero de 1991 (*Moniteur* de 29 de enero) ha establecido la exención del *précompte mobilier* de los rendimientos de determinados títulos de la deuda pública, así como de las transacciones sobre estos títulos.

(145) Aunque la Comisión se detenga en el examen de los incentivos fiscales a la inversión en títulos nacionales, también podrían considerarse discriminatorios los beneficios ligados a cualquier tipo de inversión nacional, aunque no se documente en títulos. Sería, por ejemplo, el supuesto de la deducción por inversión en seguros de vida, muerte o invalidez «celebrados con entidades legalmente autorizadas para operar en España», prevista en el artículo 78.4.*a)* de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta.

Siguiendo con el caso español, la exención de los rendimientos del capital mobiliario derivados de planes de ahorro popular debería establecerse sin que aparezca condicionada a su materialización en títulos públicos o valores españoles; habrá, no obstante, que esperar al desarrollo reglamentario del artículo 37.2 de la citada Ley del Impuesto sobre la Renta, 18/1991, para pronunciarse sobre este punto; la aprobación del Reglamento del IRPF, mediante el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, no despeja ninguna de las dudas sobre los activos en que han de materializarse los planes de ahorro popular.

(146) Cfr. «Les propositions...», cit., pág. 289.

(147) *JO* C 21, de 26 de enero de 1980.

(148) Evidentemente, también cabe, como hemos visto anteriormente, mantener los beneficios fiscales extendiéndolos a la inversión realizada en cualquier país comunitario; esta segunda solución podría tener la ventaja de *incentivar* la inversión de los residentes en la CE, evitando, como se ha apuntado por algunos países, fenómenos de deslocalización del ahorro hacia terceros estados.

(149) Cfr. «Les propositions...», cit., pág. 289.

(150) Por ejemplo, el hecho de que, en algunos países, una parte de los activos de estos fondos deba estar invertida en títulos de deuda pública nacional, ¿es una medida de prudente control de su inversión o, por el contrario, una medida de colocación de esos títulos por mecanismos ajenos al mercado, lo

que sirve, además, para abaratar el coste de la financiación del déficit público?

Supuesto que nos inclinásemos por la primera alternativa, ¿no sería más coherente con el mercado único y con la libre circulación que este requisito se entendiera cumplido con la suscripción de deuda pública de cualquier país comunitario?

(151) Aunque la Comisión sólo se refiere a los fondos de pensiones, hay que referirse también a la existencia de otras entidades que realizan una labor de previsión social, *lato sensu* entendida, y que también están sometidas a medidas de control administrativo y financiero de sus inversiones: entidades aseguradoras, mutualidades de previsión social, etc. Quizá la importancia de los fondos de pensiones en los mercados de capitales europeos justifique que la Comisión sólo se detenga en éstos, aunque las conclusiones que extrae serían, a nuestro juicio, perfectamente extrapolables a esas otras entidades a que nos hemos referido.

(152) A partir del 1 de enero de 1992, se modifica el beneficio fiscal aplicable a los partícipes en un fondo de pensiones, ya que se eleva a 750.000 pesetas la cantidad reducible por las aportaciones efectuadas por los sujetos pasivos del IRPF y se suprime la deducción en cuota a que se refería la Ley 8/1987. *Vid.* la exposición de motivos y el artículo 71 de la Ley 18/1991, de 6 de junio.

(153) De la propuesta de directiva de 21 de diciembre de 1979, que veíamos en el epígrafe anterior, se desprendería la misma conclusión.

(154) En el mismo sentido, CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...*, cit., pág. 67, señala que «para conseguir la libre circulación de capitales en la Comunidad, es preciso armonizar tanto en su estructura como en sus tipos impositivos, a todos aquellos impuestos que graven la concentración de capitales en general, ya que tanto los impuestos sobre aportación de capital a sociedades como el impuesto de timbre sobre los títulos generan discriminaciones, dobles imposiciones y distorsiones en la libre circulación de capitales».

(155) De forma muy breve, las propuestas del Informe Neumark pueden sintetizarse del siguiente modo:

— supresión de los impuestos que originen distorsiones intracomunitarias en la libre circulación de capitales;

— transformación en tasas de los impuestos que graven el registro de los actos jurídicos relacionados con la libre circulación de capitales, que deberá ir acompañada de una armonización a escala comunitaria;

— pervivencia y armonización de los impuestos que, gravando la concentración de capitales, no provocan distorsiones en su libre circulación.

Las consideraciones amplias del Informe Neumark sobre esta clase de impuestos pueden verse en HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...*, cit., págs. 541-543.

(156) Estas modificaciones fueron introducidas por la Directiva 73/79/CEE, de 9 de abril; la Directiva 74/553/CEE, de 7 de noviembre, y la Directiva 85/303/CEE, de 10 de junio; sobre el contenido de las modificaciones, *vid.* HUCHA CELADOR, F., *op. últ. cit.*, págs. 543-544.

(157) En lo relativo a los derechos de aportación, la propuesta de la Comisión —siguiendo los postulados del Informe Neumark— optaba por su supresión en los estados miembros; pero, sin embargo, el Consejo optó por su mantenimiento, con coetánea armonización, en base a la trascendencia presupuestaria que tendría una medida derogatoria.

(158) Como señala WAGENBAUR, «se trata de la primera medida comunitaria que implica una armonización tanto de la estructura como de los tipos del impuesto», recogido por HUCHA CELADOR, F. de la, *op. últ. cit.*, pág. 544.

(159) Razones derivadas de la extensión del presente trabajo nos impiden entrar en un examen casuístico de la Directiva de 1969, remitiéndonos a nuestro trabajo *La armonización...*, op. cit., págs. 545-571; con mayor brevedad, puede encontrarse el contenido de la Directiva en CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...*, cit., págs. 67-71.

(160) Sobre el concepto de sociedad de capital, *vid.* sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1987 (As. 112/86).

(161) La potestad de los estados miembros queda supeditada a que el día 1 de julio de 1984 las operaciones societarias a que nos vamos a referir estuvieran sujetas al tipo del 1 por 100.

(162) Este supuesto afectaría a los créditos participativos, pero no a los subordinados.

(163) La armonización de la estructura del hecho imponible obliga a hacer referencia a las exenciones previstas en la Directiva de 1969; dejando de lado las exenciones obligatorias —inaplicables a España, dada la fecha de ingreso en la CEE—, las exenciones potestativas se regulan con gran liberalidad, buscando su paulatina ampliación a fin de lograr el objetivo final de supresión del impuesto. Estas exenciones potestativas son las siguientes:

— operaciones societarias (potestativa u obligatoriamente sujetas) realizadas por sociedades que presten servicios de utilidad pública, siempre que el Estado u otro ente público territorial posean, por lo menos, el 50 por 100 de su capital;

— operaciones societarias realizadas por sociedades que persiguen, únicamente, fines culturales, de beneficencia, asistenciales o educativos;

— ciertas operaciones y/o sociedades pueden ser declaradas exentas por motivos de equidad fiscal, de índole social o para afrontar situaciones especiales;

— las operaciones de aumento del capital social, subsiguientes a una reducción del mismo como consecuencia de pérdidas (lo que se conoce, usualmente, como operaciones acordeón), pero sólo en la parte de aumento que corresponda a tales pérdidas, y con la condición de que el aumento se verifique en los cuatro años siguientes a la reducción del capital.

(164) *Vid.* sentencia del TJCE de 27 de junio de 1979 (As. 161/78), donde se señala, además, que las obligaciones y cargas deducibles sólo pueden ser aquellas cuya existencia y cuantía sean ciertas.

(165) Véase en la nota anterior la posición del TJCE sobre las obligaciones y cargas deducibles.

Los estados están facultados para conceder un aplazamiento en el pago de la obligación tributaria hasta que se efectúe, de forma efectiva, la aportación. Además, en los casos de aumento de capital social, no se integran en la base imponible el valor de los activos afectos al aumento ni el importe de los préstamos convertidos en participaciones societarias, siempre y cuando ya hubieran sido sometidos previamente al impuesto (este último supuesto haría referencia a las emisiones de bonos u obligaciones convertibles en acciones).

(166) Tanto esta regla como la anterior puede ser sutituida por los estados, que tienen como opción considerar como base imponible el valor real de las participaciones sociales atribuidas o pertenecientes a cada socio (si bien la regla optativa no es aplicable cuando la aportación sea en efectivo); la base imponible determinada por este procedimiento optativo —y que, repetimos, sólo es aplicable en el caso de aportaciones no dinerarias a sociedades— no podrá, en ningún caso, ser inferior al importe nominal de las participaciones sociales atribuidas o asignadas a cada socio.

En su sentencia de 15 de julio de 1982 (As. 270/81), el TJCE ha tenido ocasión de declarar que el concepto de importe nominal «es una disposición de derecho comunitario que no reenvía al Derecho de los estados miembros para determinar su sentido y alcance», quedando, en consecuencia, excluida la discrecionalidad de los estados para interpretar este concepto de la Directiva de 1969.

(167) Existen en la Directiva otros criterios en función de los que se determina la base imponible en las restantes operaciones sujetas; hemos optado por no consignarlos, dado que se refieren a operaciones potestativamente sujetas por los estados miembros y no sometidas a tributación en España.

(168) *JO* C 133, de 14 de junio.

(169) Además, el Consejo sugirió que los estados miembros adoptaran un doble compromiso, dirigido, por una parte, a suprimir los impuestos sobre las transacciones de títulos en el momento en que desaparecieran los obstáculos a la libre circulación de capitales y, por otra, a no aumentar mientras tanto los tipos de gravamen y a eliminar las situaciones de doble imposición que pudieran producirse.

(170) *JO* C 115, de 30 de abril.

(171) Un resumen de la propuesta primitiva de 1976 puede encontrarse en CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...,* cit., páginas 72-74.

(172) La disposición final primera *f)* de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, habilita, *ex* artículo 134.7 CE, a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para modificar «la tributación de rentas determinadas por exigencias de armonización con la Comunidad Económica Europea».

(173) Este último aspecto es trascendente debido a la crónica insuficiencia del ahorro nacional bruto para financiar la inversión pública y privada. Según los últimos datos disponibles (1990), «la necesidad de financiación de la economía se elevó hasta el 3,2 por 100 del PIB, pues mientras la formación bruta de capital aumentaba hasta el 25,7 por 100, el ahorro nacional mejoraba en tan sólo una décima del PIB (pasando del 22 por 100 al 22,1 por 100). La afluencia de capitales extranjeros ha evitado que el sector exterior se convirtiera en un obstáculo infranqueable para nuestro crecimiento económico»; cfr. «Estudio introductorio», en *Reforma y armonización...,* cit., págs. XXXI y siguientes.

(174) Esta salvedad es efectuada, igualmente, por el artículo 16 de la LIRPF. Los únicos países comunitarios con los que no existen, todavía, convenios de doble imposición son Grecia y la República de Irlanda.

(175) Por mencionar sólo un ejemplo, los diplomáticos españoles acreditados en el extranjero tienen la consideración de «no residentes» a efectos de control de cambios, conforme se desprende del artículo 2.4.*c)* del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior, mientras que se les considera sujetos a la obligación personal en el IRPF, según establece el artículo 14.1.*a)* de la Ley 18/1991.

En parecido sentido, es posible que una sociedad domiciliada en el extranjero y que tenga su sede de dirección efectiva en España, y en consecuencia sea residente a efectos del IS [artículo 9.*c)* de la Ley 61/1978], sólo sea residente, desde el punto de vista del control de cambios, por los establecimientos o sucursales de que sea titular en nuestro país (art. 2.1 del Real Decreto 1816/1991).

(176) La expresión es de FERNÁNDEZ BRIONES, L., «Notas sobre el régimen tributario aplicable a los no residentes», en *Monografías de HPE,* n.º 3, 1990, pág. 85.

(177) FERNÁNDEZ BRIONES, L., «Notas...», cit., pág. 92; aunque estas consideraciones se efectuaron sobre el proyecto de ley, pueden mantenerse a la vista de la redacción definitiva de la Ley.

Curiosamente, el artículo 11.1.*b)* de la nueva Ley del IRPF aplica el criterio de la residencia en España del pagador para determinar los rendimientos producidos u obtenidos en territorio español, pero no señala cuáles son los criterios para determinar los incrementos de patrimonio sujetos en España por obligación real de contribuir, algo que, por ejemplo, sí señala el artículo 7 de la Ley del IS.

(178) Como señala PÉREZ RODILLA, G., «La fiscalidad y la libre circulación de capitales», en AA.VV., *Fiscalidad de las operaciones financieras,* Escuela de la Hacienda Pública, Madrid, 1989, pág. 209, el criterio del lugar de residencia del pagador es «tercermundista, obsoleto y denostado en las tribunas internacionales».

(179) Porque en la tributación sobre sociedades, en virtud del artículo 60 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, sólo quedan excluidos de gravamen, por considerarse no obtenidos en España, los «intereses e incrementos de patrimonio derivados de la Deuda Pública obtenidos por personas jurídicas o entidades no residentes que no operen a través de establecimiento permanente en España».

(180) Con ello parece el legislador español dar traducción jurídica a la afirmación contenida en la exposición de motivos de la Ley 18/1991, de 6 de junio, en cuya virtud «debe destacarse el nuevo tratamiento dado a los intereses e incrementos de patrimonio resultantes de bienes muebles cuya titularidad se ostenta por no residentes, en un horizonte comunitario de libre circulación de capitales».

(181) Junto a las restricciones que afectan a residentes comunitarios, el artículo 17 de la Ley del IRPF contiene otro grupo de normas que buscan el mismo efecto —evitar resultados absurdos derivados de la *regla de origen* adoptada por el legislador español—, y que se extienden a la totalidad de personas físicas no residentes: son los supuestos contenidos en los apartados dos y cuatro del citado artículo 17, en cuyo estudio no vamos a entrar, porque son medidas que favorecen (aptdo. 2) la inversión extranjera —especialmente la canalizada hacia la suscripción de deuda pública española— o la potenciación de los mercados financieros españoles de cara a la emisión de bonos «matador» (aptdo. 4); no son, sin embargo, medidas específicas en favor de los residentes comunitarios.

Estos supuestos son, igualmente, aplicables a las personas jurídicas no residentes, conforme se desprende del artículo 17 de la Ley 5/1983, tras la nueva redacción dada por el artículo 60 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

(182) Nótese bien que la exención no afecta a *rendimientos,* sino sólo a *intereses* derivados de inversiones mobiliarias. Dado que los intereses no constituyen una categoría autónoma de renta (cfr. art. 5 de la Ley del IRPF), sino que se integran dentro de los rendimientos del capital mobiliario, puede resultar problemático, en algún caso, determinar el alcance de la exención. Esta dificultad se acrecienta si tenemos en cuenta que el artículo 37 de la Ley del IRPF, al establecer las distintas clases de rendimientos del capital mobiliario, no hace referencia alguna al concepto de *intereses*.

Creemos, pese a la muy deficiente técnica legislativa, que la exención comentada se refiere a los rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios, pero no afecta a los dividendos de sociedades españolas de las que sea accionista el residente comunitario, que resultarían incluidas en la categoría del artículo 37.Uno.1 bajo el epígrafe «rendimientos obteni-

dos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad».

(183) La reforma introducida por la Ley 18/1991 en la tributación de los incrementos de patrimonio derivados de inversiones mobiliarias nos asemeja, con las matizaciones que haremos cuando nos refiramos al régimen de tributación de los residentes, a los sistemas usualmente empleados en Europa. Como señala el Informe Boiteux, «la tributación de las plusvalías sobre valores mobiliarios, pese a la diversidad de las disposiciones, es relativamente débil en su conjunto en Europa».

«Los no residentes no están sometidos a tributación alguna y los residentes están, generalmente, poco gravados, o no lo están en absoluto, salvo cuando las plusvalías tienen carácter especulativo». Cfr. *Fiscalité...*, cit., pág. 38.

(184) La calificación de establecimiento permanente se efectuará en base a la normativa del IS, conforme señala el artículo 16.Dos.1.ª de la Ley del IRPF.

(185) Cfr. artículo 23 de la Ley del IS, tras la nueva redacción dada por el artículo 60 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

(186) La disposición adicional tercera del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, señala, expresamente, que tendrán la consideración de paraísos fiscales los países y territorios determinados por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

La norma que restringe la exención será, en la práctica, perfectamente inútil, ya que la exención se va a producir *de facto* y la Hacienda Española no va a poder controlar las inversiones en paraísos fiscales efectuadas por residentes comunitarios. Téngase en cuenta, además, que la sujeción sólo afectaría a los intereses e incrementos de patrimonio que se entendieran, por la peculiar *regla de origen* establecida en nuestra legislación, obtenidos en España, que fundamentalmente serían los satisfechos por entidades residentes en nuestro país, las cuales, normalmente, constituirán una sociedad *ad hoc* en el presunto paraíso fiscal que no estará sometida a la legislación de nuestro país.

(187) Duda suscitada por la redacción del artículo 18.4 de la Ley, que, en vez de remitirse a la subsección 2.ª de la sección 2.ª del título V (rendimientos del capital inmobiliario) sólo se refiere al artículo 34 (rendimientos íntegros del capital inmobiliario).

(188) Igualmente, parece absurdo aplicar a los no residentes el régimen de imputación de rendimientos de bienes inmuebles urbanos no arrendados, que además va a suponer una quiebra en el carácter de impuesto instantáneo que tiene el IRPF en el régimen de obligación real de contribuir, puesto que, en estos supuestos, el impuesto se devenga el último día del año natural, conforme corrobora el artículo 16.2.2.ª*b)* de la nueva Ley.

(189) El incremento se determinará siguiendo las reglas establecidas en los artículos 44 a 49 de la propia Ley del IRPF, con alguna excepción: así, para estos no residentes, no rige la exención (según la Ley del IRPF, no sujeción) prevista en el artículo 44.Uno, segundo párrafo, ni los supuestos de especificación de titulares que, conforme al artículo 44.Cuatro, no constituyen incrementos de patrimonio.

(190) Quedan exceptuadas las transmisiones de bienes inmuebles adquiridos con más de veinte años de antelación a la fecha de la transmisión, y siempre que no hayan sido objeto de mejora. Por su parte, el Reglamento del IRPF ha añadido otra excepción a la obligación de practicar la retención que nos ocupa cuando el transmitente acredite su sujeción al régimen de obligación personal del impuesto mediante la aportación de la certificación prevista en el artículo 73.Dos.*a)*.

(191) De acuerdo con el artículo 73 del Reglamento del IRPF, la presentación de la declaración (de acuerdo con el modelo 211, aprobado por la Orden de 7 de enero de 1992) e ingreso de la retención practicada deberá efectuarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la transmisión. Por su parte, el sujeto pasivo no residente deberá declarar e ingresar el impuesto compensando en la cuota el importe retenido por el adquirente en el plazo de tres meses contados a partir del término del plazo establecido para el ingreso de la retención.

Teniendo en cuenta que la devolución, en su caso, del exceso se supedita a la práctica por la Administración tributaria estatal de las comprobaciones que sean necesarias, no es aventurado afirmar que el no residente verá una parte del precio de la transacción inmovilizada por un período mínimo de cuatro meses, si no surgen problemas de comprobación administrativa en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, cuya gestión corresponde a las comunidades autónomas, o si no surgen problemas con la posible aplicación de la Ley de Tasas y Precios Públicos.

(192) Cfr. GARAU SOBRINO, F., *Régimen legal...*, cit., pág. 97.

(193) A esta conclusión se llega no sólo por la redacción del artículo 19.Uno de la Ley del IRPF, sino además porque el adquirente no tiene por qué conocer si el no residente experimenta un incremento o una disminución como consecuencia de la transmisión del bien inmueble.

(194) No obstante, el procedimiento para obtener la devolución, en este caso de la totalidad de la retención practicada, es también el previsto en el artículo 73 del Reglamento del IRPF, por lo que la devolución inmediata no parece posible.

(195) Dado que la obligación de retener se produce en el mismo momento temporal en que se devenga el impuesto (sólo en el caso de que se haya obtenido un incremento de patrimonio), creemos que hubiera sido más correcto establecer únicamente la afección del bien al pago de la deuda tributaria —como se hace en el artículo 19.3, *in fine,* cuando la retención no se haya ingresado—, o condicionar la validez de la transmisión a la presentación de la declaración-liquidación, o cualquier otra fórmula que, distinta de la elegida, asegurara el crédito tributario sin que el no residente viera una parte del precio —que puede no guardar ninguna conexión con el rendimiento sujeto— retenida.

(196) Los apartados cinco y seis del artículo 23 de la Ley 61/1978 no se han visto alterados por las modificaciones introducidas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992 y, por lo tanto, conservan la redacción dada por la Ley 18/1991.

(197) Así lo pone de manifiesto PÉREZ RODILLA, G., «El impuesto especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes», en *Cuadernos de Actualidad de Hacienda Pública Española,* n.º 10/1991, págs. 293 y siguientes.

(198) El procedimiento reglamentario a que alude la Ley 18/1991 es el regulado, de forma ciertamente prolija, en el artículo 74.Seis del Reglamento del IRPF.

(199) Teniendo en cuenta los efectos exorbitantes que provocan las *reglas de origen* españolas en el régimen de los no residentes, las rentas imputables al establecimiento permanente pueden, en algún caso, no guardar ninguna relación económica con nuestro país.

(200) O, como eufemísticamente lo denomina el Reglamento del IRPF (cfr. art. 72 y disposición transitoria primera), «imposición complementaria sobre las rentas del establecimiento permanente».

(201) La Ley 18/1991 establece un impuesto a la salida de

capitales para la transferencia de las rentas obtenidas por los establecimientos permanentes cualquiera que sea el país de residencia de la entidad de la que dependen. De acuerdo con su disposición final segunda, su entrada en vigor se produjo el pasado día 1 de enero de 1992, por lo que, de no haber mediado la reforma encubierta de la Ley de 16 de diciembre de 1991 —cuya entrada en vigor, conforme a lo prevenido en su disposición final segunda, se produjo igualmente el pasado día 1 de enero de 1992—, la consecuencia no hubiese sido otra sino someter al citado impuesto complementario las transferencias de rentas desde los establecimientos permanentes en España a las entidades que tuvieran su residencia en otro estado de la CE.

Si bien la rectificación a tiempo de una medida tributaria dudosa es plausible, no puede extenderse el citado calificativo al procedimiento empleado. En efecto, la rectificación se produce a través de una norma —el artículo 22— integrada en el título II (régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes de la CE) de la Ley 29/1991, cuando aquélla no tiene ninguna relación con la ejecución de la Directiva 90/435/CEE, que, como vimos, es lo que desarrolla la Ley española.

Hubiese sido mucho más correcto trasladar la modificación a las disposiciones adicionales de la citada Ley y, desde luego, para facilitar la interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento, declarar, explícitamente, la modificación del artículo 19.2 de la Ley del IRPF.

Incluso, para mayor claridad, el artículo 22 que comentamos se podría haber llevado a la Ley de Presupuestos para 1992, puesto que, como sabemos, la disposición final primera *f)* de la Ley del IRPF habilita, *ex* artículo 134.7 de la CE, a aquélla para modificar «la tributación de rentas determinadas por exigencias de armonización con la Comunidad Económica Europea».

(202) La finalidad de equiparar la fiscalidad de los establecimientos permanentes, prescindiendo de que sean la base de actuación de una persona física o jurídica, es obvia, dada la elección en el IRPF del mismo tipo de gravamen que en el IS.

(203) El artículo 22 de la citada Ley señala que «las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes por entidades que tengan su residencia fiscal en otro estado miembro de la Comunidad Económica Europea no se someterán a tributación alguna por causa de su transferencia al extranjero».

(204) Las posibilidades de defensa, desde el derecho comunitario, de la medida prevista en la Ley del IRPF hubiesen sido escasas, ya que, si bien cabría pensar que nos encontraríamos nuevamente ante una de las medidas de control que autoriza a los estados miembros el artículo 4 de la Directiva 88/361/CEE, a ello ha de oponerse que, aunque sería admisible que España condicionara la repatriación de capitales, tratándose de residentes comunitarios, a la presentación de la declaración o al pago del impuesto debido, siempre que se cumplieran los requisitos que ya hemos expuesto para el establecimiento de estos controles, no lo sería, en modo alguno, que se hubiese establecido una cuota adicional respecto del IRPF correspondiente a esos rendimientos, que habría sido, normalmente, pagado con anterioridad.

En definitiva, nos hubiésemos encontrado, de no mediar la Ley 29/1991, ante un mayor gravamen de los rendimientos obtenidos por no residentes cuyo presupuesto de hecho no guardaría relación alguna con la capacidad económica sometida al IRPF, sino con un comportamiento perfectamente lícito, cual es la transferencia al exterior del rendimiento obtenido, amparada por la libertad de movimientos de capitales, y a la que no cabría establecer restricciones de tipo fiscal.

(205) En efecto, el artículo 22 de la Ley 29/1991 es igualmente aplicable a las transferencias de rentas obtenidas por establecimientos permanentes españoles en favor de las personas jurídicas de las que dependan y que tengan su residencia en otro estado miembro de la CE, por lo que, en consecuencia, el impuesto a la salida de capitales previsto en el artículo 23.4 de la Ley del IS sólo será exigible cuando la sociedad a la que el establecimiento permanente español transfiera sus rentas no resida en otro estado comunitario.

(206) La elección del legislador español entre la exención y la no sujeción no obedece a los criterios inferibles desde el ordenamiento tributario; la única justificación posible sería la que ofrece la mayor o menor extensión de los deberes de información de datos con trascendencia tributaria que pesa sobre las instituciones financieras que actúen como agentes de pagos o depositarias de las inversiones de personas no residentes. Así, cabría entender que las entidades financieras están obligadas a comunicar a la Administración tributaria los datos con trascendencia tributaria deducidos de su intervención en operaciones exentas, deber que no sería exigible en el caso de operaciones no sujetas.

Consideramos, sin embargo, que esta justificación carece de base suficiente para poder ser mantenida, e incluso el ordenamiento español ofrece ejemplos que la desmienten. Así, el Real Decreto 1285/1991, de 2 de agosto, no sólo determina el procedimiento de devolución de las retenciones practicadas sobre los rendimientos procedentes de la deuda del Estado anotada a las personas físicas o jurídicas no residentes que actúen en España sin mediación de establecimiento permanente, sino que impone el deber a la Central de Anotaciones del Banco de España de enviar la oportuna información al Ministerio de Economía y Hacienda «para su comprobación por los procedimientos de intercambio de información previstos en el ordenamiento vigente» (disposición adicional segunda).

En todo caso, resulta difícil de justificar una retención sobre un rendimiento que la Ley del IRPF y la del IS consideran «no obtenido o producido en España».

(207) Con ello queremos aludir al hecho de que el país de residencia del inversor cuyos rendimientos están exentos en España puede tener interés en conocer y controlar fiscalmente las inversiones efectuadas. Evidentemente, estos datos sólo pueden ser proporcionados por la Administración tributaria española en la medida en que sean por ella conocidos, y ese conocimiento va ligado al establecimiento de retenciones y deberes de información a las instituciones financieras que, específicamente, no se establecen para estos supuestos de rendimientos exentos.

(208) A partir del 1 de febrero de 1992, conforme establece la disposición final segunda del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre.

(209) Esta línea de actuación, frente a la liberalización de los movimientos de capitales, ya ha sido adoptada en otros países comunitarios. Así, el Informe Boiteux, analizando el sistema tributario francés y comparándolo con el existente en los restantes estados miembros de la CE, señalaba que «los riesgos de deslocalización del ahorro invertido en acciones son, actualmente, limitados en nuestro sistema tributario.

»En virtud del efecto combinado de las retenciones en la fuente y de los créditos fiscales o de las medidas equivalentes, la inversión en acciones francesas es, normalmente, para un residente en Francia, más interesante, desde el punto de vista tributario, que la inversión, en igualdad de condiciones, en acciones extranjeras»; cfr. *Fiscalité...,* cit., pág. 34.

(210) Un resumen de la tributación, en los países de la CE, de los rendimientos derivados de bienes inmuebles puede verse

en GUERRERO ARIAS, E., y ROSICH ROMEU, E., «El impuesto sobre la renta...», cit., págs. 76-77.

(211) La cicatería con la que el sistema tributario español regula en algunos supuestos, y singularmente en el caso de las cuentas-vivienda, esta deducción es patente a la vista del artículo 33 del Reglamento del IRPF.

(212) Existen aspectos no tributarios que, en algún supuesto, pueden favorecer las inversiones inmobiliarias en el exterior; por ejemplo, el mayor desarrollo del mercado hipotecario en otros estados miembros de la CE, los tipos de interés del sistema financiero español, etc., pero no vamos, por razones obvias, a entrar en su examen.

(213) El Reglamento del IRPF no contiene ninguna norma que se refiera a los planes de ahorro popular, salvo el artículo 43.2.*b)*, que señala la no sujeción a retención o ingreso a cuenta de los rendimientos derivados de dichos planes.

(214) Con datos de 1989, sólo Bélgica y el Reino Unido tienen un tipo de retención del 25 por 100; dejamos de lado los casos de Italia, Portugal e Irlanda, que tienen tipos de retención incrementados, pero sólo para determinados intereses. *Vid.* ROMÁN GONZÁLEZ, M. V., y ROZAS VALDÉS, J. A., «La tributación...», cit., págs. 181 y siguientes.

(215) Nos referimos a los incrementos de patrimonio que pueden calificarse de especulativos, y que aparecen descritos en el artículo 59.Uno.*a)* de la Ley 18/1991.

(216) El problema secular de la tarifa del IRPF español —que ha corregido muy levemente la nueva Ley— no es el grado de su progresividad, sino que los tramos de base liquidable regular en que se escalona son muy reducidos, con lo que a partir de rentas superiores a 9.550.000 pesetas la tarifa es, *de facto*, proporcional.

Por ello, no tiene sentido efectuar comparaciones entre el IRPF español y la tarifa existente en otros países comunitarios, porque los datos sobre marginales máximos no son ilustrativos al respecto. Para el lector interesado, remitimos a GROS, D., «Armonización *vs.* competencia. Estrategias fiscales en los países de la CEE», en *HPE*, Monografía n.º 3, 1990, pág. 46.

(217) No creemos que esta afirmación pueda verse afectada por los deberes impuestos a los residentes en España en virtud de los artículos 5 y 9 del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, ni como consecuencia de las facultades asignadas al Ministro de Economía y Hacienda en los artículos 8 y 11 de la citada norma reglamentaria.

(218) Los intereses devengados en Grecia están sometidos a una retención del 46 por 100, en tanto que en Irlanda el tipo de retención aplicable es del 35 por 100.

(219) En Bélgica, el tipo de retención oscilaría entre el 0 y el 15 por 100; en Francia es el 10 por 100; en Italia y el Reino Unido, el 12 por 100; por último, en Portugal el tipo de retención sería del 15 por 100. Con datos de 1989, *vid.* ROMÁN GONZÁLEZ, M. V., y ROZAS VALDÉS, J. A., «La tributación...», cit., pág. 181.

Ello explica que la media aritmética de los tipos de retención sobre intereses soportados por los residentes en España sea la más elevada de todos los países comunitarios.

(220) Todos los países de la CE, salvo Irlanda y el Reino Unido, tienen establecido un mecanismo de retención sobre los dividendos. *Vid.* CORONA RAMÓN, J. F., *La armonización...*, cit., pág. 95, y ROMÁN GONZÁLEZ, M. V., y ROZAS VALDÉS, J. A., «La tributación...», cit., pág. 183.

(221) Cfr. «Armonización *vs...*», cit., pág. 49.

(222) En la primitiva redacción de la Ley 44/1978, el porcentaje de deducción por dividendos era del 15 por 100; hemos asistido, en consecuencia, y por paradójico que parezca, a un proceso de reducción de las medidas establecidas para atenuar la doble imposición de los dividendos.

(223) El artículo 36 del Reglamento del IRPF señala los supuestos que no tienen la consideración de reducciones y bonificaciones en la tributación por el IS, y aclara además que la deducción por dividendos sólo es aplicable cuando se trate de participaciones o dividendos distribuidos por sociedades residentes en territorio español.

(224) Evidentemente, y a diferencia de lo que ocurre cuando la sociedad es residente en el mismo estado que el accionista, aquí se plantea el problema de las compensaciones entre el estado que recauda el IS y el que grava la renta personal del accionista a quien se le concede el crédito de impuesto; dicho en otras palabras, sería un crédito no compensable con la cuota tributaria de la sociedad que abona el dividendo.

(225) Esta objeción no es sólo predicable del sistema tributario español. Para el caso francés, *vid.* BOITEUX, *Fiscalité...*, cit., pág. 34, donde se señala que el efecto combinado de la retención y del *avoir fiscal* hace más atractiva la inversión en acciones emitidas por sociedades residentes en Francia.

(226) El artículo 24.5 de la Ley del IS (redacción dada por la Ley 18/1991) y el artículo 18 de la Ley 29/1991 regulan de forma similar, aunque con alguna diferencia, el problema de la distribución de dividendos de sociedades filiales no residentes a sociedades matrices residentes en España.

Cuando la sociedad filial esté domiciliada en algún estado miembro de la CE, se aplicará lo dispuesto en la Ley 29/1991 y, en consecuencia, la sociedad matriz española integrará en la base imponible del IS los dividendos líquidos percibidos más el impuesto correspondiente pagado por la sociedad filial y, en su caso, la retención que hubiera sido practicada; sin embargo, deducirá de la cuota íntegra del IS el impuesto pagado por la sociedad filial y, en su caso, la retención practicada, con el límite que resulte de aplicar el tipo de gravamen del IS. Este límite, que permite mantener las reservas que exponemos en el texto, es, sin embargo, lógico, puesto que trata de evitar para la Hacienda Española una importación de la presión fiscal más elevada de otros estados comunitarios.

En cambio, cuando la distribución de dividendos en favor de la sociedad matriz residente en España se produzca desde una sociedad filial que no sea residente en otro estado comunitario, el régimen aplicable será el previsto en el artículo 24.5 de la Ley del IS, y no el establecido en la Ley 29/1991.

(227) Evidentemente, no hay ninguna eliminación cuando los dividendos son abonados por una sociedad no residente en España. Si los dividendos son abonados por sociedades residentes en nuestro país, y tomando un tipo de gravamen del 35 por 100 en el IS (el tipo de retención es irrelevante, porque la deducción en cuota se aplica sobre los dividendos íntegros), el sistema de crédito de impuesto, en el IRPF, sólo absorbe un 18,57 por 100 de la carga total soportada por tales dividendos en el IS. *Vid.* HUCHA CELADOR, F. de la, en CAYÓN GALIARDO/FALCÓN Y TELLA/HUCHA CELADOR, *La armonización...*, cit., págs. 615-616.

(228) En ROMÁN GONZÁLEZ, M. S., y ROZAS VALDÉS, J. A., «La tributación...», cit., pág. 179, se recoge un modelo de tributación comparada de los dividendos percibidos por personas físicas en los estados miembros cuyas conclusiones nos parecen muy discutibles.

(229) Por ello, en algún estado comunitario, como Bélgica, el crédito de impuesto se articula como una deducción en la base imponible del 90 por 100 del dividendo percibido por el accionista.

(230) Los tipos de gravamen en el IS oscilan (datos de 1990)

entre el 50 por 100 de Dinamarca y el 34 por 100 de Luxemburgo; no obstante, en siete países de la CE, entre ellos España, el tipo de gravamen se mueve entre el 34 y el 36 por 100, si bien, como advertimos, existe una tendencia generalizada a su reducción, tendencia que, al parecer, no va a ser seguida por España en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, según las manifestaciones efectuadas por el Secretario de Estado de Hacienda (1 de julio de 1991) en la Universidad Menéndez Pelayo, de Santander.

(231) Tampoco es un componente decisivo —a diferencia de lo que ocurría en el caso de los intereses— el tipo de retención a que se encuentran sometidos los dividendos percibidos por residentes españoles en función del estado comunitario de residencia de la sociedad. Y ello porque este dato tiene una influencia muy débil en la rentabilidad financiero-fiscal de la inversión en títulos-valores, siendo más importante la presión tributaria efectiva del país que grava los beneficios societarios, la inexistencia de crédito de impuesto para los dividendos percibidos de sociedades no residentes, etcétera.

Por otra parte, como decíamos anteriormente, la mayor parte de los estados comunitarios tiene —a diferencia de lo que ocurre con los intereses— establecido un sistema de retención sobre los dividendos. No obstante, del examen de los convenios de doble imposición suscritos entre España y otros estados comunitarios (todos, salvo Grecia e Irlanda) se desprende que el tipo de retención aplicable a los dividendos percibidos por residentes españoles es, en todos los casos (salvo el de Alemania, que puede aplicar un tipo del 25 por 100), inferior al aplicable en nuestro país.

(232) En la propuesta de 1975, esta objeción fundamental quedaba resuelta al establecerse que el coste presupuestario del crédito de impuesto debía ser asumido por el estado de residencia de la sociedad que distribuye los beneficios, algo absolutamente lógico, pero que genera innumerables resistencias en algunos estados miembros. Hasta tanto no se resuelva este problema, mediante acuerdos bilaterales o a través de la armonización, subsistirá la prohibición de aplicar el crédito de impuesto a los dividendos abonados por sociedades no radicadas en el estado de residencia del accionista.

(233) Hasta el 31 de diciembre de 1991, el artículo 34 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, establecía un tipo de gravamen del 13 por 100, pero las instituciones de inversión colectiva tenían derecho a la deducción prevista en el artículo 24.2 de la Ley del IS (deducción del 100 por 100 de los dividendos percibidos).

(234) Hasta el 31 de diciembre de 1991, los dividendos estaban sometidos a retención, pero los accionistas de una sociedad de inversión mobiliaria acogida al régimen especial previsto en el artículo 34 de la Ley 46/1984 tenían derecho a la deducción del 10 por 100 por dividendos (tanto si se trataba de personas físicas como de personas jurídicas).

(235) Donde, sin embargo, se mantiene en su integridad la doble imposición es en los dividendos percibidos por la sociedad de inversión mobiliaria, aunque en la cabeza del accionista tributen al 1 por 100.

(236) Las consideraciones del Informe Boiteux, *Fiscalité...*, cit., pág. 38, sobre los riesgos de deslocalización de entidades francesas hacia Luxemburgo demuestran la atención que en otros países se ha prestado a este problema.

(237) La excepción viene constituida por el Reino Unido e Irlanda, que tienen un impuesto especial que grava las plusvalías realizadas por los particulares.

(238) La mayor parte de los estados miembros de la CE utiliza el criterio del tiempo de posesión de los bienes: es el caso de Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Irlanda y Luxemburgo.

(239) Las técnicas van desde la exención de los incrementos a largo plazo (caso de Italia) hasta la deducción de un porcentaje en la base imponible (caso de Portugal), pasando por la aplicación de tipos de gravamen especiales (caso de Francia). Un resumen de la tributación de las plusvalías obtenidas por personas físicas en los distintos estados miembros de la CE puede verse en Román González, M. V., y Rozas Valdés, J. A., «La tributación...», cit., págs. 187-191.

(240) La única novedad, heredada de la modificación introducida por la Ley 20/1989, radica en la desaparición del límite de treinta millones de pesetas como importe máximo exento por reinversión.

(241) La exención por reinversión —tal y como se diseña en el sistema tributario español— no existe en ningún otro país de la CE, donde las plusvalías inmobiliarias están, normalmente, exentas cuando la transmisión se verifica tras haber permanecido durante un cierto tiempo el bien inmueble en el patrimonio del transmitente; así, el Reino Unido exime la plusvalía por transmisión de vivienda habitual si se habitó más de un año; Portugal sigue el mismo régimen, pero eleva el tiempo a dos años, y Alemania exonera las plusvalías de bienes inmuebles que se hayan poseído durante más de dos años.

(242) Conforme confiesa la exposición de motivos de la Ley 18/1991, se trata de una exención «de los incrementos de patrimonio en función de la pequeña cuantía de las transmisiones que efectúe el sujeto pasivo».

El límite cuantitativo de la exención española no resiste la más mínima comparación con los sistemas tributarios de otros estados miembros de la CE: así, en Francia, la plusvalía obtenida se reduce en 6.000 francos; tratándose de tranmisión de acciones se exonera la plusvalía obtenida cuando el importe de la transmisión no supere los 270.000 francos. Por su parte, en Luxemburgo hay un mínimo exento de 1.250.000 francos para las plusvalías, en Alemania de 1.000 marcos y en Dinamarca de 6.000 coronas (en casos limitados).

(243) De acuerdo con esta norma, un sujeto pasivo que tenga un incremento de patrimonio de 100.000 pesetas como consecuencia de una transmisión cuyo importe sea de 600.000 pesetas no podrá acogerse a la exención prevista en el artículo 44.Uno; por el contrario, sí estará exenta una plusvalía de 200.000 pesetas obtenida como consecuencia de una transmisión cuyo importe sea de 450.000 pesetas.

(244) La reducción de la plusvalía en función del período en que se ha generado, mediante aplicación de coeficientes de reducción, sólo existe en Dinamarca, donde el porcentaje es del 20 por 100 por cada año que pase de dos. En Irlanda, el tiempo de permanencia del bien en el patrimonio del sujeto pasivo juega no para reducir la plusvalía, sino para reducir el tipo de gravamen del impuesto especial; una situación similar es predicable en Luxemburgo; por último, Francia aplica también reducciones en el tipo de gravamen sobre el 20 por 100 de la plusvalía. *Vid.* Román González, M. V., y Rozas Valdés, J. A., «La tributación...», cit., págs. 189-190. Más completo, pero con datos más antiguos, Carbajo Vasco, D., «La imposición sobre las plusvalías en los países de la CEE», en *HPE*, n.º 96, 1985, págs. 141-160.

(245) Aunque el artículo 45.Dos.*e)* de la Ley 18/1991 señala que «quedarán no sujetos al impuesto los incrementos...», creemos que se trata, en pura técnica jurídica, de un supuesto de exención.

(246) Este plazo tan amplio no existe en ningún otro estado de la CE, donde las plusvalías a más de dos años suelen estar

exentas (caso de Italia); en Luxemburgo, el plazo es de seis meses, están exentas las transmisiones de obligaciones emitidas por sociedades con sede social en el país y hay un mínimo exento de 1.250.000 francos; en Alemania, se considera no especulativa la plusvalía mobiliaria generada en un plazo superior a seis meses; en Francia, se considera ganancia a largo plazo la plusvalía mobiliaria generada en un plazo superior al año, y tributa al tipo del 15 por 100, etcétera.

(247) Así, por ejemplo, en Luxemburgo, las plusvalías mobiliarias especulativas son aquellas que se obtienen cuando no han transcurrido más de seis meses entre la fecha de adquisición y la de transmisión del bien, mientras que para las plusvalías inmobiliarias el plazo es de dos años.

(248) Por ejemplo, en Francia están exentas las plusvalías, con independencia del plazo de su generación, realizadas por pensionistas exentos del impuesto sobre la renta.

(249) En concreto, la base liquidable irregular (que es igual a la base imponible irregular, porque la Ley 18/1991 no prevé reducciones en ésta) se grava con el tipo mayor de los siguientes: *a)* el tipo medio resultante de aplicar la escala de gravamen al 50 por 100 de la base liquidable irregular; *b)* el tipo medio de gravamen aplicable a la base liquidable regular.

Dada la estructura de la tarifa del IRPF, los resultados del artículo 75 de la Ley 18/1991 pueden ser aberrantes, puesto que, para rentas medianamente elevadas, al ser la escala tendencialmente proporcional, se aproximarían los tipos de gravamen de la base imponible regular e irregular.

(250) En concreto, con el régimen de la deducción en seguros de vida, contemplada en el artículo 78.4 de la Ley del IRPF, que queda supeditada a la contratación con «entidades legalmente autorizadas para operar en España».

(251) En efecto, la exposición de motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, confiesa, sin rubor, que la reforma del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD), tiene, entre otras finalidades, «adaptar la regulación de la modalidad de operaciones societarias a la normativa comunitaria referente a las concentraciones de capital».

(252) Como señala Cruz Amorós, M., «La adaptación...», cit., págs. 15-16, «este impuesto se había aproximado a las exigencias de armonización comunitaria en la reforma de 1980. La articulación de la tributación de las operaciones societarias que sale de la Ley de 1980 está pensando en la Directiva de 1969 de la Comunidad. Lo que ocurre es que, al no estar obligados por normas de armonización comunitaria a resolver de manera idéntica los problemas, presentaba algunas diferencias cuya subsanación preveía una de las disposiciones transitorias de la propia Ley en el momento de la implantación del IVA...»

Esta idea es resaltada por la exposición de motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, al afirmar que «la Ley 32/1980, de 21 de junio, ya procuró ajustarse, en lo que en aquel momento era posible, a la regulación comunitaria...»

(253) En concreto, la Directiva de 1985 modifica los artículos 4.2, 7 y 8 de la Directiva de 1969 y no supone una innovación radical que tuviera que afrontar el legislador español. Por ello, no podemos compartir plenamente las afirmaciones de Cruz Amorós, M., *op. últ. cit.*, pág. 16, cuando señala que «en 1985, sin embargo, concurren dos fenómenos: el proceso de urgencia derivado de la adhesión a la Comunidad y la aprobación de una nueva Directiva de la Comunidad en junio de 1985, que aligera, todavía más, la tributación de las operaciones societarias en algunos de sus aspectos. Al no poderse tener en cuenta en ese momento, queda sin armonizar el impuesto».

(254) Una amplia exposición de los problemas surgidos en 1985 para adaptar el impuesto sobre operaciones societarias a las directivas comunitarias es brindada por Cruz Amorós, M., «La adaptación...», cit., pág. 16, quien afirma que «el problema nace de la mala técnica de la Ley de Delegaciones que se dicta a finales de 1985, ya que, cuando el Ministerio de Economía y Hacienda intenta la aprobación del correspondiente Real Decreto Legislativo de adaptación se rechaza por el Consejo de Estado con un argumento literalista en el sentido de que no se citaba en el conjunto de disposiciones a que se refería la Ley de diciembre de 1985, el Texto Refundido y la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; se cita la Directiva, pero no se cita la normativa interna; en consecuencia, el Consejo de Estado rechaza el Decreto Legislativo y pone al Ministerio en la tesitura de tener que aprobar un proyecto de ley por la vía de tramitación ordinaria para solucionar unos desajustes mínimos, no trascendentes, pero que no dejan de plantear la cuestión de la posible infracción o desajuste con las exigencias de armonización comunitaria».

Con independencia de la fundada exposición de los problemas surgidos con el Consejo de Estado, sí creemos conveniente puntualizar desde ahora que los desajustes no eran tan mínimos como afirma el autor y que, en todo caso, la vulneración del Tratado de Roma no depende de la mayor o menor gravedad del desajuste entre la normativa interna de un estado y la normativa comunitaria.

(255) En efecto, cabría plantearse qué ocurre con las operaciones societarias sometidas a tributación, conforme a la normativa española, desde 1986 hasta 1991, y que, sin embargo, no estaban sujetas según la Directiva de 1969, o, en el mismo plano, con las desavenencias en las reglas de formación de la base imponible. Aunque no vamos a profundizar en las desavenencias pretéritas entre la normativa comunitaria y la normativa española en este tributo, sí puede considerarse que dicha situación puede propiciar base suficiente para sustentar una pretensión de devolución de ingresos indebidos por parte de los contribuyentes que se encuentren en alguna de las situaciones que, a título de mero ejemplo, acabamos de enunciar.

(256) Nueva redacción dada por el artículo 25 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre.

(257) Las novedades que presenta la nueva redacción del artículo 19 del TRITPAJD son, por un lado, la supresión como operación sujeta de la transformación de sociedades y, por otro, la consideración de la escisión de sociedades como operación sometida a gravamen.

La primera novedad debe ser saludada positivamente, puesto que, con arreglo a la normativa vigente hasta 1991, planteaba algún problema la consideración como operación sujeta de la transformación de sociedades, problema derivado de la ambigua y amplísima definición de este acto por parte del legislador español; en efecto, en base a lo dispuesto en el artículo 21 del TRITPAJD —en la redacción de 1980, no en la actual— se podrían someter a tributación actos expresamente excluidos por el artículo 4.3 de la Directiva de 1969, e incluso el tenor literal de la norma española parecía afectar también a los supuestos de transformación de sociedades de capital en otras igualmente de capital, pero de diferente tipología, lo que, conforme a la Directiva de 1969, constituye un supuesto de no sujeción.

(258) Estas consideraciones son válidas pese a que en los supuestos de disminución de capital social se haya venido tradicionalmente entendiendo que sólo están sometidas a gravamen las reducciones que aparejen un traslado patrimonial desde la sociedad hacia los socios, conforme señalan las resoluciones del TEAC de 25 de noviembre de 1987 y de 8 de julio de 1989, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de octubre de 1989.

En parecidos términos se había pronunciado la Dirección General de Tributos, que, en la consulta de 18 de enero de 1988, afirmaba que «si la disminución de capital no da lugar a la devolución de bienes o derechos a los socios, no se practicará liquidación por tal impuesto en el concepto operaciones societarias».

Un resumen comentado de los citados pronunciamientos puede verse en ALONSO FERNÁNDEZ, F., «La reducción de capital en las sociedades anónimas», en *Suplementos sobre el Sistema Financiero,* de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA *(La fiscalidad en las operaciones y mercados financieros),* Fundación FIES, Madrid, núm. 32, 1990, págs. 206-208.

(259) La única posibilidad de defender, desde la normativa comunitaria, el supuesto de sujeción que comentamos —novedoso en nuestro impuesto sobre operaciones societarias, puesto que no se recogía en el TR de 1980— pasaría por entender que se quiere someter a tributación las operaciones «acordeón» (art. 169 TRLSA), no acogiéndose a la exención, potestativa para los estados miembros, prevista en el artículo 7.3 de la Directiva de 1969.

No obstante, seguimos considerando contrario a la filosofía del tributo someter a tributación estas operaciones societarias, porque en ellas no hay un incremento real de capital de la sociedad.

(260) La modificación del artículo 19 del TRITPAJD, operada por el artículo 25 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, ha permitido subsanar, a partir de 1992, otra omisión de nuestra legislación, donde no existía una regulación detallada de los traslados a España del domicilio o de la sede de dirección efectiva de sociedades desde terceros países o desde otros estados miembros de la CE, cuando esta operación estaba imperativamente sujeta conforme a lo dispuesto en la Directiva de 1969.

(261) Renunciamos al examen de las exenciones en el impuesto sobre operaciones societarias contenidas en las leyes sectoriales dada su prolijidad.

(262) Como hemos visto anteriormente, la tributación se produciría no por el aumento de capital —que puede no existir—, sino por la aportación para reponer pérdidas sociales.

(263) En pura técnica jurídica, las reducciones de capital que comentamos estarían sujetas, formalmente, al impuesto sobre operaciones societarias, pero no procedería practicar liquidación alguna porque, conforme al artículo 25.5 del TRITPAJD, la base imponible sería igual a cero, al no existir bienes y derechos entregados a los socios y, lógicamente, ser imposible determinar el valor de los mismos.

(264) Precisamente, la modificación introducida en el artículo 25.2 del TRITPAJD por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, elimina las posibles discrepancias que podían existir en la redacción de 1980 con la Directiva comunitaria, al permitir la deducción —para calcular el valor neto de la operación— de las cargas y gastos que fueren deducibles del valor real de los bienes y derechos aportados.

(265) La reforma del impuesto sobre operaciones societarias llevada a cabo por la Ley 29/1991 no ha subsanado, sorprendentemente, esta divergencia en nuestra legislación.

(266) Cfr. MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados,* Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Madrid, 1984, página 561.

(267) MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *op. últ. cit.,* pág. 598.

(268) *Vid.* artículo 233.2 del TRLSA, donde claramente se señala que los patrimonios de las sociedades absorbidas —que desaparecerán como consecuencia de la fusión— aumentarán, *en su caso,* el capital social.

(269) Hasta el 1 de enero de 1989, se establecían tipos de gravamen diferenciados para las operaciones societarias realizadas por las sociedades anónimas (1 por 100) y no anónimas (0,75 por 100).

(270) Un examen de la tributación de la transmisión de títulos-valores en nuestro ordenamiento jurídico puede verse en PARRONDO AYMERICH, J., «La imposición indirecta sobre la transmisión de valores», en *Suplementos sobre el Sistema Financiero,* de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA *(La fiscalidad en las operaciones y mercados financieros),* Fundación FIES, Madrid, 1990, núm. 32, págs. 23-41.

(271) Holanda suprimió el impuesto que gravaba las transmisiones de títulos el 1 de enero de 1990; la República Federal de Alemania anunció que suprimiría el impuesto de timbre sobre las transacciones, tanto del mercado primario como secundario, el 1 de enero de 1991. *Vid.* LEVICH, R., y WALTER, I., «El obstáculo regulador fiscal: los centros financieros europeos en los 90», traducción española en *Reforma y armonización...,* cit., páginas 27-36, donde se ofrece un resumen de la situación de estos impuestos en algunos países europeos.

(272) Esta norma es transcripción del artículo 2 de la propuesta modificada de directiva de 1987. Sorprende, sin embargo, que estas operaciones tributen, exclusivamente, por el concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del TRITPAJD, ya que cuando los sujetos pasivos sean empresarios o profesionales deberían, a nuestro juicio, estar sometidas al IVA, solución a la que se llegaría mediante la aplicación del artículo 6.2.2.° y 8.1.19.*g).b'), sensu contrario,* de la Ley de este último tributo.

(273) Las consideraciones hechas en la nota precedente sobre la necesidad de distinguir entre la tributación del tráfico mercantil y del tráfico civil son igualmente válidas en este segundo supuesto, ya que, a nuestro juicio, dado el tenor literal del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, las transmisiones reseñadas no están, en ningún caso, y cualquiera que sea la condición del sujeto pasivo, sujetas al IVA.

(274) Norma que se ha visto complementada con la Orden de 27 de diciembre de 1991 y la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 7 de enero de 1992, que aborda los aspectos procedimentales de las transacciones efectuadas con determinados medios de pago.

(275) El período transitorio para nuestro país expiraba el 31 de diciembre de 1992, en tanto que la entrada en vigor del Decreto 1816/1991 se ha producido el día 1 de febrero del mismo año.

(276) Con la única salvedad de la exportación física de moneda, billetes, cheques al portador y oro por importe superior a 5.000.000 de pesetas (art. 4.1).

(277) Exposición de motivos del Real Decreto 1816/1991.

(278) Recordemos que el procedimiento previsto en la Directiva pasa, salvo casos excepcionales y urgentes, por la necesidad de autorización de la Comisión europea, y que las restricciones temporales sólo pueden afectar a los movimientos de capitales señalados en el Anexo II de la Directiva 88/361/CEE.

Por ello, el apartado 5 del artículo 3 del Real Decreto 1816/1991 debe ser leído con los límites que imponen las normas comunitarias cuando la restricción afecte a residentes comunitarios.

(279) Los límites que se derivan del ordenamiento y de la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de capitales cobran especial vigencia a la luz de lo dispuesto en

el artículo 8 del Decreto 1816/1991, que atribuye al Ministro de Economía y Hacienda unas facultades exorbitantes, por la indefinición del supuesto de hecho que las genera, para someter a trámite de previa verificación o declaración operaciones de cobro, pago o transferencia al exterior derivadas «de los tipos de transacciones que se determinen, cuando dicho trámite resulte conveniente para el adecuado conocimiento por la Administración de las transacciones realizadas y, en particular, para el mantenimiento de los registros de activos o pasivos exteriores y la comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias».

(280) Pese a los intentos del titular de la potestad reglamentaria por controlar las transacciones exteriores, nada impide que un residente en España efectúe pagos a un no residente —e incluso a un residente— a través de una cuenta abierta en el extranjero en una entidad bancaria no registrada en el Banco de España, sin perjuicio de los deberes que *(vid.* nota siguiente) para los titulares de cuentas en el exterior establece la normativa española.

(281) A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento francés, donde, como vimos, sólo existe obligación de comunicar la apertura de cuentas corrientes con saldo superior a 50.000 francos, el Decreto 1816/1991 no establece ningún límite cuantitativo.

(282) El artículo 6 de la Orden de 27 de diciembre de 1991 impone a los residentes titulares de cuentas en el extranjero el deber de comunicar al Banco de España información periódica sobre los movimientos acreedores y deudores, y de conservar los extractos bancarios durante un plazo de tres años.

(283) La declaración deberá efectuarse a través de una entidad bancaria registrada en el Banco de España y, entre otros datos, deberá contener el NIF del residente y el concepto por el que se realiza el cobro o el pago (art. 7.2 de la Orden de 27 de diciembre de 1991).

Por su parte, la exportación de moneda, billetes o cheques al portador por importe superior a 5.000.000 de pesetas se encuentra sometida a previa autorización administrativa.

Los cobros y pagos a través de los medios citados por importe inferior a 1.000.000 de pesetas no están sometidos a ninguna limitación o requisito, lo cual resulta paradójico a la vista de la inexistencia de límite cuantitativo para declarar la apertura de cuentas corrientes en el exterior. Resultará, en consecuencia, bastante fácil vulnerar la exigencia de declaración de apertura de cuentas corrientes en el exterior por la vía de su apertura directa mediante cheques al portador de cuantía inferior a 1.000.000 de pesetas.

(284) Pese a la redacción del precepto, los únicos datos requeribles, a efectos de seguimiento fiscal, serán los que tengan trascendencia tributaria, de manera que se puede producir una quiebra entre los datos que la Administración solicite y los datos que el particular o las instituciones financieras deban proporcionar a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. Creemos, en consecuencia, que el artículo 9 del Decreto debe ser interpretado a la vista de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley General Tributaria (LGT).

(285) De manera que una misma conducta —no facilitar información sobre los cobros, pagos y transferencias exteriores en que haya intervenido— de una entidad financiera registrada en el Banco de España puede ser, desde la literalidad del Decreto 1816/1991, objeto de una triple sanción: desde la LGT, desde la Ley de Control de Cambios y desde la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

(286) *Vid.* AGULLÓ AGÜERO, A., «El principio *ne bis in idem* en materia tributaria», en *RJE,* La Ley, T. IV, 1985, págs. 845-846.

(287) Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal. Parte General,* Valencia, 1987, pág. 57.

(288) Sobre ello, GARBERI LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador,* Ed. Trivium, Madrid, 1989, pág. 150, que toma la primera referencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1981 y la segunda de ALONSO COLOMER, F., «El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación», en *Documentación Administrativa,* n.º 141, 1971, pág. 88.

(289) La citada disposición adicional segunda del Reglamento del IRPF suprime, igualmente, la comprobación preferente en el ámbito de la obligación real de contribuir y, en consecuencia, la disposición final segunda.dos del Real Decreto 1841/1991 declara expresamente derogados, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1816/1991 (es decir, a partir del 1 de febrero de 1992) los artículos 305 y 344 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.