

LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES, CONTROL DE CAMBIOS Y DELITOS MONETARIOS: LA SOLUCION A UNAS DISCREPANCIAS ENTRE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Por ANTONIO FERNANDEZ TOMAS (*)

1. INTRODUCCION

A lo largo de la primera mitad de la década de los noventa, ha habido cuatro nuevas sentencias relativas a la libre circulación de capitales y medios de pago en la Comunidad Europea. La segunda y la cuarta de ellas (1) son de enorme interés para nuestro país, por verse afectada de

(*) Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad de Castilla-La Mancha.

(1) Los otros dos asuntos en la materia han sido la sentencia *Bachmann* y la sentencia *Svensson*. En la sentencia *Bachmann*, asunto C-204/90; de 28 de enero de 1992, *Rec*, 1992, I, pp. 276 y ss., el problema principal viene referido a la compatibilidad con el Tratado C.E. de la legislación de un Estado miembro (Bélgica) que supedita el carácter deducible (fiscalmente) de las primas de seguro de enfermedad, invalidez y fallecimiento al requisito de que hayan sido pagadas en ése y no en otro Estado miembro. El TJCE afirma que, no siendo admisible en líneas generales ese planteamiento, excepcionalmente, puede serlo si constituye una condición indispensable para alcanzar un objetivo de interés general, en este caso la necesidad de garantizar la coherencia del régimen fiscal, en el que existe un determinado equilibrio interno entre la carga fiscal que recae sobre los aseguradores y sobre los asegurados, respectivamente. Por lo que respecta a la pretendida afectación de las disposiciones en materia de capitales y pagos, se pretende que «disposiciones fiscales como las que son objeto de la presente cuestión prejudicial constituyen una discriminación por razón del *lugar de colocación de los capitales*», en el sentido del artículo 67. El TJCE concluye que, si bien existe una restricción a la libre prestación de servicios, excepcionalmente justificable por las razones mencionadas, las disposiciones

llo su legislación, considerada opuesta a la normativa comunitaria vigente en la materia. Se trata de los asuntos *Bordessa*, de 23 de febrero de 1995 (2) y *Sanz de Lera* (3), de 14 de diciembre de 1995 que sin duda obligarán al Gobierno, y quizá, en su caso, al Parlamento, a la adopción de los necesarios cambios en nuestro derecho positivo vigente.

En ambos casos el litigio principal es un proceso penal abierto contra infractores de la Ley de Control de Cambios que han exportado ilegalmente medios de pago. Los hechos acaecidos en los dos asuntos no difieren en lo fundamental, esto es, su contrariedad al artículo 4.1 del R.D. 1816/1991 y su correspondiente calificación de delito (4), conforme al juego combi-

del derecho belga no son contrarias a los artículos 67 y 106. Pues, de un lado el artículo 67 no prohíbe las restricciones indirectas a la libre circulación de capitales causadas por las restricciones a otras libertades y, de otro, las disposiciones belgas no impiden el pago de primas a aseguradores establecidos en otro Estado miembro, ni que dicho pago se efectúe en la moneda del Estado miembro en el que se encuentra la compañía aseguradora.

En la sentencia *Svensson*, de 14 de noviembre de 1995, asunto C-484/93, se entrecruzan cuestiones relativas al establecimiento y prestación de servicios financieros con las trabas a la libre circulación de capitales entre los Estados miembros, de ahí que la normativa examinada sea, de un lado el artículo 59 del tratado C.E. y, de otro, el artículo 67 y la Directiva 88/361. Los esposos *Svensson*, residentes en Luxemburgo, litigan en el proceso principal contra el Ministerio de la Vivienda de Luxemburgo, que no otorga a las entidades de crédito no establecidas en Luxemburgo el beneficio de la bonificación de intereses en los préstamos hipotecarios destinados a la construcción de una vivienda, como el que los esposos *Svensson* han contratado con una entidad de crédito belga (*Comptoir d'Escompte*). El fondo del asunto es, pues, la discriminación que se produce respecto a la libre prestación de servicios financieros entre entidades de crédito establecidas en Luxemburgo y las que lo están en otro Estado miembro, discriminación contraria al artículo 59 del Tratado. Indirectamente, sin embargo, tal disposición constituye, además, un obstáculo a la libre circulación de capitales, pues provoca que los interesados en concertar un préstamo acudan siempre a una entidad establecida en Luxemburgo. Este obstáculo a la libre circulación es contrario a la Directiva 88/361, en cuyo Anexo VIII se recogen los préstamos y créditos como operaciones plenamente liberalizadas entre Estados miembros.

(2) Asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93. *Bordessa* y *Marí*, respectivamente.

(3) *Lucas Emilio Sanz de Lera* y *Otros*. Sentencia de 14 de diciembre de 1995. Asuntos acumulados C-163/94, C-165-94 y C-250/94.

(4) ALVAREZ PASTOR, D., «Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en relación con los delitos monetarios», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 188, 9 de marzo de 1995, pp. 1-4

nado del artículo 10.1 del mencionado R.D. y el artículo 6.A) de la Ley española de control de cambios. La única manera de evitar la aplicación de la sanción penal consistía en conseguir un pronunciamiento favorable del Tribunal de Luxemburgo por vía prejudicial y descartar la aplicación de las normas españolas debido a su contrariedad al derecho comunitario. Para ello era necesario que el TJCE afirmase, en *Bordessa*, el efecto directo del artículo 1 de la Directiva 88/361 (5), y así lo hizo. Esta nueva actitud del órgano judicial comunitario supone una ruptura frontal respecto de la tradicional concepción restrictiva mantenida constantemente incluso hasta fecha tan próxima como 1988 (6), de ahí la notoria importancia de esta jurisprudencia.

Por su parte, la sentencia *Sanz de Lera* incorpora una variante de extremado interés. Se trata aquí de movimientos de capitales con *destino a países terceros*, siendo así que la liberalización de los movimientos de capitales entre la Comunidad y países terceros no ha sido establecida hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. Por ello el TJCE analiza sus artículos 73.B, C, y D, objeto de las dos cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por el juez de la Audiencia Nacional. La segunda de dichas cuestiones inquiriere precisamente acerca del posible *efecto directo* del artículo 73.B.1 del Tratado y la respuesta del Tribunal de Luxemburgo es asimismo positiva. Así pues, tan sólo dos años han bastado para dar un giro espectacular en la aplicación judicial de las normas comunitarias en este sector, lo cual es aún más digno de ser resaltado si se compara con los treinta y siete años que ha tardado la jurisprudencia en reconocer la invocabilidad por los particulares de las normas de desarrollo del artículo 67.1 del Tratado C.E. Ahora, en cambio, los Gobiernos y el Tribunal van quemando etapas en una carrera hacia la Unión Monetaria que no permite perder tiempo buscando subterfugios para dilatar la aplicación de las normas comunitarias en la materia.

(5) Sobre la Directiva 88/361, de 29 de junio de 1988, GARAU, F., *Régimen legal de las inversiones comunitarias en España y de las españolas en países comunitarios*. Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 95-107; MATTERA, A., *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, Su funcionamiento*. Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 573-586. LELAKIS, C., «La libération complète des mouvements de capitaux au sein de la Communauté» *Revue du Marché Commun*, 1988, pp. 441-449.

(6) Puede verse al respecto FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Acerca de la invocabilidad del derecho comunitario sobre libre circulación de capitales» *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1990 (D-13), pp. 51-84.

2. LOS SUPUESTOS DE HECHO

En el asunto *Bordessa*, un nacional italiano, residente en Italia, atraviesa la frontera francoespañola con 50.000.000 de pesetas escondidos en su vehículo. Investigaciones posteriores (7) revelan que el Sr. Bordessa era un «profesional» que cobraba por sacar dinero ilegalmente de España. Así pues, conviene retener los siguientes datos: 1.º El dinero exportado por el Sr. Bordessa era *dinero negro* (8). 2.º Se aplica a los hechos la legislación española procesando al Sr. Bordessa por no solicitar una autorización administrativa previa a la exportación del capital (9).

(7) Conclusiones del Abogado General, Sr. Tesauro, & 2.

(8) Ciertos autores (ITURRIAGA MIÑÓN, J. A., *ICE*, mayo 1995, núm. 741, pp. 95-101) efectúan una distinción entre dinero «negro», esto es, el procedente de un patrimonio fiscalmente oculto, y dinero «sucio», esto es, el procedente de una actividad gravemente delictiva, como el narcotráfico, el terrorismo o las actividades de bandas mafiosas. Tal distinción puede ser relevante, por ejemplo, a efectos de la aplicación de la Ley y el Reglamento españoles sobre prevención del blanqueo de capitales (Ley 19/1993, de 28 de diciembre de 1993, *BOE*, de 29 de Diciembre de 1993 y R.D. 925/95, de 9 de Junio de 1995, *BOE*, de 6 de julio de 1995), cuyo ámbito de aplicación se restringe al blanqueo de capitales «sucios», esto es, procedentes del narcotráfico, el terrorismo o las mafias. Por el contrario, tanto la Directiva 91/308, sobre blanqueo de capitales (*DOCE*, serie L 166/77, de 28 de junio de 1991), como los nuevos artículos 301 y ss. del Código Penal (receptación y conductas afines) poseen un ámbito de aplicación que *no diferencia* la conducta tipificada en base al origen del ilícito conexo. No obstante, nuestro tipo penal dista mucho de ser diáfano pues, por un lado exige que el capital blanqueado proceda de un delito «grave» (esto es merecedor de una pena superior a tres años de privación de libertad) y, por otro, prevé la aplicación de las penas correspondientes en su mitad superior cuando los capitales blanqueados procedan del narcotráfico, distinguiendo respecto a los mismos las consecuencias del reproche penal, frente a los procedentes, por ejemplo del terrorismo o de la asociación mafiosa.

(9) Planteamiento que, en lo sucesivo debería ser cuidadosamente evitado, debiendo intentarse el procesamiento penal por receptación o figura afín, sin perjuicio de la posibilidad de abrir, en su caso, por un lado un expediente sancionador por infracción administrativa llevada a cabo en contravención de la norma española que regule las transacciones exteriores (en la actualidad RD 1816/1991 y LRJCC) y por otro, un expediente sancionador por contravención de la Ley 19/1993 (blanqueo de dinero) que pueda conducir a la aplicación de una sanción pecuniaria a la entidad financiera o a los empleados de la misma que hayan incumplido la obligación de informar a las autoridades de los movimientos de capitales sospechosos. Conviene, no obstante, tener en cuenta, que si en la operación delictiva no hay transacción a

Por el contrario, en el asunto *Mari/Barbero*, acumulado al anterior, conviene subrayar los siguientes aspectos: 1.º) El dinero exportado ilegalmente no era dinero «sucio», sino que pertenece al matrimonio encausado, había sido retirado de una entidad bancaria española y, según cierta doctrina (10) «estaba declarado fiscalmente y no procedía de actividad ilícita alguna». 2.º) Tras la imposición de la correspondiente sanción administrativa de carácter pecuniario, las autoridades francesas remitieron las actuaciones a España, donde se inició el oportuno procesamiento penal. 3.º) Desde la perspectiva de la legislación española de control de cambios, al igual que en el caso anterior, existía una exportación ilegal de medios de pago constitutiva de delito.

En el primero de los tres asuntos acumulados en *Sanz de Lera*, un nacional español residente en España (Sanz de Lera) atraviesa la frontera francesa en su automóvil, aunque su destino final sea Suiza. En el segundo de los asuntos (Díaz Jiménez) un nacional español residente en Gran Bretaña es detenido en el aeropuerto de Barajas a punto de volar, asimismo con destino a Suiza. En el tercero de ellos, la Sra. Kapanoglu, nacional turca residente en España, es detenida también en el aeropuerto madrileño, justo antes de volar hacia Estambul. En los tres casos, las cantidades decomisadas son muy superiores a los cinco millones de pesetas.

Sin embargo, la nacionalidad y la residencia de las partes son, en realidad, datos irrelevantes para el problema que se analiza en los cinco asuntos acumulados en ambas sentencias pues, en virtud del principio de la territorialidad de la ley penal, los imputados habrían cometido en territorio español un delito económico, salvo que se descartara la aplicación de la norma española debido a la incompatibilidad de su presupuesto de hecho con la normativa comunitaria vigente.

través de entidad financiera, estaríamos fuera del ámbito de aplicación de la Ley 19/1993 y su Reglamento, el R.D. 925/95, de 9 de junio de 1995. Sobre este tema puede verse: MONTALVO, A., «La prevención del blanqueo de capitales de origen delictivo» *ICE*, mayo 1995, pp. 84-94; SOTO, F., «El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo». La Ley, 15 de abril 1996.

(10) ALVAREZ PASTOR, D., art. cit., p. 3.

3. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO

En el asunto *Bordessa*, el juez interno ensaya diversas calificaciones de los hechos desde la perspectiva comunitaria. Así, se plantea si la circulación de medios de pago podría ser asimilada a una circulación de mercancías (11), o bien, si puede constituir un pago correspondiente a otra transacción (12). El TJCE descarta esas calificaciones en este concreto supuesto, considerando la existencia de una mera circulación de medios de pago. Sin embargo, conviene tener en cuenta la importancia que, desde el punto de vista del derecho comunitario, posee precisar el destino último de los medios de pago que son exportados. Al menos, es importante determinar si constituyen un pago en contraprestación a una transacción en materia de mercancías o servicios, o bien si, constituyen movimientos de capital que van a ser vinculados con carácter más o menos estable y duradero al ejercicio de una actividad (y estamos ante una inversión), o bien si se va a producir un establecimiento o una prestación de servicios financieros en el lugar de destino. Sabemos al respecto que,

(11) Así, las dos primeras cuestiones plantean, respectivamente, la pregunta de si los artículos 30 y 59 del Tratado C.E., deben interpretarse de modo que resulte opuesto a ellos un precepto de una norma nacional como la española. La respuesta del TJCE es negativa en ambos casos. Para que la norma española pudiera considerarse opuesta al artículo 30, habría que considerar las monedas y billetes de bancos como «mercancías» y su exportación a otro Estado miembro como un asunto relativo a la libre circulación de mercancías. Como recuerda el Abogado General, una veterana jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (Asunto *Regina/Thompson*. Sentencia de 23 de noviembre de 1978) hace necesario calificar las transacciones llevadas a cabo con determinadas monedas de oro y plata, bien como medio de pago, bien como circulación de mercancías. Según esta jurisprudencia, constituirían medios de pago cuando fuese «de curso legal en un Estado miembro». Por el contrario, cuando hayan dejado de ser de curso legal deben considerarse mercancías.

(12) Quizá por conocer la jurisprudencia sentada, a ese respecto en la sentencia *Luisi e Carbone*, Asunto 286/82, Sent. de 31 de enero de 1984. (Véanse los comentarios de MANCINI, F., *Rivista di Diritto Europeo*, 1984, pp. 54-68; LOUIS, J. V., «Free Movement of Tourist and freedom of payment in the Community: The Luisi e Carbone judgement» *Common Market Law Review*, 1984, pp. 625-637; MENGALI, A., «Esportazione di mezzi di pagamento a scopo di turismo: diritto internazionale e diritto comunitario», *Rivista di Diritto Europeo*, 1985, pp. 73-91). Los hechos probados no permiten en realidad esa calificación, pero para el caso de que hubiese sido viable, el TJCE sugiere la aplicación del artículo 106.

en el primero de los asuntos acumulados en *Sanz de Lera* se va a efectuar un depósito en una cuenta corriente abierta en un establecimiento de crédito suizo. En los restantes asuntos acumulados, de los datos remitidos por el juez de instancia no cabe efectuar deducción ninguna respecto al destino último de los bienes. Ello implica que el paso a través de la frontera española de medios de pago sin una finalidad o vinculación concreta debe calificarse, conforme a la nomenclatura incluida en el anexo a la Directiva 88/361, de «importación o exportación material de valores», y no de pago en contraprestación de otra transacción, o de inversión de capital.

Por tanto, un medio de pago puede cruzar una frontera nacional en concepto de pago, en concepto de inversión u otra colocación estable del capital, o en ninguno de ambos conceptos, que es precisamente lo que ocurre tanto en *Bordessa*, como en *Sanz de Lera*. Así pues, otra de las destacables novedades de la jurisprudencia aquí comentada es que *conceptúa de un modo autónomo y diferente del hasta ahora efectuado por la jurisprudencia anterior, la circulación física de los medios de pago a través de la frontera de un Estado miembro.*

4. EL EFECTO DIRECTO DE LA NORMA COMUNITARIA

La cuarta cuestión planteada por la Audiencia Nacional (13) en el asunto *Bordessa* entra de lleno en el planteamiento del *efecto directo* del artículo 1 de la Directiva 88/361, que no había podido ser cuestionado en la jurisprudencia de finales de los ochenta al no haber entrado en vigor la Directiva hasta julio de 1990. A este respecto el interés de la jurisprudencia comentada es decisivo, pues por fin supone la admisión clara y rotunda del *efecto directo vertical* de la disposición comunitaria que consagra genéricamente la libre circulación de capitales entre los residentes en los Estados miembros. El análisis del TJCE sigue las pautas tradicionales al respecto, afirmando, en primer lugar que la obligación de suprimir las restricciones está formulada *de forma clara e incondicional y no requiere ninguna medida particular de aplicación* (& 33). Y, en segundo lugar, que

(13) ¿Las normas del artículo 1.º en relación con el 4.º, de la Directiva 88/361 CEE, reúnen los requisitos necesarios para ser invocadas frente al Estado español ante los Tribunales nacionales y determinar la inaplicación de las normas nacionales que se le opongan?

la «reserva» formulada por el artículo 4 de la Directiva es *susceptible de control jurisdiccional*, de manera que no impide a los particulares alegar judicialmente sus derechos, que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger (& 34). Sin embargo, la escasa vida útil de la Directiva en unos momentos en que lo fundamental de su contenido ha sido ya reproducido y ampliado por el Tratado de Maastricht (14) podría haber disminuido el valor de la sentencia *Bordessa* a este respecto de no haber sido por su confirmación y desarrollo, ya en relación con el Tratado de Maastricht, en *Sanz de Lera*.

Esta segunda sentencia marca un auténtico hito en la jurisprudencia del Tribunal sobre libre circulación de capitales y medios de pago, pues han tenido que transcurrir catorce años desde el asunto *Casati* (15) para culminar el completo giro de 180 grados en la jurisprudencia comunitaria acerca del efecto directo vertical de una disposición de los Tratados en esta materia. Por primera vez puede, por tanto, afirmarse la constitucionalización comunitaria de esta libertad económica fundamental en toda su extensión, en tanto en cuanto, incorporada al más alto nivel dentro de la pirámide normativa del derecho europeo, es invocable por el ciudadano comunitario ante su juez nacional ordinario, el cual, descartando la aplicación de la norma nacional, vigilará la salvaguardia de los derechos subjetivos que las normas europeas reconocen a los particulares. Pero aún más significativo es que ello ocurra en un ámbito que en términos materiales —aunque no formales, evidentemente— podría considerarse una «política» comunitaria más, puesto que lo regulado por el Tratado de Maastricht en la nueva redacción del artículo 73 del Tratado C.E. son las relaciones financieras exteriores de la Unión Europea. De algún modo, ello supone integrar al ciudadano comunitario entre las fuerzas capaces de avanzar hacia la Unión Económica y Monetaria, permitiéndole invocar directamente las

(14) Sobre la Directiva y el Tratado de Maastricht, conjuntamente: FERNÁNDEZ TOMÁS, A. «La libre circulación de capitales ante la Unión Europea», en *Cuestiones Actuales de Derecho Comunitario Europeo*. II. Universidad de Córdoba, 1993, pp. 99-123.

(15) Sobre la sentencia *Casati* pueden verse los comentarios de PETERSEN, M., «Capital movements and payments under the EEC Treaty after *Casati*». *European Law Review*, 1982, pp. 167 y ss.; LOUIS, J. V., «Free movement of capital in the Community: The *Casati* judgement». *Common Market Law Review*, 1982, pp. 443-452; MASTELLONE, C., «Sul principio comunitario della libera circolazione dei capitali». *Rivista di Diritto Internazionale*, 1982, pp. 851-867.

ventajas de la nueva situación, lo cual es una buena manera de eliminar su tácita resistencia hacia cotas más altas de integración.

El análisis que efectúa el Tribunal, acerca de la presencia en las disposiciones examinadas de los requisitos habituales necesarios para poder predicar el efecto directo de un precepto comienza en la línea tradicional. Así, afirma en primer lugar, que el artículo 73.B es una disposición *clara e incondicional y no requiere ninguna medida de aplicación* (& 41). A partir de ahí, la exigencia de una interpretación sistemática, basada en la precisión formulada por la primera línea del propio artículo 73.B («en el marco de las disposiciones del presente Capítulo») induce a una mayor complejidad en el razonamiento del Tribunal, al poner en relación con el anterior los artículos 73.D.1.b) y 73.C, en busca de la existencia de algún límite, explícito o implícito, que el resto del conjunto normativo pudiera establecer frente a una primera y lineal lectura del artículo 73.B.1.

Así, el desmenuzamiento cauteloso del artículo 73.D.1.b) revela al Tribunal que el eventual límite que el Estado miembro pudiera estrechar en torno a la libertad de referencia, mediante la adopción de las medidas necesarias para impedir las infracciones de su derecho fiscal y bancario, así como de otras medidas justificadas por razones de seguridad u orden público, *es susceptible de control jurisdiccional*, de modo que la posibilidad de que el Estado miembro invoque tales razones para restringir la libertad no impide que el artículo 73.B.1 confiera a los particulares derechos que estos puedan invocar ante la jurisdicción nacional.

Por lo que respecta al 73.C.1, si bien contiene una excepción a la libertad establecida con carácter general en el artículo 73.B, la fórmula de modo absolutamente *preciso*, de modo tal que el Estado miembro carece de margen de discrecionalidad respecto a las categorías de movimientos de capitales que pudieran quedar exceptuadas de la aplicación de la regla general.

Por último, respecto al artículo 73.C.2, el Tribunal hace pivotar sobre su eje una vieja argumentación, utilizada en el asunto *Casati* en sentido contrario (16) —la previsión de la facultad del Consejo para adoptar nor-

(16) Ciertamente el tenor literal del derogado artículo 69 del Tratado C.E.E. es bien diferente del actual 73.C.2. El viejo artículo 69 formulaba en imperativo respecto al Consejo la obligación de adoptar Directivas en desarrollo del artículo 67.1, y preveía que lo hiciese necesariamente por unanimidad. El actual artículo 73.C.2, permite al Consejo —(«podrá»)— la adopción de «medidas» —locución que parece incluir, por tanto, incluso las de aplicación directa— por mayoría

mas de desarrollo en esta materia— y subraya que su alcance se limita ahora únicamente a las categorías de movimientos de capitales enumeradas en el apartado anterior, razón por la cual, respecto de las demás categorías no supone ningún obstáculo para el efecto directo del artículo 73.B.1. Así pues, nada en el conjunto sistemático que rodea al artículo 73.B.1 es capaz de impedir su invocación por los particulares para lograr la salvaguardia de sus derechos por el juez nacional.

Si algo puede ser merecedor de una crítica en esta sentencia por lo que respecta al efecto directo, es no haber aprovechado algún *obiter dictum* para poner de relieve la multiplicidad de direcciones en las que se va a poder invocar el efecto inmediato de las normas contenidas en el tratado de Maastricht tras la sentencia *Sanz de Lera*. En efecto, en *Bordessa* se trataba de la invocación de una Directiva, y es jurisprudencia constantemente mantenida por el Tribunal que este tipo de norma comunitaria puede producir efecto directo vertical, pero nunca horizontal. Por el contrario, el precepto del cual se predica el efecto directo en *Sanz de Lera* es una disposición del Tratado, razón por la cual hay que suponer que su efecto directo podrá ser, *tanto vertical como horizontal*. Así pues, no hay que descartar que en el futuro pueda invocarse en cualquier litigio entre particulares (17).

5. LA OPOSICIÓN A LA NORMA COMUNITARIA VIGENTE DE LA DISPOSICIÓN ESPAÑOLA ANALIZADA

5.1. EL PARÁMETRO DE LEGALIDAD COMUNITARIO

El problema principal que se plantea a la jurisdicción comunitaria en el asunto *Bordessa*, es el de analizar si la discutida norma española (art. 4.1

cualificada. Pero si las medidas suponen un retroceso, el Consejo debería actuar por unanimidad. Así pues, aunque parecido en su contenido, es evidente que el viejo y el nuevo artículo señalan direcciones bien diferentes.

(17) Conviene recordar al respecto que dos de los cinco asuntos planteados por vía prejudicial en la década de los ochenta eran litigios entre particulares. Sobre la sentencia *Brugnoni y Ruffinengo* puede verse: MENGOZZI, P., «Un contrasto tra la Corte di Giustizia e il Consiglio delle Comunità Europea in materia di circolazione dei capitali». *Rivista di Diritto Europeo*, 1987, núm. 1, pp. 3-23. Asimismo, OLIVER, P. y BACHE, J. P.: «Free movements of capital between the Member States: Recent developments». *Common Market Law Review*, 1989, pp. 61-89, especialmente pp. 73 y ss.; y sobre la sentencia *East* contra *Cuddy* (Margetts & Addenbrook) FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Acerca de la invocabilidad...» art. cit., pp. 70-72.

del R.D. 1816/1991) se ajusta a lo preceptuado por la norma comunitaria, esto es, si cabe dentro del parámetro de legalidad establecido por la Directiva 88/361, pudiendo ser considerada conforme a ella, o si, por el contrario, está en contraposición con su contenido, planteando entonces problemas de *validez* (18) y, en cualquier caso, *de eficacia*, pues la consecuencia obvia que se derivaría si de la interpretación del TJCE cabe deducir que la norma nacional está en contraposición de la comunitaria es la *inaplicabilidad* de la norma española.

El razonamiento del Tribunal en la sentencia *Sanz de Lera* es plenamente análogo al efectuado en *Bordessa*, con la única variante de que el precepto comunitario que impone la obligación sustantiva es el artículo 73.B.1 del Tratado de Maastricht. El artículo en el que se formula la libertad lleva aparejado un contrapeso en otro precepto posterior, en el que se reconoce explícitamente el derecho de control del Estado miembro. En este caso, es el artículo 73.D.1.b) el que lo formula. Ahora bien, el ejercicio de este derecho tiene unos límites estrictos, que ya han sido señalados en la sentencia *Bordessa*. Así pues, la idea básica es, que una norma nacional que prevea la utilización de un procedimiento capaz de suspender necesariamente el ejercicio de la libertad comunitaria en cuestión, es incompatible con la norma comunitaria (19).

(18) Al ser la norma nacional posterior a la comunitaria podría pensarse —aplicando la doctrina *Simmenthal*— que, desde el punto de vista comunitario el precepto controvertido no existe, por falta de competencia del órgano nacional que lo adoptó para legislar estableciendo condicionamientos a la libre circulación de capitales y medios de pago no cubiertos por los parámetros de legalidad comunitarios.

(19) El único resquicio que quizá podría quedar para mantener la validez de un mecanismo de autorización previa se hallaría pues, con la normativa actual, en la cláusula *stand-still*, limitada a muy determinadas operaciones con terceros Estados, prevista en el artículo 73.C.1. En virtud del mismo, sólo para unas concretas operaciones (inversiones directas e inmobiliarias, admisión de valores, establecimiento y prestación de servicios financieros) y sólo en el caso de que, bien el derecho comunitario o bien el derecho nacional correspondiente, contuviera restricciones respecto a dichas operaciones con terceros países el 31 de diciembre de 1993, sería posible mantenerlas con posterioridad. De ahí la importancia de calificar la circulación de medios de pago como un movimiento de capital diferente de los recién enumerados, pues de lo contrario la norma nacional restrictiva podría encontrar una justificación.

5.2. LA COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO DE LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL

Sin duda los Estados miembros pueden adoptar las *medidas de control indispensables* para impedir las infracciones de sus leyes y reglamentos nacionales. Ahora bien, eso no quiere decir que puedan adoptar al respecto medidas que no sean las *indispensables* para lograr esos objetivos. Por consiguiente, hay que analizar, por una parte, si es indispensable la autorización previa y, por otra, si sería suficiente para conseguir los mismos fines un procedimiento basado en la declaración previa.

5.2.1. Como sabemos, la *autorización previa* sale malparada del análisis de su compatibilidad con la Directiva comunitaria pues, por una parte, *suspende las exportaciones de divisas hasta que se obtiene —en su caso— la autorización*, y por consiguiente, durante todo ese periodo está *limitando el ejercicio de una libertad comunitaria*, de un modo generalizado, en todos aquellos supuestos de hecho que coincidan con el previsto en la norma *aún en el caso de que la Administración finalmente conceda la autorización*. Por otra parte, al *supeditar* el ejercicio de una libertad generalmente reconocida *a la autorización caso por caso de la Administración de un Estado miembro* está restringiendo indebidamente el ejercicio de una libertad, está sometiéndola a la discrecionalidad de la Administración. Está *convirtiéndola en una libertad ilusoria, ficticia*, sometida a la discrecionalidad administrativa que puede restringirla en cualquier momento.

5.2.2. Por el contrario, *la declaración previa* sale triunfante del análisis judicial, puesto que, por una parte no suspende la operación ni tampoco limita el ejercicio de la libertad respectiva. Y por otra parte, constituye el paradigma del *principio de proporcionalidad*, generalmente enunciado por el TJCE respecto a supuestos en los que los Estados miembros son autorizados a restringir excepcionalmente el ejercicio de una libertad. A través de la declaración, el Estado miembro puede encontrar igualmente los indicios que busca para prevenir y perseguir las actividades delictivas que pudieran estar conectadas con la exportación de capital en cuestión, en caso de que existan, sin que sea necesario para ello limitar, con carácter general y no tan sólo en los casos en que puedan existir indicios racionales de criminalidad, el ejercicio de una libertad comunitaria. También puede constituir su omisión una infracción suficiente para

aplicar las sanciones que se estimen oportunas, teniendo en cuenta la cuantía de lo no declarado o la gravedad de las conductas asociadas. Dicho de otro modo y planteado con un ejemplo fácil. Si la omisión de declarar a la Hacienda Pública ingresos por una determinada cuantía puede llegar a constituir un delito fiscal, ¿Por qué no establecer un sistema parecido respecto de la omisión de la declaración de exportación de capitales y medios de pago a través de nuestras fronteras?

5.3. LA NECESIDAD DE REFORMAR LA NORMATIVA ESPAÑOLA

La posición del Gobierno español —tenaz defensa de la necesidad de la autorización previa— sólo podría entenderse desde una perspectiva interna desenfocada por la inercia de muchos años. La Ley de Régimen Jurídico del Control de Cambios constituye una ley penal en blanco. Está prevista en ella la imposición de unas penas, pero el tipo penal se integra mediante la descripción de una conducta que realiza otra norma. Y esta otra norma, en nuestro actual ordenamiento, describe sólomente como conducta típica la no obtención de una autorización administrativa previa. Ciertamente, ello quiere decir, que, tras la sentencia *Bordessa*, la LRJCC se queda sin tipo válido al que aplicar la correspondiente sanción penal. Pero ello es así únicamente en la medida en que la norma incompatible no sea sustituida por otra cuya descripción del tipo sea diferente y prevea como supuesto de hecho merecedor del reproche penal una conducta distinta. Nada se opondría en el derecho comunitario a la posibilidad de que la norma que completase el tipo penal en blanco incluido en la LRJCC fuese sustituida por otra en la que se describiese como conducta ilícita —susceptible de una gradación de sanciones conforme a la cuantía de la infracción— la mera omisión de la declaración previa (20). Esta es la línea de argumentación propuesta por el Abogado General Tesauro en sus conclusiones y apoyada por el propio Tribunal en un párrafo muy claro de la sentencia (21).

(20) Con posterioridad a la redacción de estas líneas fue promulgado el Real Decreto 1638/1996, de 5 de julio (*BOE* de 9 de julio de 1996) por el que se modifica el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre sobre transacciones económicas con el exterior. En la línea sugerida por el TJCE y desarrollada en estas páginas, se suprime la exigencia de autorización previa y se sustituye por la exigencia de una declaración cuando la cuantía del capital exportado supere un millón de pesetas (art. 1).

(21) & 30 «El Gobierno español no ha demostrado de modo suficiente que sea imposible imponer sanciones penales por una omisión de hacer previamente una declaración».

Respecto al procedimiento de control previsto en esa futura norma, el Abogado General *Tesouro* lleva a cabo en *Bordessa* un razonamiento sugerente: si en la normativa comunitaria destinada a prevenir y sancionar el blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas (Directiva 91/308, de 10 de junio de 1991) (22) se utiliza la mera declaración como procedimiento de identificación del cliente bancario que quizá sea el cómplice necesario de un grave delito, es porque ese procedimiento parece suficiente para detectar y controlar a los autores de tales infracciones. Si, por el contrario, el capital y los medios de pago beneficiarios de la libre circulación gozan en principio de la presunción de ser perfectamente legales ¿cómo no va a ser suficiente para que el Estado miembro ejerza su poder de control/sanción un procedimiento basado en la mera declaración?

6. LAS DISCREPANCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL CON LA JURISPRUDENCIA BORDESSA Y SANZ DE LERA

6.1. LOS INTENTOS DE RESTAURACIÓN DEL ANTIGUO RÉGIMEN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

6.1.1. Para analizar la trayectoria de la jurisprudencia reciente del T.S. en este sector conviene remontarse a la sentencia de *17 de septiembre de 1993*, enmarcándola en su contexto. Cuando se publica esta sentencia, ya ha sido promulgado el R.D. 1816/1991, pero aún no hay jurisprudencia comunitaria manifestando la contrariedad entre el artículo 4 del R.D. 1816/1991 y la normativa comunitaria. El supuesto de hecho que da origen a la sentencia es el de una «evasión» de capitales, por valor superior a 50.000.000 de pesetas, en grado de tentativa. La detención de los autores materiales de los hechos ha tenido lugar en noviembre de 1990 y el T.S. recuerda que la Directiva 88/361 concede un plazo dilatorio hasta 31 de diciembre de 1992 para la adaptación de su contenido. No obstante, en aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, el T.S. examina la compatibilidad de las normas españolas con la Directiva 88/361 (23).

(22) Véanse notas al pie núms. 8 y 9.

(23) «Debemos examinar si los términos de la Directiva son tan amplios y taxativos que hayan dejado sin contenido las disposiciones administrativas que hemos venido citando y, por ende, han vaciado de contenido las disposiciones penales en blanco que dependen de la vigencia de un cierto régimen administrativo de control de movimientos de capitales» (Fundamento de Derecho quinto, punto 4.)

Sin embargo, tras su análisis, el T.S. estima la compatibilidad de la norma española, en la cual la exigencia de autorización previa «se justifica por necesidades de la lucha contra actividades delictivas, singularmente el narcotráfico». Así, concluye, «el efecto liberalizador sobre la circulación de capitales entre los Estados miembros y aún otros de carácter extracomunitario no es incompatible con el establecimiento de normas encaminadas a dar estabilidad y transparencia al sistema de manera que el Estado miembro no se encuentre impotente ante la salida salvaje y tumultuaria de capitales guardados en maletines y bolsas u ocultos en los doble fondos de los automóviles» (Fundamento de Derecho quinto, p. 7), no existiendo, a su juicio contradicción alguna con la plena vigencia y efectividad de la Directiva.

6.1.2. Partiendo de estas bases, no es de extrañar que el T.S. acepte a regañadientes la sentencia *Bordessa* en la que, con los mismos ingredientes, el Tribunal de Luxemburgo cocina un plato bien distinto. De ahí que, en la posterior *sentencia de 19 de julio de 1995*, el T.S. haga esfuerzos de imaginación, no necesariamente felices, para intentar aligerar de grasas la receta tradicional. El resultado, sin embargo, es de difícil digestión.

El supuesto de hecho no difiere en lo sustancial de los anteriores. Un nacional español residente en España, por cuenta de su jefe, un italiano residente en España, exporta billetes e importa oro y joyas de Italia. No consta que el origen del oro o las joyas sea ilícito por ser producto de otro delito. La operación se efectúa sin declaración previa para evitar el pago de aranceles aduaneros. La detención se efectuó en Noviembre de 1991 y el importe decomisado es de 96.000.000, en pesetas. Frente a la condena de la Audiencia Nacional recurren en casación por infracción de ley, alegando que la norma vulnerada es el artículo 73.B del Tratado de Maastricht, por lo cual, razona el Supremo, el problema a resolver es si el Tratado «ha descriminalizado en su integridad las conductas tipificadas en el artículo 6.1.a) de la LRJCC» (F.D. primero).

A partir de ahí al Supremo le falla la construcción y su razonamiento discurre fuera de los cauces de la ortodoxia jurídica. Según su planteamiento, lo que habría que comprobar es si, después de la entrada en vigor del Tratado, «cualquier movimiento de capitales no sólo no precisa de autorización administrativa previa, sino que incluso tampoco exige la previa declaración» (F.D. primero). Pretende, a continuación, apoyar su razonamiento en la sentencia *Bordessa*, extrayendo particulares virtudes del procedimiento de control constituido por la declaración, que, como sabe-

mos no es opuesto a la normativa comunitaria (F.D. segundo), lo cual parece querer decir que es *siempre* exigible. Y, por fin, cree no vulnerar el principio de legalidad —no sabemos por qué— transformando su papel de intérprete en el de legislador implícito al «estimar que en la actualidad *siguen* tipificadas penalmente las conductas o comportamientos que, sobrepasando el umbral de cinco millones de pesetas establecido en el R.D. 1816/1991 citado *carezcan de declaración previa*». (F.D. tercero).

El Tribunal Supremo, sin embargo, parte de una base errónea, al estimar que el R.D. 1816/1991 tipifica penalmente la ausencia de declaración (24). Otra cosa es que tal omisión constituya un indudable ilícito merecedor de una sanción administrativa (25). Pero no hay reproche penal previsto para tal conducta en la actual norma española, por lo que el legislador comunitario no puede *seguir* dejándolo subsistente. Todo el resto de los razonamientos añadidos no puede ocultar el error originario de este planeamiento.

6.1.3. Ello no obstante, el T.S. invoca expresamente la doctrina sentada por el *Tribunal Constitucional* en la sentencia 265/1994, de 3 de octubre de 1994, intentando extrapolar la doctrina en ella contenida al diferente supuesto que debe resolver. Lo que allí se planteaba es si el R.D. 1816/1991 había introducido *ex novo* un tipo penal hasta entonces inexistente (F.J. 1) vulnerando las exigencias del artículo 25 C.E. (26). En relación con dicha hipótesis, el T.C. manifestó que «ni cabe afirmar que el citado artículo 4.1 del R.D. 1816/1991 (...) ha supuesto la plena despenalización de las conductas definidas en el artículo 6.A).1 de la LRJCC (...) ni puede verse en él la introducción por vía reglamentaria de un nuevo tipo penal incompatible con la exigencia de reserva de ley derivada del principio de legalidad que rige en dicho ámbito» (F.J. 3). (...) «sino que

(24) En similar línea crítica se manifiestan ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., «La aparición de nuevos delitos monetarios: comentario a la sentencia de la Sala 2ª del T.S. de 19 de Julio de 1995». Comunidad Europea Aranzadi, 1995, pp. 37 y ss., especialmente, p. 39-40 y 42-43.

(25) El art. 3 del R.D. 1638/1996 (véase nota 20) califica como infracción administrativa la omisión de declaración previa de una exportación de capitales superior a un millón. Para la aplicación de las correspondientes sanciones administrativas sigue remitiéndose a la Ley 40/1979 y a su correspondiente procedimiento sancionador (art. 4).

(26) Asimismo se analiza la posible aplicación a los hechos de la Directiva 88/361, pero se descarta, pues el movimiento de capital en cuestión tiene como destino un país tercero (Suiza).

se ha limitado a dejar parcialmente subsistente el anteriormente contenido en el núm. 1 de dicho precepto» (F.J. 3).

Esto es, el Gobierno, al completar por la vía de Real Decreto el tipo penal en blanco previsto en el artículo 6.A).1 de la LRJCC, puede *restringir* su ámbito, eliminando de la descripción del presupuesto de hecho conductas que antes eran consideradas ilícitas y ahora —tras la entrada en vigor de la nueva normativa comunitaria— ya no, pero haciéndolo, «se ha limitado a restringir el alcance de dicho precepto en forma autorizada por la propia norma penal en blanco que en el mismo se contiene». (F.J. 4).

Por el contrario, la operación lógica propuesta por el Supremo integra en su contenido un evidente sofisma, pues *no puede dejarse subsistente lo que no existía con anterioridad*. Dicho de otro modo, no puede pretenderse que la nueva normativa comunitaria deja subsistente la posibilidad de aplicar una sanción de carácter penal a una omisión de declaración si el artículo 6.A).1 de la LRJCC no contempló nunca esa posibilidad. Otra cosa es que el Gobierno adapte el supuesto de hecho del ilícito administrativo a lo exigido por el derecho comunitario, y en su día, el Parlamento remodele el tipo previsto en la Ley de Control de Cambios. Ahora bien, en un Estado de Derecho, esa remodelación no pueden hacerla los intérpretes de la ley.

6.1.4. *La Circular de la Fiscalía General del Estado*, de 19 de febrero de 1996 (27), por último, se pronuncia al respecto apoyando la interpretación efectuada por el Tribunal de Luxemburgo y deseando la imaginativa visión que del principio de legalidad penal ha demostrado tener el Supremo. Partiendo de la base de que el auténtico problema que causa confusión a Magistrados y fiscales es que el T.S. haya decidido extender la tipicidad «a la previa declaración, al haber desaparecido el requisito de la autorización previa» (p. 7), lo importante es saber hasta qué punto puede el Supremo llevar a cabo dicha construcción, teniendo en cuenta que supone «una interpretación extensiva hasta límites de creación legislativa no permitidos por el derecho penal», pues «entra de lleno en la vía de la analogía» (p. 8).

Pese a entender, incluso compartir, la motivación última del T.S., que no es otra que intentar impedir la falta de reproche jurídico para conductas merecedoras del mismo, la Fiscalía General del Estado mantiene una

(27) A Consulta núm. 1/1996 sobre la Ley de Régimen Jurídico del Control de Cambios y el Derecho Comunitario.

postura más realista y respetuosa de la división de poderes, concluyendo que el T.S. «pervierte el principio lógico de que quien exige lo más exige lo menos, al transformarlo en otro, según el cual, quien castiga lo más castiga lo menos, incompatible con el principio de legalidad que rige en materia penal» (p. 11), por lo cual responde a la consulta de que ha sido objeto instando a los fiscales a «no perseguir por la vía penal los actos de exportación de capital sin declaración, tanto sean inferiores como superiores a cinco millones de pesetas. Debe de pasarse el tanto de culpa no obstante a las autoridades administrativas a los efectos legales precedentes y por si desde ese ámbito legal fuera aplicable alguna sanción». (pp. 13-14).

7. CONCLUSIONES

Sería francamente deseable que, de cara a un futuro tan próximo que ya es presente, legislador y jueces se adaptasen rápidamente en España a una nueva situación cuyos parámetros son básicamente los dos siguientes. En primer lugar, es preciso abandonar la idea de que la pura y simple exportación de medios de pago, aunque sea por medios físicos, es una «evasión» de capitales. Por el contrario, desde la perspectiva comunitaria —evidentemente dominante— no es más que «libre circulación de capitales» y por tanto, ni es delito en sí misma, ni tan siquiera es necesariamente indicio de la existencia de un delito conexo, aunque probablemente sí puede ser indicio de la existencia de una infracción administrativa o fiscal, aspecto del problema que induce a una reacción sancionadora instintiva de la Administración del Estado, que hay que reconducir hacia cauces técnicamente viables, pues lo que realmente carece de sentido es la incoación de procesamientos penales que no vayan a conducir al fin previsto debido a la falta de adaptación a las nuevas circunstancias del poder coercitivo del Estado.

En segundo lugar, sólo cuando puedan existir indicios de la conexión del dinero exportado con una actividad ilícita, bien por tratarse de dinero «sucio» (narcotráfico, terrorismo) o simplemente «negro» (fiscalmente oculto), habrá de procesarse penalmente a quienes lleven a cabo esa conducta, dentro de la medida de las posibilidades que ofrece al respecto el nuevo Código Penal, aún cuando el origen delictivo de la actividad financiera se halle en el extranjero, siempre y cuando la conducta asimilable a la

receptación se lleve a cabo en España. Ciertamente esto podría parecer insuficiente a quienes, anclados en una época anterior, no verían desproporcionada la aplicación de una sanción penal a un matrimonio que traslada sus ahorros para evitar una acumulación patrimonial inconveniente desde un punto de vista fiscal, y, sin embargo, no se sienten capaces de actuar por cualquier vía a su alcance, aunque sean técnicamente más dificultosas, contra quienes financian el narcotráfico o promueven el terrorismo, o simplemente, extraen beneficios de sus conexiones financieras con estas actividades. En una época en que se hace necesario reafirmar los pilares básicos del Estado, tanto como los de la Unión Europea, la retórica hueca del castigo «ejemplar» que puede recaer sobre unos ciudadanos desafortunados, abortando una «evasión» de capitales, no logra disimular, en su rancia perspectiva, la ramplonería del castigo aleatorio que, guardando apariencias objetivas, intenta disimular la falta de severa punición para quienes realmente la merecen en ámbitos próximos.

