

LOS MOVIMIENTOS DE CAPITALES EN LA CEE

En el presente trabajo de **Daniel Alvarez Pastor** y **Fernando Eguidazu Palacios** se analizan con detalle las normas que regulan los movimientos de capitales en la CEE, tanto los principios generales establecidos por el Tratado de Roma (no discriminación, *stand-still*, y supresión progresiva de las restricciones) como las listas de liberalización de operaciones contenidas en las directivas comunitarias de 1960 y 1962. Se analizan igualmente las cláusulas de salvaguardia contenidas en el Tratado que condicionan y limitan el principio de liberalización.

Especial énfasis se pone también en el análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de la CEE, que permite esclarecer cuestiones sustanciales, tales como la delimitación del concepto de movimientos de capital, la aplicabilidad directa de los principios del Tratado de Roma, los supuestos de posible conflicto entre las normas de liberalización de la CEE y las legislaciones concretas de los Estados miembros, la posibilidad de los ciudadanos de tales Estados miembros de invocar la liberalización general de la CEE frente a sus normas nacionales, y la validez de aplicabilidad de las sanciones penales impuestas por los Estados miembros en materia de movimientos de capital e infracciones al control de cambios.

I. INTRODUCCION

A diferencia de lo que sucede en otras áreas de la política comunitaria, la legislación de la CEE sobre movimientos de capital es relativamente reducida y, como luego veremos, no ha alcanzado cotas de liberalización semejantes a las conseguidas para los movimientos de mercancías o la prestación de servicios.

Antes de abordar, sin embargo, el análisis de las normas comunitarias sobre movimientos de capitales parece necesario establecer alguna precisión sobre el concepto. Y ello no sólo por el mero interés de la precisión terminológica, sino porque, dado

que los niveles de liberalización alcanzados son distintos, que una determinada operación sea calificada como movimiento de capital o como operación por cuenta corriente va a tener una importancia especial a la hora de determinar si los pagos y transferencias derivados de la misma deben o no considerarse libres, si los Estados miembros tienen o no derecho a someterlos a restricción o control, y si los residentes en países comunitarios tienen o no derecho —al amparo de las normas de la CEE— a oponerse a tales restricciones o controles.

El problema al respecto surge del hecho de que ni el Tratado de Roma ni el derecho derivado comunitario contienen definición

ni precisión alguna sobre lo que debe entenderse por movimientos de capital. De forma que es preciso referirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE, así como al análisis comparado de las distintas disposiciones para inferir un concepto suficientemente ajustado.

Otra distinción que es preciso hacer con carácter previo a nuestro estudio es la existente entre el concepto de «transacción» y el de «transferencia». La distinción parece suficientemente clara, y no merecería esfuerzo alguno de explicación si no fuera porque con gran frecuencia tales términos se confunden, no ya en la prensa no especializada, sino incluso en trabajos cuya especialización aconsejaría una mayor profesionalidad. Y precisamente la sustancial diferencia entre lo que debe entenderse por transacciones, y lo que son transferencias determina un tratamiento distinto, tanto en las normas de la CEE como en las legislaciones sobre control de cambios de los distintos países, como luego veremos.

Una vez fijados los conceptos fundamentales previos, vamos a estudiar la libertad de circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea, desde la perspectiva del Derecho primario, es decir del Tratado Constitutivo de la CEE y del Derecho derivado, o sea las directivas adoptadas por el Consejo de Ministros en este ámbito. Por último queremos referirnos a dos puntos concretos de especial importancia práctica, cual son el estudio de las cláusulas de salvaguardia contenidas en el Tratado de la CEE respecto a los movimientos de capital y el estudio de las infracciones y su régimen sancionador. El primer punto nos va a llevar a conocer

la práctica real de los movimientos de capital en alguno de los países comunitarios, en tanto que el segundo nos va a plantear algunos de los problemas reales que, desde el punto de vista del derecho sancionador, se nos presentan en este sector.

El concepto de movimientos de capital

Como antes se ha señalado, el concepto de «movimientos de capital» no aparece formulado de forma expresa ni en el Tratado de Roma ni en el derecho derivado comunitario. Tampoco aparece como tal en otros textos legales de carácter supranacional, como pueden ser los Códigos de Liberalización de la OCDE, o el Convenio Constitutivo del FMI. Tales textos, sin embargo, hacen referencia a los movimientos de capital como algo cuya definición y alcance son suficientemente conocidos. Y por otra parte, contienen enumeraciones y listas de operaciones que, en virtud de los mismos, se consideran movimientos de capital, y como tales son objeto de regulación. De forma que por esta vía de la enumeración parece posible deducir, del ámbito de tales textos, un cierto concepto de los movimientos de capital

Bien es verdad, sin embargo, que las listas de los distintos textos normativos no siempre coinciden, y que de hecho existen diversas operaciones cuya calificación como movimientos de capital o como operaciones corrientes resulta difícil, apareciendo incluidas en uno u otro grupo según los diferentes textos legales. De ahí que, aunque la dis-

tinción parezca más o menos clara desde el punto de vista doctrinal, la calificación de las operaciones concretas no resulte siempre fácil.

A efectos de balanza de pagos, puede establecerse la distinción entre operaciones corrientes, o por cuenta corriente, y los movimientos de capital.

En el capítulo correspondiente a la balanza por cuenta corriente suelen incluirse los cobros y pagos correspondientes a bienes y servicios, así como las transferencias unilaterales, estos es, sin contrapartida (remesas de emigrantes, transferencias gubernamentales...), mientras que el capítulo de los movimientos de capital incluye las inversiones extranjeras, los préstamos exteriores públicos y privados y los movimientos monetarios.

Así, el *Manual de Balanza de Pagos* del FMI establece una distinción entre tres tipos de transacciones: transacciones en bienes y servicios, transferencias sin contrapartida, y transacciones en partidas financieras. Considerándose que «las transacciones en cuenta de capital se refieren a partidas financieras, es decir, títulos de crédito, participaciones de capital y oro monetario» (1).

Host-Madsen señala cómo la guía general para la recopilación de las cuentas nacionales publicada por las Naciones Unidas (bajo el título «Un sistema de cuentas nacionales») define las transferencias corrientes como «transferencias de ingreso entre las partes de las transacciones». Esto es, el remitente envía parte de su ingreso corriente y el destinatario lo añade a su ingreso corriente para fines tales como consumo. Mientras que las transferencias de capital se definen

como «transferencias unilaterales destinadas a financiar la formación bruta de capital, otras formas de acumulación o gastos a largo plazo del beneficiario, que representan parte del patrimonio o ahorro del donante o que son de carácter extraordinario para ambas partes de la transacción» (2). A efectos de balanza de pagos, se conceptúan tales movimientos como variaciones de activos y pasivos sobre el exterior.

Por su parte, la OCDE ha elaborado dos clasificaciones o listas de transacciones —corrientes y de capital— a efectos de los compromisos de liberalización de sus Estados miembros. En ambos casos, los criterios definitivos seguidos por la OCDE se limitan a establecer la relación de transacciones que, a efectos de la Organización, se consideran incluidas en cada grupo. Esto es, el «Código de liberalización de las operaciones invisibles corrientes» no define éstas con carácter general, sino que enumera (anexo A) la lista de transacciones que se considera tienen el carácter de «operaciones invisibles corrientes». Mientras que el «Código de liberalización de los movimientos de capital» sigue igual criterio para éstos.

Como señala V. Saval (3), la liberalización de los movimientos de capital se acometió por la OCDE una vez completada la liberalización de las transacciones comerciales y de las transacciones invisibles corrientes, y de ahí que la definición de los movimientos de capital fuera sustituida por una tipificación residual; es decir, movimientos de capitales eran todas aquellas transacciones que no eran ni comerciales ni invisibles. «De este modo —señala Saval— los

distintos ensayos de codificación dentro de la OCDE fueron dando forma a una lista de operaciones progresivamente más completa que ha quedado en la actualidad compuesta por tres grandes grupos de operaciones: *a)* la inversión internacional en sus tres formas de inversión directa, de cartera y de inmuebles; *b)* los créditos y préstamos internacionales, tanto comerciales como financieros, y *c)* los movimientos de carácter personal, como herencias, dotes, pago de deudas, etc.».

Este carácter residual determina — como el citado autor señala — que la frontera entre los movimientos de capital, y las transacciones invisibles sea relativamente fluida, ya que, en lo que a la OCDE respecta, no hay más criterio de diferenciación que el hecho de que la operación en cuestión esté incluida en uno u otro Código. «Por otra parte — añade — ni la literatura económica ni la práctica administrativa de los distintos países contribuyen a hacer más específico un concepto, que se utiliza con frecuencia de modo genérico o en un sentido calificativo. Así, en los medios económicos administrativos se habla genéricamente de movimientos de capitales para referirse concretamente a la inversión internacional y a los flujos financieros a corto y largo plazo».

Todo lo dicho anteriormente tiene aplicación al tratamiento conceptual dado por la CEE a los movimientos de capital. A tales movimientos se refieren los artículos 67 y 73 del Tratado de Roma de forma específica, así como el artículo 106. Pero en ninguno de dichos artículos se aventura ninguna definición ni concepto de lo que debe entenderse por movimientos de capi-

tales. Por el contrario, los legisladores comunitarios han seguido un camino parejo al de la OCDE, como es el de limitarse a enumerar las operaciones que, a efectos de su legislación, se consideran como movimientos de capital. Y así, las directivas de 11 de mayo de 1960 y de 18 de diciembre de 1962 (63/21/CEE) enumeran, en su anexo 1, la lista de los «movimientos de capitales» (clasificados en cuatro listas, A, B, C y D, con grados de liberalización variable, como luego veremos); mientras que el anexo 2 establece la nomenclatura de tales movimientos, clasificando las operaciones contenidas en las citadas cuatro listas de acuerdo con las siguientes categorías: inversiones directas; liquidación de inversiones directas; admisión de títulos en el mercado de capitales; operaciones en títulos; inversiones en inmuebles; inversiones a corto plazo en bonos del Tesoro y otros títulos en el mercado monetario; concesión y reembolso de créditos ligados a transacciones comerciales o de servicios; concesión y reembolso de créditos no ligados a las mismas; constitución y movilización de cuentas corrientes y de depósito; movimientos de capital de carácter personal (donaciones, sucesiones, transferencias de capital de emigrantes, etc.); transferencia y ejecución de contratos de seguro; garantías, cauciones y prendas; importación y exportación material de valores; y otros movimientos de capital (derechos de autor, indemnizaciones, etcétera).

Al igual que sucede en el caso de los códigos de la OCDE, la frontera entre los movimientos de capital y las transacciones corrientes no siempre resulta clara, y se presenta el caso de al-

gunas operaciones cuya clasificación en uno u otro grupo resulta dudosa. No sólo los movimientos de capital pueden dar origen a pagos corrientes relacionados con los mismos (artículo 67.2 del Tratado), sino que el propio artículo 106, que se refiere a «los intercambios de mercancías, servicios y capitales», y que hace mención a las «transacciones invisibles», cuya enumeración se contiene en el propio anexo III del Tratado, hace salvedades para el caso de aquellas operaciones, de las contempladas en dicho artículo, para las que resulta aplicable el capítulo del Tratado relativo a la libre circulación de capitales.

Las dificultades de delimitación del concepto de «movimientos de capital», dada la ausencia de una definición legal en el derecho comunitario, ha dado pie a la elaboración de dicho concepto por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE. Especialmente importante a este respecto es la sentencia de 31 de enero de 1984 en el *affaire* Luisi-Carbone (4).

Dicha sentencia contempla conjuntamente, a raíz de la solicitud de decisión prejudicial presentada por el Tribunal de Génova, los casos de dos residentes italianos — Graziana Luisi y Giuseppe Carbone — que, habiendo exportado divisas por importe superior a lo autorizado por la legislación italiana sobre viajes al extranjero, y habiendo sido multados por ello, alegaron que el motivo de la citada exportación de divisas había sido la realización de un viaje de turismo, lo que constituía una transacción invisible corriente que se encontraba liberalizada por las normas comunitarias, y que en consecuencia tanto las limitaciones legislativas italianas a es-

tas transacciones como la multa impuesta por las autoridades suponía una infracción a las normas comunitarias.

Las cuestiones planteadas al respecto, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad eran las siguientes:

- Si el turismo, los viajes de negocios, los viajes de estudio y los viajes por motivos de salud deberían considerarse como prestaciones de servicios (artículo 106.1 del Tratado), o bien como transacciones invisibles en el sentido del artículo 106.3 (al estar incluidos en el anexo III del Tratado), o bien como ambas cosas a la vez.

- Si las transferencias de divisas por estos conceptos deberían ser consideradas como corrientes, o bien como movimientos de capital, en especial cuando dicha transferencia se efectuase mediante movimiento material de billetes de Banco.

- Cuál sería el grado de liberalización aplicable a tales operaciones, de acuerdo con la legislación comunitaria, y, en consonancia con ello, cuál sería el derecho de los Estados miembros a establecer medidas de control sobre dichas transferencias.

El nudo de la cuestión radica en que la transferencia material de billetes de Banco figura expresamente incluida en la lista D de los anexos de las directivas de 11 de mayo de 1960 y 18 de diciembre de 1962 sobre movimientos de capital (que enumera los movimientos de capital para los que no se impone a los Estados miembros obligación de liberalización alguna). Y la cuestión consistía en determinar si la inclusión, en dicha lista D, de las transferencias materiales de billetes de Banco implicaba que

éstas constituían, por sí mismas, un movimiento de capital.

En los «considerandos» de la sentencia, el Tribunal vino a señalar que el Tratado de Roma no define lo que se debe entender por movimientos de capital, pero sin embargo las dos directivas citadas comportan, en sus dos anexos, una enumeración de los diferentes movimientos de capital. Estimando al respecto el Tribunal que, si bien «la transferencia material de valores, en particular billetes de Banco, forma parte de dicha enumeración, no resulta de ello, sin embargo, que tales transferencias deban en toda circunstancia ser consideradas como movimientos de capital».

Al hilo de este razonamiento, y esto es especialmente importante a efectos de la determinación del concepto que nos ocupa, el Tribunal señalaba lo siguiente:

«El sistema general del Tratado hace, en efecto, aparecer, y así lo confirma la comparación entre los artículos 67 y 106, que los pagos corrientes son transferencias de divisas que constituyen una contraprestación en el marco de una transacción subyacente, mientras que los movimientos de capital son operaciones financieras que apuntan esencialmente a la colocación o la inversión de la suma en cuestión, y no a la remuneración de una prestación». (Es por esta razón —se añadía— que los movimientos de capital pueden, ellos mismos, constituir la causa de pagos corrientes).

La conclusión de tal apreciación no podía ser otra que considerar que la transferencia material de billetes de Banco no puede, por tanto, ser calificada

de movimiento de capital cuando dicha transferencia corresponde a una obligación de pago derivada de una transacción comercial o de una prestación de servicios. Resulta por tanto —señalaba la sentencia— que los pagos por turismo o por viajes de negocios, estudios o por motivos de salud no pueden calificarse como movimientos de capital, ni siquiera cuando se efectúan mediante la transferencia material de billetes de Banco.

La citada sentencia abunda en cuestiones de especial interés e importancia. Señala por ejemplo que, cuando una transacción está liberalizada en la CEE, los Estados miembros no están facultados para imponer restricciones, limitaciones ni toques cuantitativos sobre los pagos y transferencias derivados de la misma. Pero que cuando tales pagos o transferencias se efectúan mediante la exportación material de divisas (que está incluida como movimiento de capital en la lista D de las directivas antes citadas), los Estados miembros sí están facultados a someterlas a controles, a fin de verificar que no se trate en realidad de movimientos encubiertos de capital no liberalizados (5).

A este respecto conviene recordar que los textos comunitarios sobre servicios e invisibles (directiva 63/340, y «Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios», de 18 de diciembre de 1962) conceden a los Estados miembros el derecho a verificar la «naturaleza y realidad» de las transferencias de medios financieros, a fin de evitar que, al amparo de operaciones corrientes liberadas, se estén produciendo, en realidad, salidas de

capital no liberalizadas ni autorizadas.

Ha de hacerse la salvedad de que, en estos casos, la fijación de topes máximos a la salida de divisas por transacciones corrientes liberadas (en este caso, viajes de turismo) no significa en absoluto que, caso de que se trate efectivamente de dicha transacción, el Estado miembro en cuestión tenga derecho a impedir el pago o transferencia por cantidades superiores al tope. Por el contrario, la sentencia señala que, en los casos en que las legislaciones nacionales imponen topes cuantitativos, debe entenderse que los pagos y transferencias por debajo de dichos topes no son objeto de control alguno, mientras que por las cantidades superiores el interesado debe justificar que tales sumas corresponden en realidad a la transacción corriente liberalizada. Si bien una vez que ello se ha justificado suficientemente, los Estados miembros no pueden restringirlas, limitarlas ni prohibirlas.

Consecuentemente, cuando un residente solicitase o pretendiese efectuar transferencias superiores al tope máximo establecido, el Estado miembro no podría limitarlo ni prohibirlo cuando dicha transferencia correspondiese efectivamente a la transacción liberada (servicio, o transacción invisible). Y que únicamente podría prohibirla cuando la falta de justificación llevase a concluir que la citada transferencia constituye en realidad una salida encubierta de capital por un concepto no liberalizado.

La citada sentencia en el *affaire* Luisi-Carbone —cuya riqueza de contenido e importancia no pueden minimizarse— merece comentario en muchos otros

aspectos y consideraciones en los cuales incide (interpretación del art. 106 del Tratado, distinción entre los conceptos de «prestación de servicios» y «transacciones invisibles», etc.). Empero, a efectos de la cuestión que nos ocupa es importante por contener la primera definición formulada en el ámbito de la CEE sobre los movimientos de capital. Como antes ya se ha señalado, el Tribunal de Justicia comunitario entiende que en el caso de las transacciones corrientes, los pagos y transacciones derivados de las mismas constituyen la compensación a una prestación dada, bien sea la entrega de una mercancía o la prestación de un servicio. (Precisamente el art. 6.º del Tratado considera como servicios «las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración».) Mientras que en el caso de los movimientos de capital las transferencias no constituyen la remuneración de prestación alguna, sino que pretenden simplemente la inversión (en sentido amplio, incluyendo los préstamos y las colocaciones financieras) de la suma en cuestión. O, dicho en términos simples, se trata de transacciones en que aparece el dinero como objeto material del negocio jurídico.

La distinción entre transacciones y transferencias

A efectos del control de cambios, la distinción entre «transacciones» por un lado, y «pagos» y «transferencias» por otro, resulta capital, no sólo por razones conceptuales —se trata de dos conceptos distintos—, sino porque el tratamiento que les

otorga la normativa comunitaria es también distinto.

La transacción es el acto o negocio causal entre dos personas, en este caso un residente y un no residente, que puede dar origen a pagos o transferencias. Mientras que la transferencia no es otra cosa que el cumplimiento del cobro o pago exterior derivado de la transacción.

La distinción aparece normalmente explicitada en las normas legales básicas de control de cambios de los países. Así por ejemplo, la Ley española sobre régimen jurídico de control de cambios (Ley 40/1970, de 10 de diciembre) señala en su artículo 1.º que «quedan sometidos a los preceptos de la presente ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos exteriores». Aunque la redacción es de sólo discutible fortuna, expresa claramente la distinción entre el acto o negocio jurídico causal —la transacción— y el cobro o pago derivado del mismo, cuyo cumplimiento constituye una transferencia de medios de pago —en moneda nacional o extranjera— del deudor al acreedor.

En los distintos sistemas de control de cambios, el tratamiento dado a unas y otras es también con frecuencia diferente. Así, en los sistemas restrictivos, las normas limitan, restringen o incluso prohíben las propias transacciones. Mientras que los sistemas más liberales no limitan las transacciones, si bien someten a controles —normalmente de tipo administrativo— los pagos y transferencias al exterior derivados de las mismas.

Es obvio que si una transacción está restringida o prohibida, también lo estarán los pagos y transferencias derivadas de la misma. Pero ello no significa que cuando la transacción es libre, o ha sido autorizada, la autoridad monetaria no pueda someter a supervisión o control los pagos o transferencias derivadas de la misma. Se entiende que tal supervisión o control no debe ser restrictivo ni limitativo, pues ello sería incongruente (de ahí que, por ejemplo, la legislación española —art. 3.º de la Ley— señale que cuando una determinada operación se considere legal o autorizada, se entenderá asimismo autorizado el cobro o pago exterior correspondiente). Pero sí puede imponerse a efectos de verificación de su autenticidad y regularidad, es decir, a fin de comprobar si la transferencia corresponde efectivamente a una transacción libre o autorizada, y no se trata de una salida de capitales encubierta, o de un pago correspondiente a otra transacción no autorizada que se pretende enmascarar.

En el Tratado de Roma, aun sin establecerse de forma expresa la distinción entre transacciones y transferencias, dicha distinción aparece claramente en diversos artículos, en los cuales se aprecia igualmente el carácter sustantivo y causal de las transacciones. Así, por ejemplo, el artículo 106.3 señala que «los Estados miembros se comprometen a no introducir en sus relaciones nuevas restricciones a las *transferencias relacionadas con las transacciones* invisibles enumeradas en la lista del anexo III del presente Tratado». Ese mismo artículo 106, en su apartado 1, establece una distinción entre los pagos y transferencias

por un lado, y los actos o negocios causales —las transacciones— por otro, al establecer que cada Estado miembro se compromete a autorizar los «pagos relacionados con los intercambios de mercancías, servicios y capitales, así como las transferencias de capitales y salarios en la moneda del Estado miembro donde resida el beneficiario, en la medida en que la circulación de mercancías, servicios, capitales y personas quede liberalizada entre los Estados miembros». Y el apartado 2 se refiere al caso de que la legislación de algún Estado miembro no restrinja tales intercambios de mercancías y servicios, o movimientos de capital, pero en cambio sí restrinja los pagos correspondientes (estableciendo en tal caso la obligación de suprimir progresivamente tales restricciones).

No es a este respecto la legislación comunitaria la única en distinguir entre ambos conceptos. El Código de liberalización de los movimientos de capitales de la OCDE, aun sin ofrecer definiciones explícitas, distingue entre las transacciones, como negocio causal que determina obligaciones de pago y derechos de cobro entre residentes y no residentes, y los pagos y transferencias, que no son sino el desplazamiento de medios de pago del deudor al acreedor, precisamente como consecuencia de una transacción. A tal respecto cabe citar, entre otros, los artículos 2.a, 5 y 6. Y lo mismo puede decirse del Código de liberalización de las operaciones invisibles corrientes (arts. 1 y 6, entre otros), del que también se deduce dicha distinción.

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL TRATADO CEE QUE REGULAN LA CIRCULACION DE CAPITALES

La regulación de las operaciones de capital en el Tratado de Roma constituye una clara muestra de lucha de intereses entre los Estados miembros y la propia Comunidad, conflicto que en la normativa constitucional de la Comunidad no se resuelve. Más aún, ni siquiera se encuentran las reglas o principios fundamentales para encontrar una solución justa que permita llegar a una plena libertad de movimientos de capital, como se ha conseguido con las otras tres libertades fundamentales de circulación de mercancías, servicios y personas. Y ello porque en la propia regulación concreta de la libertad de circulación de capitales, independientemente del principio general formulado como objetivo, se han reconocido tales facultades a los Estados miembros, a través de las cláusulas de salvaguardia, que han hecho inaplicables en la práctica las liberalizaciones que el propio Consejo había adoptado en los años 1960 y 1962 a través de las dos directivas específicas que desarrollan en esta materia el Tratado de Roma. Por otra parte la propia formulación de las normas (capítulo 4.º del Título III, referido a la libre circulación de personas, servicios y de capitales) reguladoras de la libre circulación de capitales (arts. 67 al 73) es de una gran timidez y refleja las muchas limitaciones que los propios fundadores comunitarios tuvieron al concebir esta libertad fundamental. En todo caso, se hace necesario ana-

lizar los distintos principios de esta regulación.

1.º Principio de no discriminación.

El artículo 67 del Tratado de Roma (6) recoge, entre otros extremos a los que con posterioridad haremos referencia, el principio de no discriminación de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de inversión de los capitales, en relación con la libertad de movimientos de capitales.

Este principio de no discriminación no se encuentra sometido a condición alguna en su formulación, y es el único que tiene aplicación directa en esta materia, pudiendo ser invocado (directamente) por cualquier ciudadano comunitario que entendiera existía discriminación por parte de algún Estado miembro respecto a la reglamentación o al ejercicio del derecho de libertad de circulación de capitales, en función de cualquiera de los tres elementos que contiene el artículo 67, a saber, «nacionalidad, residencia o lugar de la inversión de los capitales». En todo caso, hay que señalar que la no discriminación por razón de la nacionalidad es un principio que está latente en toda la regulación principal o subordinada de las Comunidades, y que, por otra parte, está expresamente recogido en el artículo 7.º del Tratado (7).

Esta no discriminación en el ejercicio de la libre circulación de capitales se exige no sólo en lo que pudiéramos denominar regulación de las transacciones u operaciones sustantivas, que integran el sector de movimientos de capitales y cuya formulación contiene el artículo 67, sino también en las propias transferencias, es decir en los

pagos y cobros exteriores concretos a que dan lugar las referidas transacciones. De aquí que el artículo 68 (8), después de referirse a las «autorizaciones de cambio» (en su número 1), exija (en el número 2) que los Estados miembros procedan de forma no discriminatoria en la aplicación de su normativa interna a los movimientos de capital que se encuentren liberalizados por la reglamentación comunitaria.

2.º Cláusula *stand-still* del artículo 71.

Una de las técnicas empleadas en el Tratado de Roma es la denominada cláusula *stand-still*, consistente en la obligación asumida por los Estados miembros de no introducir ni adoptar nuevas normas que sean más restrictivas que las existentes en el momento de la firma del Tratado (o en la fecha de adhesión para los países que se incorporasen a la Comunidad con posterioridad).

Como ejemplos típicos podemos señalar la cláusula contenida en el artículo 12, en virtud de la cual los Estados miembros se abstendrán de introducir entre sí nuevos derechos de aduanas a la importación y exportación ni exacciones de efecto equivalente. Asimismo el artículo 53 recoge el compromiso de los Estados miembros de no introducir nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de ciudadanos de otros Estados miembros, y el artículo 62 en términos parecidos establece el mismo compromiso referido a la prestación de servicios (9).

En todo caso, si nos fijamos en el texto contenido en el párrafo 1º del artículo 71 (10) respecto a la no introducción de nuevas restricciones de cambio

en los movimientos de capital, veremos que su formulación es muy distinta de la que contienen los otros artículos que hemos citado como ejemplos típicos de cláusulas *stand-still*. En efecto, mientras en los artículos 12, 53 y 62 los Estados miembros asumen de forma incondicional la obligación firme y simple de no introducir nuevas restricciones en las materias que regulen dichos preceptos, el artículo 71, por el contrario, en su párrafo 1.º, no impone obligación directa alguna a los Estados miembros, sino que únicamente recoge un propósito de buenas intenciones, al emplear la fórmula de «los Estados miembros *procurarán no introducir* dentro de la Comunidad ninguna nueva restricción de cambio...».

El empleo de esta fórmula, según se indica en las conclusiones del Abogado General del *affaire* Casati, fue debida a la oposición de algunas delegaciones, en las negociaciones que dieron lugar al Tratado, a asumir una verdadera cláusula de *stand-still* tal como la que había sido propuesta por una de las delegaciones, y que consolidaba el nivel de liberalización que tuvieran cada uno de los países miembros a la entrada en vigor del Tratado.

Las razones para rechazar dicha cláusula fueron no tanto la existencia de países que tenían sistemas más liberales que otros en materia de libre circulación de capitales —(pues esto también sucedía en los otros campos que fueron objeto de regulación con cláusula *stand-still*)— sino, sobre todo, la imposibilidad de conocer los efectos que la libre circulación de mercancías, personas y servicios iba a tener en los mercados de capital de los Estados miembros, te-

niendo en cuenta que, conforme al Tratado, cada Estado se reserva la facultad de establecer su política económica para garantizar el equilibrio de su balanza de pagos y mantener la confianza en su moneda (artículo 104). De ahí que se adoptara la fórmula empleada en el artículo 71, conforme a la cual los Estados no se obligan sino que simplemente se «esfuerzan» en no introducir nuevas restricciones en esta materia.

3.º *Supresión progresiva de las restricciones a la libre circulación de capital.*

El sistema establecido por el Tratado de Roma para lograr el pleno ejercicio de las cuatro libertades fundamentales, a las que antes nos hemos referido, ha sido el de la supresión progresiva, a lo largo del período transitorio, de las restricciones o límites impuestos por las reglamentaciones de los Estados miembros.

Así el artículo 13 (11) establece, en su n.º 1, la supresión progresiva de los derechos de aduana de importación durante dicho período transitorio. En el mismo sentido, el artículo 16 (12) prevé la supresión de los derechos arancelarios de exportación al finalizar la primera etapa del período transitorio. Por su parte, los artículos 52 y 59 (13) contemplan la supresión de forma progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

Respecto a la libertad de circulación de capitales, el Tratado ha establecido una fórmula de compromiso alejada de las empleadas en los artículos que acabamos de citar (y en los que se establecían unas obligaciones claras y terminantes, sin some-

timiento a condicionado alguno). En el ámbito que es objeto de nuestra atención hay que señalar dos artículos, el 67 y el 69, que, de forma conjunta, regulan lo que pudiéramos denominar cláusula desnaturalizada de *standstill*.

En efecto, respecto a la libre circulación de capitales, el n.º 1 del artículo 67 dispone, entre otros extremos, que los Estados miembros suprimirán progresivamente entre sí, durante el período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común, las restricciones a los movimientos de capital. Por su parte, el artículo 69 señala, como procedimiento a seguir en esa supuesta y proyectada supresión, la adopción de directivas por el Consejo, a propuesta de la Comisión y oído el Comité Monetario.

La supresión progresiva, pues, de las restricciones a la libre circulación de capitales aparece concebida con dos condiciones específicas; una en cuanto al tiempo, al señalar que la supresión se hará durante el período transitorio; y otra segunda condición de contenido mucho más profundo y discutible, cual es que tal supresión sea necesaria al «buen funcionamiento del mercado común».

Respecto a la primera condición, el problema o interrogante que se establece es si, a partir de la finalización del período transitorio, han quedado abolidas todas las restricciones a los movimientos de capital impuestas por las reglamentaciones nacionales. O, planteado en otros términos más prácticos, si el ciudadano comunitario puede exigir la libertad de circulación de capitales sin que pueda verse li-

mitada dicha libertad por las reglamentaciones internas de los Estados miembros. A esta cuestión tendríamos que contestar de forma afirmativa si tuviéramos en cuenta únicamente la condición temporal, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad ha venido a establecer la doctrina de que en los supuestos de normas del Tratado que establezcan la supresión progresiva de ciertos límites y restricciones, durante el período transitorio, deben entenderse desaparecidos tales límites y restricciones al final de dicho período, incluso en el supuesto de que el propio Tratado estableciera (como en el art. 69 respecto a los capitales) que la forma de supresión fuera mediante directivas aprobadas a lo largo del período transitorio y las mismas no hubieran sido adoptadas. Bástenos citar, a modo de ejemplo, las sentencias Costa-Enel de 15 de julio de 1964, Reyners de 21 de junio de 1974 y Lutticke de 16 de junio de 1966.

Pero esta conclusión inicial no puede ser mantenida si analizamos la segunda de las condiciones que el párrafo 2.º del artículo 67 establece, al señalar que la supresión de las restricciones a los movimientos de capital se haga «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común». Podríamos decir que los propios fundadores parecen tener dudas sobre si la libertad absoluta de la circulación de capitales puede ser beneficiosa o conveniente para el propio mercado común (14). Es cierto que en otros puntos del Tratado, sobre todo en la parte que recoge los principios inspiradores del mismo, aparece recogida la libre circulación de capitales al mismo nivel que la libre circulación de personas y

servicios. Baste a estos fines señalar el artículo 3.º c) del Tratado (15). Pero cuando trataron de regular, específicamente, cada una de las llamadas cuatro libertades fundamentales, las otras tres tuvieron un tratamiento similar y no así la libertad de circulación de capitales, cuya regulación no lleva consigo una decisión política definida de que pueda llevarse a efecto.

M. Francesco Capotorti, Abogado General, en las conclusiones formuladas en el *affaire Casati*, entendió que la frase «en la medida necesaria al buen funcionamiento del mercado común» contenida en el artículo 67, tiene por efecto someter la obligación que tienen los Estados miembros de suprimir las restricciones a los movimientos de capital a una condición limitativa. Es decir, la obligación de los Estados existe, pero con la condición y en tanto que dicha supresión suponga una necesidad para el buen funcionamiento del mercado común.

Esta interpretación tiene una importancia trascendental, al responder a la cuestión que nos planteamos al principio de este apartado, a saber, si el ciudadano comunitario tiene derecho a exigir la aplicación de la plena libertad de circulación de capitales, sin que tengan aplicación las posibles restricciones existentes en los Estados miembros. Y ello porque, si bien concluíamos que la condición temporal de abolición expresa de las restricciones durante el período transitorio no era obstáculo para la aplicación directa de un determinado precepto del Tratado una vez transcurrido dicho período, no podemos decir lo mismo respecto a esta segunda condición limitativa, que tiene un alcance permanente incluso con

posterioridad a la expiración de este período. Y ello porque una de las condiciones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario exige para que una norma del Tratado tenga efecto directo, aún a falta de medidas de ejecución por los Estados o por las instituciones comunitarias, es que el contenido de dicha norma sea completo y no sometido a condición alguna.

Esta tesis ha sido la mantenida por el Tribunal Comunitario en el *affaire Casati*, al afirmar que el artículo 67, n.º 1, debe ser interpretado en el sentido de que las restricciones a la exportación de billetes de banco no pueden ser consideradas como suprimidas después de la expiración del período transitorio, con independencia de las disposiciones del artículo 69.

En todo caso, es curiosos señalar cómo en las alegaciones hechas por los distintos gobiernos ante el Tribunal Comunitario en el *affaire Casati*, las posturas son diversas según la distinta posición que sus respectivos países mantienen en el planteamiento general de Control de Cambios. Así, mientras Francia e Italia mantienen una interpretación restrictiva, al negar el derecho del ciudadano europeo a exigir la plena libertad de circulación de capitales, el Gobierno de la República Federal Alemana mantiene la tesis contraria, señalando que el artículo 67 del Tratado tiene por efecto prohibir, desde el final del período transitorio, con algunas excepciones, las restricciones de cambio que afecten a los movimientos de capitales, prohibición ésta de la que pueden hacer uso los particulares. Para el gobierno alemán la libre circulación de capitales estaría sometida a las mis-

mas reglas que las otras libertades fundamentales del Tratado, y ello porque, según el artículo 3.º del mismo, la abolición de los obstáculos a la libre circulación de capitales se situaría al mismo nivel que el reconocimiento de las otras libertades. En consecuencia la expresión «en la medida necesaria al buen funcionamiento del mercado Común» que contiene el artículo 67 del Tratado, no supone, para el gobierno alemán, una condición para la supresión de las restricciones a los movimientos de capital, sino que únicamente limita el alcance de dicha supresión.

La Sentencia dictada por el Tribunal Comunitario en el *affaire Casati* se inclina por la tesis francesa e italiana, al señalar los lazos estrechos que los movimientos de capitales presentan con la política económica y monetaria de los Estados miembros, y al indicar que el párrafo 1.º del artículo 67 difiere de las disposiciones que rigen la libre circulación de mercancías, de personas y de servicios en el sentido de que la obligación de liberalizar los movimientos de capitales no está prevista más que «en la medida necesaria al buen funcionamiento del mercado común». Para el Tribunal, la ampliación de esta limitación, que continúa siendo aplicable después de la expiración del período transitorio, es variable en el tiempo, al depender tanto de la apreciación de las necesidades del mercado común, como de la valoración al mismo tiempo de las ventajas y riesgos que una liberalización podría presentar para éstas.

III. LAS NORMAS DE LIBERALIZACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS DE CAPITAL EN EL DERECHO DERIVADO COMUNITARIO (LAS DIRECTIVAS DE 1960 Y 1962)

Como hemos señalado en el apartado anterior, el artículo 69 del Tratado CEE había dispuesto que, para la aplicación de las disposiciones relativas a la liberalización de los movimientos de capital, el Consejo adoptaría las directivas necesarias. Señalaba textualmente dicho artículo que «el Consejo, a propuesta de la Comisión, que oír, a este fin, al Comité Monetario previsto en el artículo 105, adoptará, por unanimidad durante las dos primeras etapas y por mayoría cualificada después, las directivas necesarias para la progresiva aplicación de las disposiciones del artículo 67».

En cumplimiento de esta norma, el Consejo de la CEE adoptó, el 11 de mayo de 1960 una «primera directiva para la puesta en práctica del artículo 67 del Tratado» (16), la cual fue más tarde modificada por una segunda directiva de 18 de diciembre de 1962 (17) numerada 63/21/CEE. Ambos textos fueron finalmente adaptados como consecuencia de la adhesión a la CEE de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (art. 29 y anexo 1 del Tratado de adhesión).

El texto refundido de estas dos directivas clasifica los movimientos de capital en cuatro listas o grupos, que se diferencian tanto por el grado de liberalización aplicado a cada una de ellas como por las peculiaridades relati-

vas a las transferencias correspondientes a cada categoría de transacciones (18).

Estas cuatro listas están contenidas en el anexo 1 de las directivas, que se completa con un anexo 2 (nomenclatura), que contiene la explicación y descripción de los tipos de transacción contenidos en el anexo 1.

El contenido de las listas es el siguiente:

1. Lista A

La lista A incluye aquellas operaciones de capital para las que «los Estados miembros acuerdan conceder toda autorización de cambios requerida para la conclusión o la ejecución de las transacciones, y para las transferencias entre residentes de los Estados miembros referentes a los movimientos de capital enumerados en la lista A» (art. 1.º de las directivas).

Se trata por tanto de operaciones que quedan liberalizadas de manera incondicional, si bien los particulares pueden tener que solicitar autorización administrativa expresa, caso de que el Estado miembro en cuestión la exija. Si bien en este supuesto la Administración de dicho Estado está obligada a concederla.

Desde luego, parece una contradicción establecer que una transacción está liberalizada pero requiere autorización, lo mismo que parece incongruente que se requiera autorización si bien ésta deba concederse obligatoriamente.

La razón de estas aparentes inconsecuencias puede encontrarse en el artículo 5.º de las directivas, según el cual «las disposiciones de la presente directiva no limitan el derecho de los

Estados miembros a verificar la naturaleza y realidad de las transacciones o de las transferencias, ni a tomar las medidas indispensables para impedir las infracciones a sus leyes y reglamentos».

Se trata, en suma, de permitir a los Estados miembros un mecanismo de control administrativo encaminado a comprobar la autenticidad y regularidad de la operación, impidiendo que bajo el amparo de una transacción ficticia se estén produciendo salidas de fondos que, en realidad, constituyan fugas de capital. Bien entendido que, una vez comprobada y verificada la «naturaleza y realidad» de la operación, el Estado miembro no puede oponerse, y está obligado a conceder la autorización de forma automática.

Para evitar que un exceso de comprobaciones, o una excesiva minuciosidad y demora en las mismas, convierta este control administrativo en una verdadera restricción en la práctica, el apartado 2 de este mismo artículo 5 establece que «los Estados miembros simplificarán en la medida posible las formalidades de autorización y de control aplicables a la conclusión o a la ejecución de las transacciones y transferencias». No se escapa a nadie, sin embargo, que, a efectos prácticos, una transacción sometida a autorización, control o verificación previa no puede realmente considerarse como plenamente liberalizada, por mucho que así se declare, y por muy obligada que para la Administración resulte la concesión de dicha autorización.

Una segunda característica aplicable a las operaciones de la lista A es que, según las directivas (art. 1.º, 2), los Esta-

dos miembros están obligados a asegurar, para las transferencias correspondientes, los mismos tipos de cambio practicados para los pagos relativos a las transacciones corrientes. Es decir, no se permite la aplicación de un doble mercado de cambio. El mismo artículo añade que si estas transferencias se efectuasen en un mercado de cambio en el cual las fluctuaciones de cambios no estuvieran limitadas oficialmente, esta obligación debe interpretarse en el sentido de que los cambios aplicados no deben presentar desviaciones notables y duraderas respecto de los practicados para los pagos relativos a las transacciones corrientes. El Comité Monetario es el encargado de vigilar el cumplimiento por los Estados miembros de estas obligaciones.

Los movimientos de capital incluidos en la lista A son los siguientes:

a) *Inversiones directas.*

Todas las inversiones directas, con exclusión de las puramente financieras que se realicen con la sola finalidad de que el proveedor de los fondos, mediante la creación (o participación) de una empresa en un país determinado, consiga acceso directo al mercado monetario o financiero del mismo.

El concepto de inversión directa está recogido en las propias directivas, al precisar en las notas explicativas (anexo 2) el sentido de los términos empleados. A este respecto, se entiende por inversiones directas las inversiones de cualquier naturaleza que realicen personas físicas o empresas comerciales, industriales o financieras, y que sirvan para crear o mantener rela-

ciones duraderas y directas entre el proveedor de los fondos y el jefe de la empresa o empresas a que son destinados los referidos fondos en el ejercicio de una actividad económica.

Este concepto de inversión directa es el admitido en el control de cambios comparado; sirva como ejemplo el Código de Liberalización de Movimientos de Capital de la OCDE, cuyo concepto sin duda ha sido trasladado a las directivas que comentamos. Igualmente, este concepto aparece en el control de cambios español perfectamente consagrado desde el Real Decreto 1.087/1978, de 14 de abril, y Real Decreto 2.236/1979, de 14 de septiembre, que regulan las inversiones españolas en el exterior.

Las directivas contemplan cuatro supuestos de inversión directa, aplicables tanto a las inversiones efectuadas en territorio nacional por no residentes como las efectuadas en territorio extranjero por residentes. Los cuatro supuestos son los siguientes:

1) Creación y ampliación de sucursales o de empresas nuevas que pertenezcan exclusivamente al proveedor de los fondos, así como la adquisición íntegra de empresas ya existentes. En este supuesto el concepto de «empresa» debe abarcar tanto a las empresas jurídicamente independientes (filiales al 100 por 100) como a las sucursales.

2) La participación en empresas nuevas o ya existentes, con la finalidad de crear o mantener lazos económicos duraderos. Respecto al concepto de participación en empresas que tienen la condición de sociedades por acciones, debe entenderse que hay participación con

el carácter de inversión directa cuando el paquete de acciones que se encuentra en manos de una persona física, de otra empresa, o de cualquier otro poseedor, da a sus accionistas, bien sea en virtud de disposiciones de la legislación nacional de la sociedad por acciones, bien sea de cualquier otra forma, la posibilidad de participar efectivamente en la gestión de esta sociedad o en su control.

3) Préstamos a largo plazo con vistas a crear o mantener lazos económicos duraderos.

4) Reinversión de beneficios con vistas a mantener lazos económicos duraderos.

b) *Liquidación de las inversiones directas.*

Comprende este apartado tanto la repatriación del producto de la liquidación de las inversiones directas efectuadas sobre territorio nacional por no residentes como la utilización del producto de la liquidación de las inversiones directas efectuadas en el extranjero por residentes; en uno y otro concepto cabe incluir tanto la cuantía del principal como la plusvalía que se hubiera obtenido durante la inversión directa.

La utilización del producto de la liquidación de haberes en el extranjero que pertenezcan a residentes debe estar permitida, al menos en los límites de las obligaciones de liberalización aceptadas por los Estados miembros.

c) *Inversiones inmobiliarias.*

Las inversiones inmobiliarias abarcan tanto las efectuadas sobre territorio nacional por no residentes como las efectuadas en

el extranjero por residentes, así como la repatriación del producto de su liquidación en el primer caso, o la utilización del producto de la liquidación de los bienes inmobiliarios en el segundo.

Se consideran inversiones inmobiliarias tanto las compras de propiedades, edificadas o no edificadas, como la construcción de edificios por personas privadas con fines lucrativos o personales. En esta categoría no hay que incluir los préstamos garantizados por hipoteca, pero en cambio sí se incluyen los derechos de usufructo, servidumbre y derechos de superficie.

d) *Movimientos de capital de carácter personal.*

Se recoge en este grupo toda una serie de conceptos que también aparecen en el Código de Liberalización de Movimientos de Capital de la OCDE, y que, si bien en este último código tienen encaje, dado el carácter residual del mismo (al haberse aprobado después del Código de Liberalización de las Transacciones Invisibles), no tiene sin embargo justificación suficiente su inclusión en estas directivas, que se refieren a movimientos de capital.

Dentro del referido grupo se incluyen los siguientes conceptos:

- Donaciones y dotaciones.
- Dotes.
- Sucesiones.
- Pago de deudas en su país de origen por emigrantes.
- Transferencias de capital pertenecientes a residentes que emigran.
- Transferencias de capital pertenecientes a emigrantes

que vuelven a su país de origen.

- Transferencias, durante su estancia, de los ahorros de los trabajadores.
- Transferencias escalonadas de los fondos bloqueados pertenecientes a no residentes por sus poseedores en caso de necesidad particular.
- Transferencias anuales de fondos bloqueados hacia algún otro Estado miembro por un no residente titular de la cuenta, dentro de una cantidad o porcentaje del total de los haberes, uniformes para todos los que lo solicitan, y fijado por el Estado miembro interesado.
- Transferencias al extranjero de gastos de pequeña cuantía.

e) *Concesión y reembolso de créditos a corto y medio plazo*, ligados a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios en los cuales participe un residente.

f) *Avales, garantías y derechos de prenda, y sus transferencias*, ligadas a los créditos a que hemos hecho referencia en el apartado anterior, así como también los unidos a préstamos a largo plazo con la finalidad de crear o mantener lazos económicos duraderos.

g) *Transferencias en ejecución de contratos de seguros*, siempre que tales contratos hayan sido autorizados en beneficio de la libre circulación de servicios como desarrollo del artículo 59 y siguientes del Tratado. En este apartado se incluyen las primas y prestaciones derivadas de contratos concluidos por compañías de seguros de vida nacionales con no resi-

dentos, o por compañías extranjeras del mismo ramo con residentes. Igualmente se incluyen las primas y prestaciones derivadas de contratos con compañías de seguros en el ramo de créditos para pólizas de esta clase.

h) *Impuestos de sucesiones.*

i) *Penalizaciones e intereses*, en tanto que tengan carácter de capital.

j) *Reembolsos efectuados en caso de anulación de contratos o de pagos debidos*, en tanto que tengan un carácter de capital.

k) *Derechos de autor.*

l) *Marcas, licencias, diseños e invenciones*, tanto por lo que respecta a la cesión como a las transferencias que se deriven de tales cesiones.

m) *Transferencias de medios financieros* necesarios para la ejecución de prestaciones de servicios.

2. Lista B

La lista B incluye aquellas operaciones de capital para las que «los Estados miembros acuerdan conceder autorizaciones generales para la conclusión o la ejecución de las transacciones, y para las transferencias entre residentes de los Estados miembros relativas a los movimientos de capital enumerados en la lista B» (art. 2.º de las directivas).

Dos características hay que señalar respecto a este grupo. La primera que, a diferencia de lo regulado respecto a la lista A, los Estados miembros están obligados a conceder una autorización general para las operaciones enumeradas en la lista B, no pu-

diendo someterlas a autorización específica previa. Se trata, por tanto, de una liberalización en el pleno sentido de la palabra, ello no excluye el derecho de los Estados miembros a «verificar la naturaleza y la realidad» de las transacciones y las transferencias, si bien esta verificación no puede adoptar la forma de autorización previa (puede revestir otras formas, como la previa comunicación, la verificación *ex post*, u otras). Y debe igualmente advertirse que esta liberalización plena para el contenido de la lista B está sujeta al posible juego de las cláusulas de salvaguardia —a las que luego nos referiremos— que permitirían a los Estados miembros desliberalizar determinadas operaciones.

La segunda característica de este grupo, que lo diferencia de la lista A, se refiere a los tipos de cambio aplicables. Según el artículo 2.º, 2, si las transferencias de este grupo se efectúan en un mercado de cambios en el que las fluctuaciones de las cotizaciones no están limitadas oficialmente, los Estados miembros se deben «esforzar en actuar de forma que dichas transferencias se efectúen a tipos de cambio que no presenten desviaciones notables y duraderas respecto de las prácticas para los pagos relativos a las transacciones corrientes». Obsérvese que para este grupo el compromiso para los Estados miembros es sólo «esforzarse».

En esta lista B se incluyen las siguientes transacciones:

a) *Operaciones sobre títulos valores:*

— La adquisición por no residentes de títulos nacionales negociados en Bolsa (con exclusión de participaciones en fondos de inversión colectiva), y la

repatriación del producto de su liquidación.

— La adquisición por residentes de títulos extranjeros negociados en Bolsa y utilización del producto de su liquidación (con exclusión de la adquisición de obligaciones emitidas en un mercado extranjero y nominadas en moneda nacional). Asimismo queda excluida la adquisición de participaciones en fondos de inversión colectiva.

La utilización del producto de la liquidación de activos en el extranjero que pertenezcan a residentes debe permitirse, al menos en los límites de las obligaciones de liberalización aceptadas por los Estados miembros.

La directiva viene a entender por «títulos negociados en Bolsa» aquellos que son objeto de transacciones reglamentarias, y cuyas cotizaciones son publicadas sistemáticamente, ya sea por los órganos oficiales de la Bolsa, ya sea por otros órganos relacionados con la Bolsa como, por ejemplo, las comisiones bancarias (títulos no cotizados oficialmente).

b) *Movimientos materiales de los títulos* antes mencionados.

Se incluyen en este apartado la importación o exportación de títulos pertenecientes a residentes o a no residentes.

3. Lista C

La lista C incluye aquellas operaciones de capital para las que «los Estados miembros acuerden conceder cualquier autorización de cambio que se requiera para la conclusión o la ejecución de las transacciones, y para las transferencias entre resi-

dentos de los Estados miembros» relativas a los movimientos de capital enumerados en esta lista C, si bien de forma condicionada (art. 3.º de las directivas).

En efecto, el mismo artículo 3.º, en su párrafo 2, señala que si la libertad de estos movimientos de capital supusiese «un obstáculo para la realización de los objetivos de política económica de un Estado miembro», éste podrá mantener o restablecer las restricciones de cambio sobre los mismos existentes en el momento de la entrada en vigor de las directivas (o en el momento de la adhesión, en el caso de los nuevos miembros), consultando a la Comisión a tal respecto (19).

Los movimientos de capital de la lista C son los siguientes:

a) *Emisión y colocación de títulos de una empresa nacional sobre un mercado extranjero de capitales.* Se entiende por colocación la venta directa de títulos hecha por el emisor, o la venta por el consorcio encargado.

b) *Emisión y colocación de títulos de una empresa extranjera sobre un mercado nacional de capitales.* Se incluyen dentro de estos títulos tanto las acciones como las obligaciones, ya se encuentren éstas nominadas en moneda nacional o nominadas en moneda extranjera.

c) *Operaciones sobre títulos,* entendiéndose por estas operaciones toda negociación sobre títulos, comprendiendo la venta inicial de certificados de inversión por fondos de inversión colectiva. Estas operaciones son:

• La adquisición por no residentes de títulos nacionales no negociados en Bolsa y repatriación del producto de su liquidación.

- La adquisición por residentes de títulos extranjeros no negociados en Bolsa y utilización del producto de su liquidación.

- La adquisición por no residentes de participaciones en fondos nacionales de inversión colectiva negociadas en Bolsa y repatriación del producto de su liquidación.

- La adquisición por residentes de participaciones de fondos extranjeros de inversión colectiva negociadas en Bolsa y utilización del producto de su liquidación.

- La adquisición por residentes de obligaciones extranjeras negociadas en Bolsa emitidas en un mercado extranjero y nominadas en moneda nacional.

- Los movimientos materiales de los títulos antes mencionados, que en definitiva vienen a suponer las importaciones y exportaciones de los referidos títulos, ya pertenezcan a residentes o a no residentes.

d) *Concesión y reembolso de créditos a largo plazo* unidos a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios en las cuales participe un residente.

e) *Concesión y reembolso de préstamos y créditos a medio y largo plazo* unidos a transacciones comerciales o prestaciones de servicios en las que no participe ningún residente.

f) *Concesión y reembolso de préstamos y créditos a medio y largo plazo* no ligados a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios.

g) *Avales, garantías y derechos de prenda* ligados a las operaciones crediticias antes mencionadas.

4. Lista D

La lista D incluye las operaciones de capital para las que las directivas no establecen obligación de liberalización alguna para los Estados miembros.

Para estos movimientos de capital no liberalizados el artículo 4.º de las mismas establece, sin embargo, que «el Comité Monetario procederá, al menos una vez al año, a un examen de las restricciones que se apliquen a los movimientos de capital enumerados en las listas del anexo 1 de la presente directiva; y presentará un informe a la Comisión sobre las restricciones que podrían ser suprimidas» (20).

Los movimientos de capital incluidos en la lista D, para los que no se establece liberalización alguna, son los siguientes:

a) *Inversiones a corto plazo en bonos del Tesoro y otros títulos del mercado monetario.*

Este apartado abarca tanto las inversiones a corto plazo efectuadas por no residentes en el mercado monetario nacional, como las realizadas por residentes sobre un mercado monetario extranjero. E incluye asimismo las desinversiones con repatriación del producto de la liquidación en el supuesto de no residentes, o con la utilización del producto de la liquidación en el supuesto de residentes.

b) *Aperturas e ingresos en cuentas corrientes y de depósito* en establecimientos de crédito, así como su utilización o liquidación.

c) *Concesión y reembolso de créditos a corto plazo* unidos a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios, en los

cuales no participe residente alguno.

d) *Concesión y reembolso de préstamos o créditos a corto plazo* no ligados a transacciones comerciales ni a prestaciones de servicios.

e) *Préstamos de carácter personal.*

f) *Avales, garantías y prendas ligadas a los créditos o préstamos* anteriormente señaladas en los apartados c), d) y e).

g) *Importación y exportación material de valores.*

Se trata de recoger en este apartado toda clase de títulos públicos o privados, títulos no cotizados en Bolsa y medios de pago de toda clase, e incluso de oro.

h) *Otros movimientos de capital:* diversos. (Incluye impuestos de sucesiones, daños e intereses que tengan carácter de capital, reembolsos efectuados en caso de anulaciones o pagos indebidos, derechos de autor, etcétera).

Desde 1962 no se volvieron a adoptar directivas referidas específicamente a la liberalización de movimientos de capital. Cabe citar, sin embargo, algunas otras que incidieron de alguna forma en la materia. Así la directiva 72/156/CEE, de 21 de marzo de 1972, relativa a «la regulación de los flujos financieros internacionales y a la neutralización de sus efectos negativos sobre la liquidez interna», que preveía la posibilidad de establecer excepciones al principio de liberalización, permitiendo a las autoridades monetarias de los países miembros imponer regulaciones y limitaciones a ciertos movimientos de capitales (reglamentación de las colocaciones en el mercado monetario y de la remunera-

ración de los depósitos de no residentes, regulación de los préstamos y créditos de no residentes a residentes no ligados a transacciones comerciales ni de servicios, regulación de la posición exterior neta de las entidades de crédito, fijación de coeficientes de reserva obligatorios para los activos de no residentes... a fin de evitar perturbaciones graves sobre los mercados de cambios y de capitales (21).

Otra directiva a mencionar es la 69/335/CEE, de 17 de junio de 1969, relativa a la armonización de los impuestos indirectos sobre la concentración de capitales.

Otras iniciativas encaminadas a propiciar un mercado europeo de capitales unificado tuvieron resultados decepcionantes. La propuesta de la Comisión, a principios de los setenta, de adoptar una tercera directiva tendente a la liberalización de la circulación de capitales (que preveía la posibilidad de emisión y admisión en Bolsa de valores de los otros Estados miembros) no pudo ser aprobada por culpa de la legislación restrictiva adoptada por Francia, en 1966, en esta materia. En 1977 la Comisión preparó una recomendación (77/534/CEE, de 25 de agosto) referente a un código de conducta en materia de operaciones en títulos mobiliarios. Y en 1979 se adoptó una directiva (79/279/CEE, de 5 de marzo) que preveía la coordinación de las condiciones de admisión a las bolsas de valores en los Estados miembros. Pero no se pudieron dar pasos tendentes a una mayor liberalización. Entre 1975 y 1977, Italia, Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca se acogieron a distintas medidas de salvaguardia, y ello hizo difícil la adopción de nuevos

avances liberalizadores. Y en definitiva, la postura de los países más liberales en materia de control de cambios —notablemente la RFA— desde 1967 es que no merece la pena plantear nuevos proyectos de liberalización en tanto todos los Estados miembros no hayan llegado a aplicar plenamente la liberalización contenida en las directivas de 1960 y 1962.

IV. CLAUSULAS DE SALVAGUARDIA Y SU APLICACION EN DETERMINADOS PAISES COMUNITARIOS

1. Cláusulas de salvaguardia del Tratado CEE

Al plantearnos las cláusulas de salvaguardia previstas por el Derecho comunitario para los Estados miembros y relativas a los movimientos de capital, tenemos que recordar lo ya dicho anteriormente en cuanto a la distinción entre dos conceptos fundamentales del control de cambios, cuales son el de transacción y el de transferencia. Estos dos conceptos son de mucha más fácil comprensión cuando nos referimos a transacciones comerciales o de servicios, que cuando hablamos de operaciones de capitales. En todo caso, el Tratado CEE tiene una regulación perfectamente diferenciada de las «transacciones» de capital (arts. 67 al 73) y de las «transferencias» o pagos (artículos 104 al 109). Y en una y otra regulación aparecen recogidas cláusulas de salvaguardia a las que vamos a referirnos a continuación. Respecto a las «tran-

sacciones» de capital, a pesar de que la regulación del Tratado CEE, conforme hemos indicado anteriormente, no impone a los Estados miembros una obligación incondicional y rígida de abolir, al final del periodo transitorio, las limitaciones o restricciones que impiden la libre circulación de capitales (art. 67, 1), sin embargo los redactores del Tratado procuraron no olvidar las cláusulas de salvaguardia, y hasta tal punto las aplicaron que de los siete artículos que regulan dichas transacciones dos de ellos están destinados a establecer otras tantas salvaguardias.

Con independencia de estas dos cláusulas de salvaguardia que afectan a la regulación sustantiva de las «Transacciones» (movimientos) de capitales, el Tratado tiene previstas otras dos medidas de salvaguardia que afectan a las «Transferencias» o pagos. A este respecto hay que señalar que los artículos 104 y 109 del Tratado establecen las normas relativas a la balanza de pagos, especificando en el artículo 106 que los Estados se comprometen a autorizar los pagos relacionados con los intercambios de mercancías, servicios y capitales, en la medida en que la circulación de mercancías, servicios, capitales y personas se encuentre liberalizada entre los Estados miembros.

Este principio parece de una lógica aplastante, y es tan obvio que, aún en el supuesto de que no se hubiera especificado, debe darse por entendido; y ello porque es impensable liberalizar la circulación de mercancías, servicios o capitales sin que se autoricen los pagos o transferencias que todas aquellas transacciones van a llevar consigo. Naturalmente que pueden darse limitaciones a las transferencias mo-

netarias o pagos, pero únicamente en el supuesto de que existan cupos aplicables a las transacciones antes referidas, en cuyo caso habrá que confesar que tales transacciones se encuentran limitadas. Veamos pues, a continuación, tanto las cláusulas de salvaguardia relativas a las transacciones como las referidas a las transferencias.

1. *Supuesto en que los movimientos de capital provoquen perturbaciones en el mercado de capitales de un Estado miembro*

El artículo 73 del Tratado CEE (22) (situado al final del capítulo 4.º del título III, que regula los capitales) recoge una cláusula de salvaguardia específica que afecta a los movimientos de capitales en cuanto a transacciones en el supuesto de que los mismos provoquen perturbaciones en el funcionamiento del mercado de capitales de un Estado miembro.

En este caso, la Comisión, oído el Comité Monetario, autorizará a dicho Estado para que adopte, en el ámbito de los movimientos de capital, medidas de protección, en las condiciones y modalidades que aquélla determine.

Hay que señalar que el referido artículo no indica si la perturbación generada por los movimientos de capitales se ha de deber a movimientos liberalizados o a movimientos que aún se encuentran incluidos en la lista D de la directiva de 1960, conforme a la cual quedan excluidos de la liberalización determinados movimientos de capitales. En todo caso hay que pensar que esa perturbación debe ser producida por movimien-

tos de capitales liberalizados, ya que en otro supuesto serían competencia exclusiva del Estado miembro las medidas de protección a adoptar. Es cierto que la competencia para autorizar las medidas de protección no corresponde al Estado miembro que ve perturbado el funcionamiento de su mercado de capitales, sino que es competencia de la Comisión, oído el Comité Monetario. En todo caso el n.º 1 del artículo 73 prevé en su párrafo 2.º que el Consejo, por mayoría cualificada, podrá revocar la autorización concedida por la Comisión y modificar las condiciones y modalidades que hubiera determinado la misma.

El mismo precepto, en su párrafo 2.º, prevé un procedimiento que pudiéramos llamar de urgencia, al permitir que el Estado miembro que se halle en dificultades provocadas por los movimientos de capital, adopte directamente las medidas anteriormente referidas cuando resulten necesarias por razones de secreto o urgencia. En este supuesto, el Estado únicamente está obligado a informar de tales medidas a la Comisión y al resto de Estados miembros, a más tardar en el momento de la entrada en vigor de dichas medidas. En este supuesto de urgencia, el Tratado establece que la Comisión podrá decidir que el Estado interesado modifique o suprima tales medidas.

2. *Supuesto de divergencias entre las regulaciones de cambios de los Estados miembros que faciliten la fuga de capitales a terceros países*

Para entender esta cláusula de salvaguardia, hay que recordar

una de las divergencias fundamentales que se observan en el Tratado CEE, cuando comparamos la regulación de la libertad de circulación de capitales con otras libertades fundamentales, como puede ser la de circulación de mercancías. En efecto, la regulación de esta última libertad no sólo conlleva la desaparición de las limitaciones y restricciones entre los Estados miembros que impidan la libre circulación de mercancías, sino que también se exige una unión aduanera entre los Estados miembros frente a terceros países, que hace que el tratamiento de la exportación de una determinada mercancía a países no comunitarios sea el mismo, con independencia del país comunitario desde el que se haga la exportación.

En cuanto a los movimientos de capitales, por el contrario, el artículo 70 solamente prevé una «coordinación progresiva» de las políticas de los Estados miembros en materia de cambios respecto a los movimientos de capitales entre dichos Estados y terceros países. Pero esta coordinación ha de conseguirse mediante directivas adoptadas por unanimidad por el Consejo, procurando el más alto grado de liberalización posible. Como puede observarse, existen dos datos importantes que reflejan una vez más la timidez con que ha sido regulada la libre circulación de capitales en la Europa comunitaria. Por una parte, el precepto no señala plazo para poder lograr esa mínima coordinación progresiva; y por otra, las directivas habrán de adoptarse por unanimidad, con lo cual cualquier país miembro va a poder paralizar las medidas que tema le puedan perjudicar.

El número 2 del referido precepto prevé la posibilidad de que

las medidas de coordinación progresiva, a que anteriormente nos hemos referido, no permitan la eliminación de las divergencias entre las regulaciones de cambio de los Estados miembros con terceros países. En este supuesto, cuando una persona residente en uno de los Estados miembros de la Comunidad pretenda eludir la reglamentación de cambios de su país de residencia con un país no comunitario tratará de buscar el país comunitario que tenga una regulación más liberal con terceros países, y aprovechará, por otra parte, la facilidad de transferencia dentro de la Comunidad recogida en los artículos 67 y siguientes. Para este supuesto, el número 2 del artículo 70 prevé que el Estado cuya reglamentación quiera ser infringida de la forma antes mencionada podrá adoptar, previa consulta a los demás miembros, y oída la Comisión, medidas apropiadas para eliminar tales dificultades. En todo caso, el mismo número establece que el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá obligar al Estado interesado a que modifique o suprima tales medidas, si las mismas restringieran la libertad de movimientos de capitales más allá de lo necesario para alcanzar los fines antes mencionados (que, según hemos señalado, no son otros que el hacer fracasar los caminos tortuosos que un ciudadano comunitario pretenda seguir para eludir la reglamentación de cambios de su país de residencia con terceros países).

3. *Dificultades o amenaza grave de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro*

El artículo 108 del Tratado recoge, en su n.º 1, el supuesto de

dificultades o amenaza grave de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro que va a dar lugar a que la Comisión, después de un examen de la situación de dicho Estado, indique unas determinadas medidas cuya adopción recomienda al Estado interesado. Si tales medidas no fueran suficientes para superar las dificultades o la amenaza grave de dificultades, la Comisión recomendará al Consejo, oído el Comité Monetario, la concesión de una asistencia mutua.

En todo caso, para que las dificultades o amenaza grave de dificultades puedan dar lugar al sistema de asistencia mutua prevista en el artículo 108, este mismo precepto exige dos condiciones. Por una parte, que tales dificultades se encuentren originadas «por un desequilibrio global de su balanza de pagos o por el tipo de divisas de que disponga»; es decir, no es necesario que las dificultades o amenaza grave de dificultades sean originadas específicamente por movimientos anómalos de capitales al amparo de la liberalización impuesta por la Comunidad, sino que pueden estar generadas por otras razones. La segunda condición es que tales dificultades puedan comprometer el funcionamiento del mercado común o la progresiva realización de la política comercial común. Naturalmente que es una decisión difícil de predeterminedar, sobre todo cuando no existen propiamente dificultades sino que nos encontramos ante un simple supuesto de amenaza grave de las mismas.

El n.º 2 del artículo 108 al que nos estamos refiriendo contempla las distintas formas que la asistencia mutua podrá revestir, y que, en todo caso, deberán ser

concedidas por el Consejo, incluyendo la posibilidad de una acción concertada ante otras organizaciones internacionales, medidas necesarias para evitar desviaciones del tráfico comercial, o concesión de créditos limitados por parte de otros Estados miembros.

En el n.º 3 del precitado artículo 108 se contempla la posibilidad de que el Consejo no aprobara la asistencia mutua recomendada por la Comisión, o que, incluso en el supuesto de haber sido aprobada dicha asistencia, fuera insuficiente. En estos casos, la Comisión autorizará al Estado en dificultades para que tome las medidas de salvaguardia en las condiciones y modalidades que ella determine. En todo caso, el Consejo podrá modificar las condiciones y modalidades e incluso revocar la autorización concedida por la Comisión en este supuesto.

Hay que señalar que, en la práctica, según podremos comprobar más adelante, ha sido este n.º 3 del artículo 108 del Tratado el invocado por los Estados miembros para establecer limitaciones y restricciones a la libre circulación de capitales, en aquellos supuestos en que se había acordado la liberalización mediante las dos ya clásicas directivas de mayo de 1960 y diciembre de 1962.

4. *Caso de crisis súbita en la balanza de pagos*

La última cláusula de salvaguardia contenida en el Tratado es la recogida en el artículo 109, que contempla la posibilidad de una súbita crisis en la balanza de pagos que exija tomar inmediatamente una decisión de acuerdo con lo previsto en el

artículo 108 a que anteriormente nos hemos referido.

En este supuesto, se prevé la posibilidad de que el Estado miembro que sufra esa súbita crisis en la balanza de pagos pueda adoptar, con carácter cautelar, las medidas de salvaguardia necesarias. Es cierto que el precitado artículo 109 señala que dichas medidas deberán producir la menor perturbación posible en el funcionamiento del mercado común, y no podrán tener mayor alcance del estrictamente indispensable para superar las dificultades que hayan surgido súbitamente.

En todo caso, la Comisión y los demás Estados miembros deben ser informados de dichas medidas de salvaguardia, a más tardar en el momento de su entrada en vigor. No hace falta señalar que el Consejo, como en todos los supuestos en que exista una cláusula de salvaguardia, puede decidir que el Estado interesado modifique, suspenda o suprima las medidas antes mencionadas.

2. Aplicación de las cláusulas de salvaguardia

En los veintiocho años de vida del Tratado han sido varios los países, y en distintas ocasiones, que han hecho uso de algunas de las cláusulas de salvaguardia, especialmente de la prevista en el artículo 108, n.º 3.

Para no hacer una enumeración fatigosa, séanos permitido al menos señalar las decisiones de la Comisión en esta materia que se encuentran vigentes, y que han hecho que se apliquen medidas excepcionales a algunos países, incluso respecto a las

transacciones de las citadas listas A y B de las directivas de 1960 y 1962 que liberalizaban transacciones y transferencias en el campo de los movimientos de capital.

La decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1984, que tiene una vigencia de dos años, autorizó a la República Francesa a prohibir o someter a autorización previa la realización o ejecución de transacciones y transferencias referentes a los movimientos de capital liberalizados conforme a los artículos 1.º y 2.º de la directiva del Consejo de 11 de mayo de 1960, modificada por la directiva de 18 de diciembre de 1962.

Conforme a esta decisión de la Comisión, quedaron sometidas a autorización las inversiones directas efectuadas por residentes en Francia en otros países miembros. Esta autorización no se concedería si las inversiones no fueran financiadas en una cuantía superior al 50 por 100 por préstamos en divisas de una duración de por lo menos de dos años. (Las pequeñas y medianas empresas no quedaban sometidas a esta condición de financiación.)

Quedaron asimismo sometidas a autorización las inversiones inmobiliarias que consistieran en la compra de inmuebles en el extranjero por residentes en Francia a título de residencia secundaria. Esta autorización podía concederse por razones de salud o de otros motivos humanitarios.

En cuanto a los movimientos de capital de carácter personal, se sometían asimismo a autorización las donaciones hechas por franceses a no residentes y las transferencias al extranjero

del patrimonio de emigrantes franceses.

En cuanto a las operaciones sobre títulos valores, la adquisición por residentes en Francia de títulos extranjeros nominados en moneda extranjera no se autorizaría sino con la condición de que su pago se realizase mediante divisas provenientes de la venta por residentes en Francia de títulos nominados en moneda extranjera (divisas-títulos). Esta condición no se aplicaría en el supuesto de adquisición de títulos librados en Unidades Monetarias Europeas (ECUs) emitidos en Francia por las Instituciones Comunitarias Europeas y la Banca Europea de Inversiones.

De forma similar, Irlanda, el 19 de diciembre de 1984, fue autorizada, mediante decisión de la Comisión, por un plazo de tres años a prohibir o someter a autorización previa la adquisición por residentes de títulos extranjeros negociados en Bolsa. Igual que en el supuesto francés, se excluía de esta limitación la adquisición de títulos extranjeros por residentes cuando tal adquisición fuera financiada por el producto de la venta de otros títulos extranjeros, o en el supuesto de títulos negociados en Bolsa emitidos por las Instituciones Comunitarias Europeas o por la Banca Europea de Inversiones.

Asimismo, Italia fue autorizada mediante decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1984, y siempre al amparo del artículo 108, n. 3 del Tratado, a establecer determinadas restricciones a algunas transacciones y transferencias referidas a movimientos de capital que se encontraban liberadas conforme a los artículos 1.º y 2.º de las directi-

vas tantas veces citadas de 1960 y 1962. Esta autorización fue establecida por un plazo de tres años, y se diferencia de los casos de los otros países a que nos hemos referido anteriormente en el tipo de medidas adoptadas para impedir determinadas operaciones de movimientos de capital. En efecto, así como en otros países se sometían a autorización previa, o se prohibían, determinadas transacciones, en el régimen existente en Italia las operaciones quedaban liberalizadas, pero se encarecían, al imponerlas un sobreprecio consistente en la exigencia de constituir un depósito bancario por un porcentaje del valor de la operación o transacción, sin que tal depósito devengase interés alguno.

Así, la construcción o compra de bienes inmuebles en el extranjero por residentes en Italia quedó sujeta a la constitución de un depósito bancario sin interés igual al 40 por 100 del valor del inmueble. Igualmente, para la adquisición por residentes en Italia de títulos extranjeros negociados en Bolsa se impuso la obligación de constitución de un depósito bancario, igualmente sin interés, de hasta el 30 por 100 del total de la adquisición cuando se tratase de títulos emitidos por Instituciones Comunitarias Europeas y por la Banca Europea de Inversiones; y de hasta el 40 por 100 del total de la adquisición para todos los otros títulos extranjeros. En todo caso, la adquisición de estos títulos debería ser mantenida durante un período superior a un año; en caso contrario, el depósito se elevaría al 50 por 100 de la adquisición.

V. INFRACCIONES A LAS NORMAS COMUNITARIAS REGULADORAS DE MOVIMIENTOS DE CAPITAL Y REGIMEN SANCIONADOR

El problema que nos planteamos bajo este epígrafe es doble. Por una parte, si existen normas vigentes de Derecho comunitario relativas a los movimientos de capital que, en virtud del principio de supremacía, puedan afectar a las normas nacionales de carácter penal. Por otra, saber si las infracciones a las normas nacionales reguladoras de los movimientos de capital están sometidas a determinados principios de lo que pudiéramos denominar «derecho penal comunitario».

En cuanto a la primera parte del problema, podemos afirmar, sin riesgo de equivocarnos, que las directivas de mayo de 1960 y diciembre de 1962 (a que nos hemos referido en el apartado II, y por las que se liberalizan determinadas operaciones de capital) se imponen sobre las normas nacionales que regulan esas mismas operaciones, salvo en el supuesto de que un determinado país haya hecho uso de alguna de las cláusulas de salvaguardia a que anteriormente también hemos hecho referencia. En consecuencia, cualquier ciudadano de un Estado comunitario podrá exigir que desaparezca de su legislación nacional cualquier medida que impida o limite realmente alguna de las operaciones liberalizadas, salvo, reiteramos, que tal país se hubiera acogido a alguna de las cláusulas de salvaguardia.

Más difícil es contestar a la segunda parte del problema, a saber, si las infracciones a la regulación de los movimientos de capital están sometidas a lo que pudiéramos denominar principios de derecho penal comunitario. Por supuesto que no nos planteamos si existe un derecho positivo sancionador, en el sentido de un conjunto de normas contenidas en el derecho primario o derivado comunitario sobre esta materia, ya que la respuesta negativa es obvia. Lo que realmente queremos saber es si existen o no principios generales de derecho, cuya aplicación en la concreta materia de movimientos de capital pueda ser invocada directamente por los particulares ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad contra la posible violación de los mismos por parte de un Estado miembro. Al no existir normas positivas vigentes, creemos que la solución a este problema tiene que venir necesariamente a través de la doctrina jurisprudencial comunitaria, por la aplicación de los principios generales del Derecho. Bien es cierto que al hablar de principios generales en el Derecho comunitario, como señala Jean Victor Louis (23), unas veces el Tribunal se está refiriendo a los principios generales y específicos del Derecho comunitario que derivan de la naturaleza misma de los Tratados (principios de igualdad, solidaridad y libertad), mientras que otras veces nos habla de los principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros. Más aún, en la sentencia Nold (24) va a declarar el propio Tribunal «que al asegurar la salvaguardia de estos derechos (fundamentales), el Tribunal ha de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los derechos de los Estados miem-

bros y no puede, por tanto, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de estos Estados; que los instrumentos internacionales referentes a la protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros han cooperado o adherido, pueden igualmente dar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario».

Hechas estas reflexiones previas que consideramos necesarias, tenemos que señalar que, en materia sancionadora relativa a movimientos de capital, son muy escasas las sentencias dictadas por el Tribunal Comunitario. Y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar, por el escaso grado de desarrollo que ha logrado la libertad de movimientos de capital en la Europa comunitaria, y, en segundo lugar, por la posibilidad que tienen los Estados miembros de acudir, en este sector concreto, a las cláusulas de salvaguardia, lo que ha hecho que los países que se han ido encontrando en dificultades económicas hayan dictado disposiciones derogando esa escasa liberalización comunitaria en su país.

Por nuestra parte, únicamente conocemos tres supuestos en que el Tribunal Comunitario, directa o indirectamente, se ha pronunciado sobre la materia. Estos tres supuestos son: primero, el conocido *affaire Casati*, consistente en un caso de exportación de divisas por un súbdito italiano residente en Alemania (que, según manifestó al ser aprehendido por los funcionarios de la aduana italiana, las había llevado previamente desde Alemania a Italia con objeto de adquirir determinadas máquinas para su

negocio en Alemania). En este procedimiento el Tribunal Comunitario aborda directamente algunos de los problemas de Derecho Penal en relación con las legislaciones nacionales.

El segundo supuesto (*affaire Luisi-Carbone*), al que nos hemos referido en el apartado I de este trabajo, corresponde al uso de tarjetas de crédito en moneda extranjera por cantidades superiores a las autorizadas por la legislación italiana, ya que el caso se refería también a dos súbditos italianos residentes en Italia. En este procedimiento, el Tribunal sólo indirectamente tocó problemas relativos a movimientos de capital, ya que, habiendo dado como hecho probado que las divisas obtenidas por el uso de las tarjetas de crédito las habían gastado en el extranjero por motivo de viajes de turismo y de salud, el Tribunal decidió que tales transacciones no correspondían a operaciones de capital sino que eran transacciones invisibles; y, en consecuencia, aplicó las normas comunitarias correspondientes a estas últimas operaciones.

Por último, hay que señalar el denominado «*affaire Regina-Thompson*», referente a una exportación de oro, que dio lugar asimismo a unas consideraciones por el Tribunal en relación con los movimientos de capital, aunque de manera muy tangencial (25).

En todo caso, si bien no existen decisiones jurisprudenciales que hayan fijado una doctrina específica en esta materia, sin embargo sí existen problemas concretos que el juez nacional en el *affaire Casati* propuso al Tribunal Comunitario, entre los cuales queremos destacar los tres siguientes:

1) Si la cláusula *stand-still* del artículo 71 impide a los Estados miembros agravar las sanciones que la Ley nacional tiene previstas en las infracciones a la legislación de movimientos de capital. 2) Si puede imponerse una misma pena a supuestos tan distintos como son la realización de una exportación ilegal de capitales y la simple infracción de formalidades administrativas. 3) Si los Estados miembros pueden limitar las pruebas en esta clase de operaciones a la cumplimentación de un único documento.

Sobre estas tres cuestiones prejudiciales propuestas por el juez italiano, el Tribunal no tomó decisión alguna por entender que tales cuestiones habían sido planteadas para el supuesto de una respuesta afirmativa a otra pregunta distinta, cual era la de si existía una norma comunitaria que reconociera a los ciudadanos el derecho a reexportar unos capitales que previamente habían sido introducidos en un país comunitario sin cumplimentar el impreso de declaración de las divisas. Dado que el Tribunal contestó de forma negativa a esta cuestión previa, inmediatamente decaían las otras tres cuestiones planteadas.

En todo caso, el Tribunal va a sentar unos principios generales que creemos de interés, al señalar que la jurisprudencia del propio Tribunal, en otros campos distintos al de los movimientos de capital, había señalado que la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la exclusiva competencia de los Estados miembros. Pero que también existe jurisprudencia constante comunitaria en el sentido de que existen límites al derecho de los Estados miembros para regular las medi-

das de control en un cuadro de la libre circulación de mercancías y personas, ya que las medidas administrativas o represivas no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario, ni las distintas formas de control pueden concebirse de manera que restrinjan la propia libertad protegida por el Derecho comunitario, ni las sanciones pueden ser tan desproporcionadas a la gravedad de la infracción que constituyan un impedimento para la propia libertad.

Esta doctrina jurisprudencial, que, según señala el propio Tribunal, ha sido dictada en el campo de las libertades de circulación de personas y mercancías, estima que también podría aplicarse al ámbito de los movimientos de capital y de las transferencias monetarias respecto a las medidas de control que los Estados miembros mantengan en virtud del artículo 5.º de la directiva de mayo de 1960, y únicamente en relación con las operaciones cuya liberalización se haya producido en virtud de una norma comunitaria; ya que, respecto a las restantes operaciones, cuya liberalización no viene impuesta por normas comunitarias, los Estados miembros gozan de libertad absoluta para establecer las medidas de control e imponer el respeto a las mismas mediante sanciones penales. Este planteamiento que hace el Tribunal Comunitario creemos que es excesivamente generalizador, y algunas de sus afirmaciones no dudamos que serán objeto de matización cuando el Tribunal tenga que enfrentarse con supuestos concretos relativos a movimientos de capital y transferencias monetarias. No olvidemos que las consideraciones dadas en esta sentencia del *affaire* Casati, respecto

a estos puntos concretos, tienen el carácter de *obiter dicta*, y no han sido el fundamento jurídico para las decisiones de base.

En todo caso, y dado que los tres problemas al principio planteados, si bien no fueron objeto de decisión judicial, sí lo fueron en cambio de alegaciones por alguna de las partes intervinientes en el procedimiento, creemos conveniente, dada su importancia, hacer unas breves reflexiones sobre los mismos.

El primer problema planteaba la compatibilidad de la cláusula *stand-still* del artículo 71 con la agravación de penas impuestas por una ley nacional. Tenía su origen en el hecho que la legislación italiana había considerado las infracciones monetarias como infracciones administrativas sancionadas con simples multas gubernativas hasta el año 1976, fecha en que entraron en la categoría de delitos por el Decreto-Ley n.º 31, de 4 de marzo de 1976, pudiendo ser sancionadas dichas infracciones, a partir de esta fecha, con penas de privación de libertad hasta seis años y multa del doble al cuádruple del valor.

Podemos decir que en este punto, a excepción del interesado, Sr. Casati, todas las demás partes intervinientes estuvieron de acuerdo en afirmar que el artículo 71 no supone una cláusula *stand-still* en sentido estricto, ya que no impone una obligación a los Estados miembros de no introducir nuevas restricciones a la legislación sobre movimientos de capital, sino simplemente señala el referido artículo que los Estados miembros «se esforzarán» en no introducir nuevas restricciones. Por otra parte, los gobiernos de Dinamar-

ca, Alemania, Irlanda, y Gran Bretaña, así como la propia Comisión, señalaron que el artículo 71 del Tratado invita únicamente a no agravar las reglamentaciones y restricciones de cambios, en tanto que la legislación italiana lo único que había hecho era agravar las penas por infracciones a una normativa limitativa de los movimientos de capital, que había permanecido antes y después del año 1976 sin alteración sustantiva.

El segundo problema planteado por el Juez italiano al Tribunal, en relación con el Derecho penal, hacía referencia al principio de proporcionalidad de las penas, al cuestionar si este principio permite castigar con unas mismas penas situaciones tan distintas como pueden ser la exportación ilícita de capitales o la simple falta a las formalidades previstas por la reglamentación de cambios, y si tales penas pueden ser impuestas de forma indistinta tanto a los residentes como a los no residentes.

Como puede observarse, el planteamiento del principio de proporcionalidad formulado por el Juez italiano supone que situaciones diferentes no puedan ser sancionadas de la misma manera; y se extiende tanto a la diferente clase de infracciones como a los distintos sujetos pasivos de las sanciones a imponer. Respecto al mismo tratamiento dado a sujetos del control de cambios con características tan distintas como son los residentes y los no residentes, los intervinientes en el proceso señalaron que el tratamiento de control de cambios respecto a las obligaciones y derechos de unos y otros son distintos, pero que cuando cualquiera de ellos comete un delito de exportación ilícita de capitales, debe ser cas-

tigado con las mismas penas. El Sr. Casati, a nuestro juicio erróneamente, planteó el tema de la proporcionalidad de las penas a residentes y no residentes mezclándolo con el de la exportación ilegal y la simple infracción de formalidades a efectos de control, tema este que el resto de las partes intervinientes eludieron por el sencillo camino de afirmar que, en presencia de una violación a las normas de control de cambios que implica una exportación de divisas no autorizada, no están justificadas las discriminaciones en cuanto a las sanciones.

No nos resistimos, sin embargo, a tratar de aflorar el planteamiento implícito en este punto concreto, y ello porque es un problema general que existe en todos los países, comunitarios o no, que tienen establecido el control de cambios. En efecto, las normas sancionadoras de control de cambios vienen de forma casi unánime a tipificar como delito de exportación ilegal el hecho de exportar al exterior billetes o medios de pago sin la autorización administrativa necesaria. Al mismo tiempo, como no es posible, dada la internacionalización de las relaciones económicas, un control de cambios en que todas las transacciones se encuentren prohibidas o sometidas a autorización administrativa previa, la reglamentación da autorizaciones generales, a través de disposiciones o actos administrativos generales en virtud de los cuales los particulares pueden realizar, sin autorización previa, las transferencias (o cobros y pagos) derivados de las transacciones liberalizadas, si bien deben cumplir unas determinadas formalidades, las más de las veces a efectos estadísticos. En to-

do caso, habrá unas transacciones que los particulares tienen prohibidas y otras distintas que los particulares tienen permitidas. Sancionar de igual forma la realización de unas y otras de las operaciones mencionadas creemos que va contra el principio de la proporcionalidad de las penas, universalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia en el estado actual de la ciencia del Derecho Penal. Y no cabe argüir que tan exportación ilícita es la que realiza el particular para una transacción prohibida como la que realiza para una operación liberalizada o permitida, pero sin cumplir las formalidades administrativas a efectos de puro control. Esta afirmación sería tanto como olvidar el principio de tipicidad, ampliando los tipos penales. La confusión en esta postura estriba en que no se aplica por los que la mantienen la distinción entre transacción y transferencia.

La liberalización de una transacción supone que el particular puede realizar la misma sin necesidad de autorización previa, y si puede realizar la operación o transacción tendrá que poder efectuar la transferencia, que no es ni más ni menos que el cobro o pago exterior de esa transacción libre. El hecho de que en un supuesto liberalizado se haya realizado un pago incumpliendo la formalidad de rellenar un formulario a efectos estadísticos no puede tener la misma gravedad que la realización de un pago de una operación o transacción que esté prohibida por las normas del control de cambios.

Queda, por último, el problema planteado respecto a la limitación de las pruebas en el control de cambios. La legislación italiana permite que los no resi-

dentes puedan introducir en Italia divisas en la cuantía que tengan por conveniente, pero al salir no podrán llevarse una cantidad superior a la declarada en el impreso modelo V2 ante la aduana. Esta situación es también común a la mayor parte de países que tienen establecido un control de cambios. El problema planteado está conectado con el derecho que tiene cualquier acusado de utilizar cuantos medios de defensa lícitos tenga por conveniente, sin que se pueda arbitrariamente limitar dichos medios. El principio de que un no residente puede llevar consigo a la salida de un país una cantidad de divisas no superior a la que llevara consigo a la entrada no puede verse limitado por normas que consideren como única prueba admisible (con exclusión de cualquier otra) la presentación de un impreso concreto, cual es el impreso aduanero de la entrada primitiva de las divisas. Otra cosa es que el particular sometido a un procedimiento, por una infracción como la que comentamos, va a tener grandes dificultades para probar la entrada legal de las divisas si no es a través del correspondiente impreso que existe en al Aduana.

Estos y otros problemas, prácticos y teóricos, tiene planteado el control de cambios de los países comunitarios en relación con el Derecho que regula la libertad de circulación de capitales en la Europa Comunitaria.

NOTAS

(1) FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Conceptos y definiciones de balanza de pagos*, Washington D.C., 1969, págs. 3 y 8. Vid. asimismo *Balance of Payments Yearbook*, IFM, 1961, y también Poul HOST-MADSEN, *La balanza de pagos, su significado y utilización*, Fondo Monetario Internacional, Washington D.C., 1967.

(2) Poul HOST-MADSEN, *Cuentas macroeconómicas, examen general*, Fondo Monetario Internacional, Washington D.C., 1979.

(3) Vicente SAVAL, *Los movimientos internacionales de capitales y el código de liberación de la OCDE*, Ministerio de Economía y Comercio, Madrid, 1981, págs. 14 y 15.

(4) «Arret de la Cour de Justice des Communautés Européennes, du 31 janvier 1984, dans les affaires jointes 286/82 et 26/83: Graziana Luisi contre Ministero del Tesoro, et Giuseppe Carbone contre Ministero del Tesoro» (84/c67/12). *Journal Officiel des Communautés Européennes*, n.º c310 del 27-11-1982, n.º c67 del 12-3-1983 y n.º c67/11 del 8-3-1984.

(5) En este contexto se debe citar también la interesante sentencia relativa al *affaire Casati* («Arret de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 11 novembre 1981. Affaire 203/80. Procédure pénale contre Guerrino Casati. Demande de décision prejudicielle formée par le tribunal de Bolzano»). Vid. asimismo, al respecto, «Conclusions de l'Avocat Général M. Francesco

Capotorti, présentées le 7 juillet 1981», *Recueil*, 1981, pág. 2595.

(6) *Art. 67*: «1. Los Estados miembros suprimirán progresivamente entre sí, durante el período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común, las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de inversión de los capitales.

2. Los pagos corrientes relacionados con los movimientos de capitales entre Estados miembros quedarán liberados de cualquier restricción, a más tardar, al final de la primera etapa».

(7) *Art. 7.º*: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Consejo, a propuesta de la Comisión y oída la Asamblea, podrá establecer, por mayoría cualificada, las normas necesarias para prohibir dichas discriminaciones».

(8) *Art. 68*: «1. Los Estados miembros concederán, con la mayor liberalidad posible, respecto de las materias a que se hace referencia en el presente capítulo, autorizaciones de cambio en la medida en que éstas sean aún necesarios después de la entrada en vigor del presente Tratado.

2. Cuando un Estado miembro aplique a los movimientos de capitales liberalizados con arreglo a las disposiciones del presente

capítulo su regulación interna relativa al mercado de capitales y al crédito, procederá en forma no discriminatoria.

3. Los empréstitos destinados a financiar directa o indirectamente a un Estado miembro o a sus entes públicos territoriales sólo podrán ser emitidos o colocados en los demás Estados miembros cuando los Estados interesados hayan llegado a un acuerdo al respecto. Esta disposición no será obstáculo para la aplicación del artículo 22 del Protocolo sobre los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones».

(9) *Art. 12*: «Los Estados miembros se abstendrán de introducir entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los vigentes en sus relaciones comerciales recíprocas».

Art. 53: «Los Estados miembros no introducirán nuevas restricciones al establecimiento en su territorio de ciudadanos de otros Estados miembros, sin perjuicio de las disposiciones previstas en el presente Tratado».

Art. 62: «Los Estados miembros no introducirán nuevas restricciones a la libertad efectivamente lograda en materia de prestación de servicios en el momento de la entrada en vigor del presente Tratado, salvo lo dispuesto en este último».

(10) *Art. 71, párrafo 1.º*: «Los Estados miembros procurarán no introducir dentro de la Comunidad ninguna nueva restricción de cambio que incida en los movimientos de capitales y en los pagos corrientes relacionados con tales movimientos ni hacer más restrictivas las regulaciones existentes».

(11) *Art. 13, 1*: «Los derechos de aduana de importación, en vigor entre los Estados miembros, serán suprimidos progresivamente por éstos, durante el período transitorio, en las condiciones previstas en los artículos 14 y 15».

(12) *Art. 16*: «Los Estados miembros suprimirán entre sí, a más tardar, al finalizar la primera etapa, los derechos arancelarios a la exportación y las exacciones de efecto equivalente».

(13) *Art. 52, 1*: «En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libertad de establecimiento de los ciudadanos de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro serán suprimidas de forma progresiva durante el período transitorio. Dicha supresión progresiva se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los ciudadanos de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro».

Art. 59, 1: «En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los ciudadanos de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación».

(14) En la obra *Treinta años de Derecho Comunitario*, preparada por la Comisión de las Comunidades Europeas, se señala que «la liberalización total de movimientos de capitales encuentra grandes dificultades, dado que el control de movimientos de capita-

les internacionales sigue constituyendo un medio de acción privilegiado de los Estados miembros en el marco de sus políticas económicas y monetarias» (cfr. *op. cit.*, Colección «Perspectivas Europeas», Bruselas-Luxemburgo, 1981, pág. 344 de la edición en español).

(15) *Art. 3.º, c)*: «A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado:

La abolición entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales».

(16) *Journal Officiel des Communautés Européennes*, 12 juillet 1960, n.º 43.

(17) *Journal Officiel*, 22 janvier 1963, n.º 9.

(18) La citada obra *Treinta años de Derecho Comunitario* señala que estas dos directivas preveían sin duda alguna la supresión de las restricciones de cambios, pero sobre todo esperaban una consolidación, a través de los textos, del nivel de liberalización ya conseguido en todos los Estados miembros en el momento de adopción de las directivas (cfr. *op. cit.*, pág. 345).

(19) La Comisión puede examinar las restricciones y recomendar al Estado miembro, si lo considera oportuno, su supresión.

(20) El artículo 4.º de las directivas se aplica realmente, no sólo a la lista D, sino también a las tres anteriores, en la medida en que los movimientos de capital corres-

pondientes estén, por alguna razón, sujetos a restricciones.

(21) Vid. *Journal Officiel*, n.º L91, del 18-4-1972. Esta directiva se adoptó a raíz de graves perturbaciones en el mercado de eurodólares.

(22) *Art. 73*: «1. En caso de que los movimientos de capitales provoquen perturbaciones en el funcionamiento del mercado de capitales de un Estado miembro, la Comisión, oído el Comité Monetario, autorizará a dicho Estado para que adopte, en el ámbito de los movimientos de capitales, medidas de protección, en las condiciones y modalidades que aquélla determine.

El Consejo, por mayoría cualificada, podrá revocar dicha autorización y modificar tales condiciones y modalidades.

2. No obstante, el Estado miembro que se halle en dificultades podrá adoptar directamente las medidas anteriormente mencionadas, cuando resulten necesarias por razones de secreto o urgencia. La Comisión y los Estados miembros deberán ser informados de tales medidas, a más tardar, en el momento de su entrada en vigor. En este caso, la Comisión, oído el Comité Monetario, podrá decidir que el Estado interesado modifique o suprima tales medidas».

(23) Jean-Victor Louis, *El ordenamiento Jurídico Comunitario*.

(24) Sentencia del 14 de mayo de 1974, Nold, Rec. 1974, pág. 508.

(25) «Arret de la Cour du 23 novembre 1978, Regina contre Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson et Colim Alex Norman Woodiwiss» (Affaire 7/78).