

La libertad de movimiento de capitales: El caso español

ANTONIO LÓPEZ DE LETONA Y CUEVAS
Universidad de Córdoba

0. INTRODUCCIÓN

La libre circulación, dentro de la Comunidad, de mercancías, personas, servicios y capitales, constituye el conjunto de libertades fundamentales, previstas en el Tratado constitutivo de la CEE^(*). Este texto no ofrece una definición de los movimientos de capitales, aunque los distingue de los pagos corrientes—originados por los intercambios de mercancías y servicios—, con lo que proporciona un concepto de "capital", en el sentido que implica una transferencia de dinero sin contrapartida de una prestación de mercancías o de servicios.

Tampoco, en el Tratado de Roma, encontramos ninguna referencia relativa a la liberalización de los movimientos de capitales con terceros países.

Esta distinción se establece con claridad en la sentencia del Tribunal de Justicia de 31-1-1984, que al comparar los arts. 67 y 106 del Tratado de Roma confirma que por "pagos corrientes" hay que considerar transferencias de monedas efectuadas en contrapartida de una operación subyacente; mientras que por "movimientos de capital" han de entenderse las operaciones financieras que pretenden invertir unos fondos, más que el pago de ser-

vicios. En consecuencia, los movimientos de capitales pueden originar pago corrientes, como son el pago de los intereses devengados.

La eliminación de las operaciones existentes relativas a los movimientos de capital, por su mayor complejidad y repercusiones, han sido consideradas objetivo secundario en la construcción europea. Así, a lo largo de los años ochenta, el nivel efectivo de movilidad del capital entre los distintos Estados miembros era reducido, respecto del logrado en las relaciones comerciales; lo que contrasta con la relativa prudencia del art.º 67 del Tratado constitutivo de la CEE respecto a los movimientos de capitales, que al referirse a los obstáculos que se oponen a su movilidad, previene que: "Los Estados miembros suprimirán progresivamente entre ellos, durante un período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común, las restricciones a los movimientos de capitales de las personas residentes en los Estados miembros, así como las diferencias de trato motivadas por la nacionalidad o la residencia de las partes o por el lugar de colocación de los capitales".

La referencia al "buen funcionamiento del mercado común", hace

(*) El Tratado de Roma se ocupa de los movimientos de capitales en los arts. 67 a 73.

(¹) Ver (DO. 43 de 12-7-1960. Pág. 921), y Directiva 63/21/CEE (DO. 62 de 22-1-1963).

(²) Cuervo García, A., Rodríguez Sáiz, L., y Parco Gámir, J. A., "Manual del Sistema Financiero Español", Ariel, 5.ª Ed. actualizada y revisada, Barcelona, 11/1992. Pp. 508 y 509.

(³) Ver Fernández Ordóñez, F., "Movimiento de capitales en la CEE". Bco. Exterior de España, Madrid, 1985.

inaplicable directamente el art.º 67 T. CEE, por lo que el único camino hacia la liberalización lo constituye el Derecho Derivado, las directivas, con un desarrollo lánguido hasta 1986.

En la línea del art.º 67 T. CEE; el art.º 71 T. CEE, establece que los Estados miembros "procurarán" no introducir ninguna restricción, y que "se declaran dispuestos" a superar el grado de liberalización previsto. No imponiéndose de forma terminante la obligación de eliminar todas las restricciones existentes.

El desarrollo de la informática y de las comunicaciones, ha propiciado la expansión de los mercados, y de las innovaciones financieras, así como la inestabilidad de las condiciones de los tipos de interés y de cambio en la economía internacional, que caracterizan al decenio pasado —años ochenta—, aconsejando a varios Estados miembros la conveniencia de abrir y modernizar las estructuras financieras, y a considerar la posibilidad de una mayor dimensión, la europea, indispensable para que las instituciones financieras nacionales logren un alto grado de competitividad.

I. PRIMERAS DIRECTIVAS

La regulación poco coactiva para los Estados miembros, evita que se pueda fundamentar en ella ningún derecho relativo a la libre circulación de capitales. Por ello, a lo largo de más de veinte años, se han aplicado medidas dirigidas a la supresión de los obstáculos a la libre circulación de capitales, por constituir uno de los elementos fundamentales en el diseño de un mercado común. Así, hasta el inicio de la segunda mitad del decenio de los ochenta, sólo existe el Código de Liberalización de los Movimientos de Capitales de la OCDE, y, más tarde, las dos directrices de la CE, un tanto tímidas, relativas a la aplicación del art.º 67 que datan respectivamente del 11 de mayo de 1960, y 18 de

diciembre de 1962, que aclara y complementa a la primera (¹), donde se liberalizaban gran parte de las operaciones posibles, aunque existían unas cláusulas de salvaguardia a las que los miembros podían acogerse. Esto se realizaba cuando los movimientos de capitales constituyeran un obstáculo a la realización de los objetivos de política económica (²).

Ambas directrices, que han estado en vigor hasta la aprobación de la Directiva del Consejo 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988 (DOCE: L 178 de 8-7-88), partían de la existencia de restricciones a los movimientos de capital, en la totalidad de los países miembros de la CEE; las cuales, si bien no amplían excesivamente las medidas liberalizadoras, previamente adoptadas por algunos de los Estados miembros, impiden su revocación unilateral, excepto si se aplica un procedimiento de salvaguardia previsto en el Tratado, suspendiendo los términos en los citados actos normativos; a la vez que obligan a los Estados miembros a adaptar sus ordenamientos a la línea liberalizadora marcada por las mismas, agrupando los movimientos de capital en cuatro "listas", con distintos grados de liberalización (³), a saber:

— LISTA "A". Los Estados quedan obligados a otorgar las autorizaciones de cambio requeridas para la conclusión o ejecución de las transacciones, y para las transferencias entre residentes de los Estados miembros relacionadas con las operaciones incluidas, en la lista "A", que podrían resumirse en las siguientes:

— Inversiones directas e inmobiliarias.

— Movimientos de capital de carácter personal (donaciones; dotes; sucesiones; pago de deudas, por los emigrantes, en su país de origen).

— Otorgamiento y reembolso de créditos a corto y medio plazo; ligados a

transacciones comerciales o a prestaciones de servicios en los que participa un residente, así como las garantías y derechos de prenda unidos a dichas operaciones.

– Transferencias derivadas de la ejecución de contratos de seguros; y por último,

– diversos pagos derivados de operaciones invisibles: impuestos de sucesiones, derechos de autor, patentes, diseños, marcas, etc...

– LISTA "B". Los Estados miembros quedan obligados a otorgar autorizaciones generales para las transacciones y transferencias, entre residentes en los Estados miembros, relativas a los movimientos de capital recogidos en esta "lista". No obstante, cada uno de los Estados miembros tiene derecho a verificar la naturaleza y realidad de las transacciones y de los pagos.

De modo resumido, las operaciones incluidas en esta "lista" son la adquisición por no residentes de:

– Títulos nacionales negociados en Bolsa de Valores, excepto las participaciones en Fondos de Inversión Mobiliaria, y la repatriación del producto de su liquidación; y,

– títulos extranjeros negociados en Bolsa de Valores, excepto las participaciones en Fondos de Inversión Mobiliaria libradas en moneda nacional, y la utilización del producto de su liquidación.

– LISTA "C". Los Estados miembros quedan obligados a otorgar las autorizaciones de cambio requeridas para la conclusión, la realización de las transacciones, y para las transferencias entre los residentes en los Estados miembros, relacionadas con los movimientos de capital que figuran en esta "lista".

En el supuesto de que la libertad de estos movimientos de capital constitu-

yera un obstáculo para la realización de los objetivos de la política económica de un Estado miembro, éste puede mantener o restablecer las restricciones de cambio a los movimientos de capitales existentes en la fecha de entrada en vigor de la Directiva –o en la fecha de adhesión, para los nuevos Estados miembros–.

En el caso de que los Estados mantengan la liberalización de estas operaciones, tendrán derecho a verificar la naturaleza y la realidad de las transacciones y de las transferencias.

De forma resumida, las operaciones incluidas son las siguientes:

– Emisión y colocación de títulos de una empresa nacional en un mercado extranjero de capitales; así como, la operación inversa efectuada por una empresa extranjera.

– Adquisición, por no residentes, de los títulos siguientes, así como de los productos de su liquidación:

a) Títulos nacionales no cotizados en Bolsa de Valores; y,

b) participaciones en Fondos de Inversión Mobiliaria.

– Adquisición por residentes de los títulos que se enumeran seguidamente, así como de los productos derivados de su liquidación:

a) Títulos extranjeros no cotizados en Bolsa de Valores.

b) Participaciones de Fondos de Inversión Mobiliaria cotizados en Bolsa de Valores; y,

c) Adquisición de obligaciones extranjeras cotizadas en Bolsa de Valores, emitidas en un mercado extranjero y libradas en moneda nacional.

– Otorgamiento y reembolso de créditos a largo plazo, unidos a transacciones

(*) Ver. doc. COM (83)207 final.

(*) Esta revisión afecta a Dinamarca, que ve derogadas las restricciones autorizadas; y a Francia, Italia e Irlanda, que se reducen y limitan a dos o tres años, según los casos.

(*) Ortega, E., "Controles sobre los movimientos de capital. Situación actual y perspectivas de liberalización". Bca. de España. Boletín Económico, 4/1989. Pp. 11 a 21.

comerciales o de servicios en los que participa un residente; o sin esta participación, cuando sean a medio o largo plazo.

— Otorgamiento y reembolso de préstamos y créditos a medio y largo plazo, no vinculados a transacciones comerciales o de servicios; y,

— Garantías y derechos de prenda, ligados a las dos últimas operaciones mencionadas.

— LISTA "D". En relación con las operaciones incluidas en la misma, los Estados miembros no tienen obligación de liberalizarlas, siendo las siguientes:

— Inversiones a corto plazo en Bonos del Tesoro.

— Constitución, aprovisionamiento, repatriación o utilización de cuentas corrientes y de depósitos.

— Otorgamiento y reembolso de créditos a corto plazo, unidos a transacciones comerciales o de servicios, en los que no participe un residente; así como las garantías y derechos de prenda sobre los mismos.

— Otorgamiento y reembolso de préstamos y créditos a corto plazo, no ligados a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios; así como las garantías y derechos de prenda sobre los mismos.

Préstamos de carácter personal; y

— otros movimientos de capital.

2. EL IMPULSO DEL DECENIO DE LOS OCHENTA

Una vez que se ve la posibilidad de superar la crisis del 73; en 1983 (*), el proceso de liberalización de los movimientos de capital recibe un nuevo impulso, al identificarse toda una serie de acciones encaminadas a reactivar este

proceso de eliminación de obstáculos, armonización de normas que afectan a las empresas de los países miembros, armonización fiscal y regularización de las operaciones de empréstitos y préstamos por las propias instituciones comunitarias.

En 1984, la Comisión revisa las decisiones que autorizan, a varios Estados miembros, restricciones sobre transacciones de capital liberalizadas en virtud del Derecho Comunitario(*). Igual criterio se sigue en 1985, al autorizar a Grecia algunas restricciones relativas a movimientos de capital, al término del período de transición previsto en el Acta de Adhesión.

En 1985, se publica la Directiva 85/583/CEE (DOCE: L 372 de 31-12-85), sobre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios; y en 1986, la Directiva 86/566/CEE (DOCE: L 332 de 26-11-86), que incrementa la relación de movimientos de capital liberalizados.

El Acta Unica Europea (febrero de 1986, ya iniciada la recuperación económica), establece el objetivo de crear un espacio económico europeo único, entre todos los países de la Comunidad, común a 320 millones de seres humanos, en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, a lo largo de un período que concluirá el 31 de diciembre de 1992, con lo que adquiere nuevo protagonismo el objetivo de la plena liberalización de los movimientos de capitales, ampliado a la libre circulación de los servicios financieros dentro de la Comunidad, y protección de los ahorradores, de la competencia y de los sistemas financieros. Este proceso obligará a los sistemas financieros, a adaptarse a un entorno más competitivo y dinámico, y a la extensión de las actividades de las entidades financieras de unos Estados miembros a otros(*).

En este largo y complejo proceso, desde la perspectiva de la liberalización

de los movimientos de capitales, se observan tres hechos importantes y prácticamente simultáneos:

1º.- Directiva del Consejo (85/583/CEE), de 20 de diciembre de 1985.

2º.- Directiva del Consejo (86/566/CEE), de 17 de noviembre de 1986 que entra en vigor a finales de febrero de 1987, ampliando la liberalización a:

- Los créditos a largo plazo relacionados con transacciones comerciales, o con prestaciones de servicios en las que participe un residente;

- la adquisición de títulos no negociados en Bolsa; y,

- la admisión de títulos de una empresa de un Estado miembro en el mercado de capitales de otro Estado miembro; y por último el

3º.- Libro Blanco, aprobado en Consejo de Ministros de la Comunidad en junio de 1985, con el que "la política de la CE" entra "en una nueva fase", al preverse "la no renovación de las cláusulas de salvaguardia, excepto en circunstancias dramáticas, y una ampliación de las liberalizaciones de forma progresiva hasta 1991, fecha en la que quedarán liberalizados los movimientos de capitales de tipo comercial, la adquisición de títulos extranjeros y la cotización de valores extranjeros en los mercados nacionales"⁽⁷⁾.

De acuerdo con el Libro Blanco, ésta libertad intracomunitaria, conlleva:

- Una necesidad de mayor dimensión financiera, acorde con el tamaño del nuevo entorno.

- Mayor reforzamiento y desarrollo del Sistema Monetario Europeo, y,

- asignación óptima del ahorro europeo.

No obstante, habrá que esperar hasta 1988, para dar un paso decisivo en el lento peregrinar hacia la liberalización de los movimientos de capitales, con vistas al mercado único de 1992.

3. HACIA LA LIBERTAD TOTAL

El hecho más significativo ocurrido en la Comunidad, a partir del Acta Única Europea, el 17 de febrero de 1985, en la que los Estados integrantes se comprometen a lograr, no después de 31-12-92, la plena integración de los mercados de capitales y de los servicios financieros, en todo el territorio de la Comunidad, lo constituye la Directiva del Consejo (88/361/CEE) de 24 de junio de 1988 (DOCE: L 178 de 8-7-88), que con algunas excepciones entra en vigor el 1 de julio de 1990, permite que ciertos países puedan diferir hasta 31 de diciembre de 1992 determinadas restricciones a los movimientos de capital. A partir de aquella fecha, los movimientos de capitales, en líneas generales, no encontrarán obstáculos, con algunas excepciones temporales para los tres últimos países incorporados (Grecia, Portugal y España) sin olvidar algunos extremos referidos a Irlanda y Luxemburgo.

El art.º 1 de esta Directiva establece, que los Estados miembros "suprimirán las restricciones a los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes"⁽⁸⁾ dentro de sus fronteras, con algunas limitaciones. Este mandato está en consonancia con el art.º 67 T. CEE, que dispone que los Estados miembros suprimirán progresivamente las limitaciones a los movimientos de capital. Igualmente, el art.º 1, especifica que "las transferencias correspondientes a los movimientos de capitales se efectuarán en las mismas condiciones de cambio que las que se practican para los pagos relativos a las transacciones corrientes"⁽⁹⁾.

(7) Cúervo García: A., Rodríguez Sáiz, L., y Parejo Gámir, J. A., "Manual del Sistema Financiero...", op. cit. Pág. 509.

(8) Ver. Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del art.º 67 T. CEE, art.º 1.1

(9) Ibidem. Art.º 1.2.

(¹⁰) Cuervo García, A., Rodríguez Sáiz, L., y Parejo Gámir, J. A., "Manual de Sistema Financiero...", op. cit. Pág. 509.

(¹¹) Ver. Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988. op. cit. Art.º 2.

(¹²) *Ibidem*. Art.º 3.

Del contenido del párrafo precedente, podemos destacar:

— Se erradican las "listas", no existiendo por tanto operaciones condicionadas, ni restricciones autorizadas, con lo que todas las operaciones se incluyen en las condiciones de la antigua lista "A"; y,

— se eliminan las cuatro restricciones cambiarias que anteriormente afectaban a determinadas operaciones de capital: liquidez bancaria, salvaguardia, infracciones y segundas residencias.

Los "períodos transitorios variables para España, Irlanda, Portugal y Grecia", a los que nos hemos referido "afectan a un conjunto relativamente amplio de movimientos de capital. En los casos de España e Irlanda, los períodos transitorios duran hasta el 31 de diciembre de 1992 (en los de Portugal y Grecia pueden llegar hasta 31 de diciembre de 1995, si las circunstancias de sus respectivas balanzas de pagos o el insuficiente grado de desarrollo y adaptación de sus sistemas financieros, así lo recomendará). Durante estos plazos, los países implicados pueden mantener o restablecer las restricciones vigentes en la fecha de entrada en vigor de la directriz, o posponer la liberalización correspondiente" (¹⁰).

3.0. LIMITACIONES.

En cuanto a la supresión de las restricciones, la primera limitación está referida a las medidas de la regulación de la liquidez bancaria, que incidan de forma más específica en las operaciones de capital llevadas a cabo por las entidades de crédito con no residentes, de las cuales "informarán al Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, al Comité Monetario y a la Comisión". "Estas medidas deberán limitarse a lo que sea estrictamente necesario para la regulación monetaria interna" (¹¹).

La segunda limitación a la liberalización, está constituida por la cláusula de salvaguardia establecida (¹²), para el supuesto "de que unos movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios provoquen fuertes tensiones en los mercados de cambios y graves perturbaciones en la dirección de la política monetaria y de cambio de un Estado miembro, que se traduzcan, en particular, en variaciones importantes de la liquidez interna, la Comisión, previa consulta al Comité Monetario y al Comité de Gobernadores de los Bancos centrales, podrá autorizar a dicho Estado miembro" a adoptar las medidas oportunas, pudiendo tomarlas por sí mismo, si son urgentes, las cuales posteriormente han de ser ratificadas por la Comisión. El Consejo está facultado para decidir "si el Estado miembro afectado puede mantener o debe modificar o suprimir dichas medidas", cuya duración máxima es de seis meses.

En la realidad, probablemente ocurrirá esto, a causa de que la adopción de medidas correctoras contra los movimientos de capital a corto plazo, demandarán actuaciones urgentes que no admiten la demora que conlleva el logro de la autorización de la Comisión.

Las restricciones, a las que se refiere la precipitada cláusula de salvaguardia, no deberán obstaculizar la libre circulación de personas, bienes y servicios, estando limitadas a un conjunto de operaciones, referenciadas en el Anexo 2 de la Directiva 88/361/CEE, sobre las que caben restricciones en casos singulares. Estas limitaciones, en forma y tiempo, vienen referidas a las siguientes operaciones:

A) Sobre títulos e instrumentos generalmente reservados al mercado monetario.

B) En cuentas corrientes y de depósitos, en entidades financieras.

C) Sobre participaciones de organismos de inversión colectiva.

— Organismos de inversión en títulos o instrumentos generalmente reservados al mercado monetario.

D) Préstamos y créditos financieros.

— A corto plazo.

E) Movimiento de capitales de carácter personal.

— Préstamos.

F) Exportación e importación de material de valores.

— Títulos reservados generalmente al mercado monetario.

— Medios de pago.

G) Otros movimientos de capital.

— Operaciones a corto plazo asimilables a las anteriores.

La tercera limitación está referida a la posibilidad, de la que gozan los Estados miembros, para adoptar medidas tendentes a impedir las infracciones a sus leyes y reglamentos, fundamentalmente en materia fiscal o de control de las entidades financieras, así como para la implantación de procedimientos de declaración de los movimientos de capitales, con fines de información administrativa o estadística.

No obstante, la aplicación de estas medidas y procedimientos está condicionada a la no producción de efectos que obstaculicen los movimientos de capital.

La cuarta, y última limitación, está referida al mantenimiento de la normativa existente en los diferentes Estados miembros relativa a la adquisición de segundas residencias. Aspecto de especial importancia, principalmente en las zonas fronterizas, cuando se logre la plena liberalización de los movimientos de capital.

El art.º 6, de la Directiva 88/361/CEE, obliga a los Estados miembros, a poner en vigor las medidas oportunas para dar cumplimiento a la Directiva, no después del 1 de julio de 1990, con las excepciones indicadas.

3.1. LIBERALIZACIÓN RESPECTO DE TERCEROS PAÍSES.

La Directiva 88/361/CEE, a pesar del silencio de Tratado de Roma, se preocupa de que la liberalización amplíe sus límites, alcanzando a terceros países, aunque sólo de modo indicativo, al manifestar, en su art.º 7, que los Estados miembros "se esforzarán" por lograr que el régimen aplicable a las transferencias correspondientes a los movimientos de capital con países terceros logre igual nivel de liberalización, que el que se produzca con los residentes en los países miembros. Lo que evidencia que "el Consejo es consciente que el Mercado Común es un área interdependiente, no autárquica, por relación con el resto del mundo y que debe competir con otras zonas que tienen en la Comunidad un punto de referencia y vigilancia y con las que están dispuestos a competir"⁽¹⁵⁾.

También se prevé un mecanismo de consulta relativo a las medidas a adoptar los Estados miembros, en el supuesto de movimientos de capital de gran magnitud, a corto plazo, procedentes o destinados a terceros países, que originen una perturbación grave en la situación monetaria y financiera de los Estados miembros.

4. CONSECUENCIAS DE LA TOTAL LIBERALIZACIÓN

La liberalización plena es imprescindible para el buen funcionamiento del mercado interior, al evitar la existencia de mercados locales compartimentados, a la vez que representa un formidable avance encaminado a la unificación monetaria de la Comunidad.

⁽¹⁵⁾ Cura, M. J. del, Mata, M. M., Mera, C. y Cadarso P., "Consecuencias de la libre circulación de capitales en la tributación de rentas obtenidas por no residentes en España". Rev. Actualidad Financiera. N.º 28, Madrid, 12-18 de julio de 1993. Pág. 226.

El Tratado de Maastricht, que modifica el Tratado de Roma, constituye la base para el funcionamiento de la CEE, a partir de 1 de enero de 1994. En su art.º 3, establece que la acción comunitaria ha de estar dirigida al logro de "un mercado interior caracterizado por la supresión entre los Estados, miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales".

La apertura de los mercados financieros de los países miembros, propiciará una mayor optimización de la asignación del ahorro hacia la inversión, a causa de las economías de escala originadas por una mayor dimensión del mercado, en el que los ahorradores dispondrán de los canales necesarios para realizar una gestión más eficaz de sus inversiones, con mayores oportunidades de rentabilidad-riesgo; y los prestatarios podrán lograr financiación más adaptada a sus necesidades, y más barata.

No obstante, considerando que los países comunitarios gozan de diferente grado de desarrollo financiero, se hace necesario prever disposiciones transitorias espaciales para los nuevos Estados miembros con sistemas financieros menos desarrollados, a la vez que arbitrar acciones específicas para aumentar la cohesión económica y social intracomunitaria; y mediante la ingeniería financiera: coordinación de las actuaciones presupuestarias y las operaciones de crédito; desarrollo de las estructuras financieras nacionales; y tratar de evitar que la liberalización que nos ocupa, propicie el aumento de los desequilibrios regionales y estructurales dentro de la CEE.

En consecuencia, la Directiva 88/361/CEE ha sentado las bases conducentes a la plena liberalización de los movimientos de capital en la CEE.

5. EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

También conocido con el de Tratado de Maastricht, modifica el Tratado de Roma, constituyendo la base para el funcionamiento de la CEE, a partir de 1 de enero de 1994. En su art.º 3, establece que la acción comunitaria ha de estar dirigida al logro de "un mercado interior caracterizado por la supresión entre los Estados, miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales".

Igualmente los Estados miembros y la Comunidad adoptarán una política económica común, que implicará la fijación irrevocable de tipos de cambio con vistas al establecimiento de una moneda única, y la aplicación de una política monetaria y de tipo de cambio único; para lo que aquellos han de converger en cuanto a tipos de interés, inflación y déficit público.

Este Tratado contiene disposiciones transitorias, de aplicación durante la segunda fase de la realización de la unión económica y monetaria —a partir de 1 de enero de 1994—, que afectan fundamentalmente a los movimientos de capital. A partir de esta fecha, los arts. 67 a 73 T. CEE., serán sustituidos por los arts. 73.B a 73.G del Tratado de la Unión, que recogen la nueva normativa aplicable al libre movimiento de capitales dentro de la CEE.

De modo contundente, declara "prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros", y entre estos y "terceros países" (art.º 73.B), que en el art.º 67 T. CEE. no estaban afectados por la liberalización.

Al igual que la Directiva (88/361/CEE, el Tratado de la Unión contiene un período transitorio (arts. 73.C y 73.E), y una cláusula de salvaguardia a este principio, que afectan a los movimientos de capitales entre los Estados miembros y terceros países. De este modo (art.º 73.C) los Estados miembros podrán aplicar a terceros países las restricciones existentes en 31 de diciembre de 1993, de conformidad con la legislación nacional o con el Derecho Comunitario, que supongan inversiones directas incluidas las inmobiliarias, el establecimiento o la prestación de servicios financieros, o la admisión de valores en los mercados de capitales.

Las restricciones existentes en 31 de diciembre de 1993, amparadas en el Derecho comunitario, podrán mantenerse hasta 31 de diciembre de 1995 (art.º 73.E).

En cuanto a las medidas de salvaguardia, en el Tratado de la Unión, sólo se permiten en relación con los movimientos de capital entre los Estados miembros y terceros países.

Como regla general, estas medidas, sólo podrán adoptarse por el Consejo por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo, en situaciones excepcionales, siempre que los movimientos de capitales con terceros países, originen o puedan causar dificultades graves en el funcionamiento de la unión económica y monetaria. Su duración máxima será de seis meses, y se limitarán a las estrictamente necesarias para resolver la situación excepcional, origen de la medida.

Por motivos de política exterior o seguridad, un Estado miembro unilateralmente, o la Comunidad, puede interrumpir o rescindir total o parcialmente las relaciones con uno o varios terceros países (art.º 73.G). El Estado miembro adoptante de las medidas, debe notificarlas a la Comisión y a los demás Estados miembros lo más tarde en la fecha de su entrada en vigor, y el Consejo podrá acordar que el Estado miembro comunicante, las modifique o suprima.

5.0. REPERCUSIONES EN EL SECTOR BANCARIO.

La libertad de movimientos de capital junto con la de establecimiento y prestación de servicios financieros, propiciará el crecimiento de la demanda en las entidades crediticias de productos y financiación con orígenes geográficos distintos, necesidad que será atendida por entidades dotadas de tecnología y personal formado, presentes en los mercados financieros europeos, lo que constituye un reto urgente e inaplazable.

La creciente importancia de las operaciones fuera de balance, por cuenta propia o de clientes, demanda no sólo la existencia de medios materiales y humanos adecuados, y de unos meca-

nismos de control y seguimiento de riesgos, sino el establecimiento de los circuitos adecuados encaminados a atender las demandas de información de la clientela tanto sobre alternativas de financiación e inversión, como de problemas operativos y de servicios, fiscales y legales, lo que generará problemas operativos y de servicios, fiscales y legales, lo que generará problemas tecnológicos y de inversión, no siempre rentables en términos económicos.

6. LA FISCALIDAD Y LA LIBERTAD DE MOVIMIENTO DE CAPITAL

La supresión de las barreras fronterizas, de acuerdo con el contenido de la Directiva (88/361/CEE), permite a los inversores tener la posibilidad de seleccionar la fiscalidad más beneficiosa para sus intereses, como consecuencia de las expectativas que les oferta un mercado de doce países con sistemas tributarios distintos.

La situación anterior aconseja el establecimiento de un objetivo común cual es la armonización fiscal, cuya primera etapa está constituida por el afianzamiento del SME.

El avance en la unificación de las actividades económicas, hace más patente la incidencia de los aspectos impositivos. Tras la convergencia de las tasas de inflación y la liberalización de los movimientos de capital, los tipos de interés de los préstamos y créditos han de tender a aproximarse, lo que aconseja que los impuestos que afectan a los movimientos de bienes y servicios entre los países miembros no produzcan un efecto distorsionante en la selección de sus destinos, para lo que se hace necesaria la prohibición de las cargas fiscales, así como evitar que el país donde esté la fuente de la renta grave los beneficios de inversores extranjeros con tipos mayores que los aplicados a los beneficios logrados por los residentes en dicho país.

(12) Informes del Instituto de Estudios de Prospectiva. "La fiscalidad y la libertad de movimiento de capitales en la Comunidad Europea: Repercusiones en España". Secretaría de Estado de Economía. Ministerio de Economía y Hacienda. 2.ª Ed. Madrid, 1990. Pág. 134.

(13) Incorporada al Ordenamiento Jurídico español mediante la Ley 29/1991 de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

(14) *Ibidem*, título II.

6.0. SITUACIÓN ACTUAL.

La evolución de las soluciones al problema de la armonización, más complejo que el de su homólogo de la política monetaria, está marcada por el reducido interés de los países miembros en cooperar en soluciones armoniosas a los asuntos existentes, a causa de:

– El temor a ver disminuidos los ingresos fiscales.

– La creencia de que sus sistemas fiscales resultan más atractivos para los empresarios e inversores, que los que muestran las propuestas de armonización, y no querer ver desaparecer las ventajas comparativas existentes; y los que

– piensan que el mercado es el mejor armonizador. Por lo que el proceso vendrá originado por la necesaria aproximación de los sistemas fiscales menos atractivos o que obstaculicen las inversiones hacia los más competitivos.

De modo sintético, expondremos la situación actual de este problema:

– Propuesta relativa a la armonización de los sistemas del Impuesto sobre Sociedades y regímenes de retención en la Fuente sobre dividendos, de 23 de julio de 1975, que propugna una integración del Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a través de un sistema de imputación del primero en la cuota del segundo (tax credit, crédito fiscal), de modo que se pague la doble imposición económica de los dividendos, a la vez que se reduzcan las diferencias fiscales existentes en dichas materias entre los Estados miembros. Esta "primera propuesta de Directiva dejaba al margen de la armonización todo lo relativo a la determinación de la base imponible del Impuesto de Sociedades, problema de gran trascendencia" que no es abordado por la Comisión hasta marzo de 1988 (14).

– La Propuesta relativa a la imposición sobre la renta de los trabajadores fronterizos y no residentes, del año 1979, sugiere, en relación con los primeros, el gravamen en el país de residencia con derecho del país donde desarrollan su actividad a una retención en la fuente que pueda ser imputada en la cuota final. Respecto a los trabajadores no residentes y fronterizos se impone el gravamen en país donde el trabajador efectúe su actividad, que no puede ser discriminado por su condición de extranjero.

– Directiva del Consejo (90/434/CEE), de 23 de julio de 1990 (15). Tiene su origen en la Propuesta sobre fusiones, escisiones y aportaciones de activos, de 16 de enero de 1969).

– Directiva del Consejo (90/435/CEE), de 23 de julio de 1990 (16), cuyo origen está en la Propuesta también de 16 de enero de 1969, sobre matrices y filiales de diferentes Estados miembros.

– Propuesta de Directiva del año 1976, relativa a la eliminación de la doble imposición en el caso de ajustes entre empresas vinculadas, en la que propugna la constitución de una Comisión para reglar los supuestos en que por reajustes entre empresas relacionadas, proceda aumentar los rendimientos de una de ellas y, en consecuencia, incrementar los gastos en las demás.

– Propuesta de Directiva de 11 de septiembre de 1984, relativa a la compensación de pérdidas, en la que se propone, a elección de la empresa y por orden cronológico, la compensación con cargo a los beneficios, totales o no distribuidos, sin limitación hacia adelante y, a tres ejercicios, hacia períodos pasados.

– Anteproyecto de propuesta de Directiva de marzo de 1988, relativo a la armonización de las reglas de determinación de las bases imponibles, mediante el cual, "la Comisión pretende devolver la pelota al Parlamento de-

seando que éste retome el examen de la propuesta de 1975, paralelamente al de la presente propuesta" (17).

Finalmente destacaremos que la Comisión, convencida de que el nivel y el contenido de los impuestos gravita sobre un extenso abanico de factores —consumo, producción, rentabilidad de la empresa, localización y volumen de la inversión, competencia, etc.—, parece mostrarse partidaria del logro de la mayor igualdad de las estructuras impositivas de los distintos países miembros. No obstante, a corto plazo, no se esperan avances espectaculares en este ámbito.

7. LA LIBERALIZACIÓN EN ESPAÑA

Con posterioridad a la Gran Depresión (1930), la historia española no constituye un ejemplo de liberalización en el terreno de los movimientos de capital, como lo demuestra el contenido de la siguiente legislación:

—Ley Penal y Procesal, para delitos monetarios de 1938, "en extremo caustica y minuciosa", prohibía prácticamente todas las operaciones con el exterior. "La falta de autorización administrativa era un supuesto fundamental para que la operación fuese constitutiva de Delito Monetario". Las causas de esta rigidez, podemos encontrarlas en la "precariedad de las estructuras financieras", el "tradicional déficit de la balanza de pagos" y en la "permanente debilidad del tipo de cambio de la peseta" (18).

—Ley de Protección y Defensa de la Industria Nacional, también de 1938, base de toda la política de autarquía que dura hasta 1959, prohíbe toda inversión extranjera en determinadas industrias, y en el resto una participación máxima del 25%.

—Ley de 25 de agosto de 1939, relativa a la creación del Instituto Español de Moneda Extranjera, que se extingue en 1973; y,

—Decreto 10/1939 sobre Ordenación Económica, que representa el final del periodo autárquico, y el primer impulso liberalizador hacia el exterior de la economía española.

A partir del Plan de Estabilización, y a lo largo de los años sesenta, las operaciones que encontraron mayor permisibilidad, estaban referidas al ámbito de las transacciones corrientes, con un fuerte control. Así el Decreto 701/63, de 18 de abril, declara libres las inversiones extranjeras hasta el 100% del capital, en un número muy amplio de sectores industriales, que se consideran básicos para el desarrollo económico español.

Respecto a la prestación de servicios, la liberalización no se tradujo en normas de carácter general, sino en paquetes de medidas que liberalizaban parcialmente determinadas transacciones.

Esta tendencia liberalizante, se extiende progresivamente hasta 1973 (D.L. 6/1973, de 17 de julio), en que las competencias del Instituto Español de Moneda Extranjera, son distribuidas entre la Dirección General de Transacciones Exteriores, que se crea en el Ministerio de Comercio —hoy insertado en el de Economía y Hacienda—, y el Banco de España.

Pero hay que esperar a que se resuelvan los problemas derivados de la transición política, elecciones generales de 1977, y sobre todo a la promulgación de la Constitución del 78, que sienta las bases de un nuevo ordenamiento jurídico de la actividad política y económica, para aumentar la apertura hacia el exterior. Así, "el proceso de liberalización de los movimientos de capitales se inició de forma efectiva", con el Real Decreto de 14 de abril de 1978, que "liberalizaba las inversiones directas, mientras que las inversiones en cartera no lo hacían hasta la aparición del Real Decreto 2.236/1979" (19).

—Ley 40/79, de 10 de diciembre, sobre régimen Jurídico de Control de Cam-

(17) Informes del Instituto de Estudios de Prospectiva. "La fiscalidad y la libertad de movimiento...", op. cit. Pág. 135.

(18) Lara Sánchez, M. A., "La liberalización de los movimientos de capital". Rev. Actualidad Financiera. N.º 37. 12-18 de octubre/1992. Pág. F-700.

(19) Cuervo García, A., Rodríguez Sáiz, L., y Parejo Gámir, J. A., "Manual del Sistema Financiero...", op. cit. Pág. 510.

(20) *Ibidem*: Pp. 506 a. 508.

bios —modificada en su capítulo II “Delitos Monetarios”, por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto—, que continúa como marco básico de referencia, define los conceptos sometidos a control de cambios, tipifica las infracciones y el régimen sancionador, a la vez que faculta al Gobierno para limitar o restringir las operaciones con el exterior. Facultad de la que se hace uso al reglamentar la Ley, Decreto 2.402/1980, de 10 de octubre, que resringe una extensa gama de transacciones, exigiendo una autorización administrativa previa.

— Real Decreto 2.276/1979, de 17 de septiembre, que inicia la liberalización de las inversiones españolas en el extranjero.

— Orden de 14 de septiembre de 1979, que liberaliza los pagos invisibles corrientes.

— Real Decreto 623/1981, de 27 de marzo, que amplía la liberalización de las inversiones extranjeras en España.

Este aire liberalizador culmina con nuestra integración en la CEE, el 1 de enero de 1986, circunstancia que determina las líneas básicas de actuación de nuestra política económica, desde el momento en que se inicia la preparación de este hecho, en el decenio anterior.

7.0. OBLIGACIONES ASUMIDAS EN EL ACTA DE ADHESIÓN.

En su art.º 2 establece que “desde el momento de la adhesión las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones comunitarias antes de la adhesión obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en estos Tratados y en la presente Acta”. En consecuencia, nuestro país deberá aplicar a partir del día 1 de enero de 1986 las disposiciones comunitarias precitadas.

El Acta de Adhesión de España, no

contiene ninguna restricción relativa a las inversiones de países miembros en nuestro país.

Los arts. 61 y 66 recogen derogaciones temporales a las medidas de liberalización de los movimientos de capital, referidos a las listas “A” y “B”, ya estudiadas, y a las inversiones españolas en el exterior.

Las inversiones en el exterior pueden clasificarse en (20):

- Directas,
- de cartera.
- en bienes inmuebles, y
- otras.

Las *inversiones directas*, están constituidas por:

— La inversión duradera en una entidad jurídica extranjera, que permita una influencia real en su gestión y control (participación no inferior al 10% en el capital, participación en los órganos de gestión o administración, etc...).

— Constitución y ampliación de sucursales y establecimientos, o la adquisición de estos últimos, así como la concesión de anticipos reintegrables a estas sucursales o establecimientos.

— Concesión de préstamos financieros para la creación o mantenimiento de vínculos económicos a largo plazo. El período de amortización no será inferior a cinco años.

Las *inversiones en cartera* están constituidas, por:

— La suscripción y adquisición de acciones, derechos de suscripción, obligaciones convertibles, etc..., de sociedades extranjeras; así como la adquisición de participaciones sociales, que no sean acciones, ni constituyan inversión directa.

- La suscripción y adquisición de valores negociables, públicos o privados, de rendimiento explícito o implícito, representativos de empréstitos - o instrumentos financieros-, emitidos por no residentes, cualquiera que sea el lugar de emisión o de adquisición.

- La participación en fondos extranjeros de inversión colectiva.

Entendemos por *inversiones en inmuebles*, las adquisiciones efectuadas por personas físicas o jurídicas, residentes o domiciliadas en España, de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en otro país. Tienen esta consideración, las cuotas proindivisas de un inmueble para su disfrute a tiempo parcial.

Dentro del concepto de *otras inversiones*, se incluyen las efectuadas en: cuentas en participación, comunidades de bienes, fundaciones, cooperativas, agrupaciones de interés económico, etc...

Respecto a las inversiones directas españolas en la Comunidad, se estableció un período transitorio que concluyó el 31 de diciembre de 1988, relativo a la liberalización de las inversiones que tengan por objeto la adquisición y tenencia de valores mobiliarios; y hasta el 31 de diciembre de 1990, si el objeto de la sociedad fuese la adquisición, tenencia y explotación de inmuebles, para la adaptación de nuestra legislación al nivel de libertad logrado en el seno de la CEE.

Igualmente, España puede diferir hasta el 31 de diciembre de 1990, la liberalización de las inversiones en bienes inmuebles ubicados en los países miembros, a condición de que estas inversiones no guarden relación con la emigración; en el marco de la libre circulación de trabajadores o del derecho de establecimiento.

Del mismo modo, España puede demorar hasta el 31 de diciembre de 1988,

la liberalización de las adquisiciones en los restantes Estados miembros, por residentes en nuestro país, de títulos extranjeros negociados en Bolsa de Valores. No obstante, España debe mantener el nivel de liberalización logrado, hasta el día de la adhesión, al que ha de adicionar los valores de renta fija emitidos por la CEE y el Banco Europeo de Inversiones (BEI).

Igualmente, nuestro Tratado de Adhesión, no recoge un período transitorio para la libre prestación de servicios, y pagos derivados de los mismos, por lo que quedan liberalizados desde el primer momento.

España, junto con Portugal, Grecia e Irlanda, sin perjuicio del contenido de los arts. 61 a 66 del Acta de Adhesión de 1985, podrá "mantener temporalmente restricciones a los movimientos de capitales enumerados en el Anexo 4, en las condiciones y plazos previstos en dicho Anexo" (21).

7.1. EL NUEVO MARCO JURÍDICO.

La Ley de Inversiones Extranjeras en España, y el Real Decreto Legislativo 1.265/1986, adecúan nuestra normativa a la nueva situación, liberalizando la mayoría de las inversiones extranjeras.

Posteriormente, el Reglamento de Inversiones Extranjeras en España (Real Decreto 2.077/1986), desarrolla la Ley anterior, ampliándose después algunos de los supuestos contemplados, en la Orden Ministerial de 24 de febrero de 1990.

Más tarde, el Real Decreto 2.374/1986, de 7 de noviembre, sobre Inversiones Españolas en el Exterior, "constituyó otro paso en el camino de adaptación al régimen de liberalización de movimientos de capital vigente" en la CEE (22), completado y desarrollado por la O. M. de 19 de diciembre de 1988 (BOE 22-12-88, y Rectificación de 23-

(21) Ver Directiva 88/361/CEE, de 24-6-88, op. cit. Art.º 6.2.

(22) Cuervo García, A., Rodríguez Sáiz, L., y Parejo Gámir J. A., "Manual del Sistema Financiero...", op. cit. Pág. 510.

(23) *Ibidem*. Pág. 510.

(24) Esta normativa es desarrollada en:
- O. M. de 27 de diciembre de 1991 (BOE de 31-12-91);

- Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 7 de enero de 1992, en la que se dictan normas para la aplicación de los arts. 4, 5, 7 y 10 de la O. M. de 27 de diciembre de 1991 (BOE de 14-1-92).

- Círculos del Banco de España de fecha 15 de enero de 1992 (BOE de 22-1-92), números:

- 1/92, sobre residentes titulares de cuentas bancarias en el extranjero, que desarrolla aspectos operativos;

- 2/92, sobre préstamos y créditos exteriores; y,
- 3/92, sobre cuentas de no residentes abiertas en España. Operaciones con billetes y efectos. Entidades registradas.

(25) Recomendación contenida en la Directiva 88/361/CEE, de 24-6-88. Art.º 7.1: "Los Estados miembros se esforzarán por conseguir que el régimen que apliquen a las transferencias correspondientes a los movimientos de capitales con países terceros alcance el mismo grado de liberalización que el de las operaciones que tengan lugar con los residentes de los demás Estados miembros".

(26) Casilda Béjar, R. "Sistema Financiero Español. Banca y Cajas de Ahorro ante un entorno competitivo". Alianza Ed. Madrid, 1992. Pág. 48.

12-88), hacen lo propio con las inversiones españolas en el exterior; y es la entrada en vigor del Acta Unica Europea, la que establece el programa de actuación para la construcción del mercado único europeo antes de 1993.

Como se ha podido observar en España, en los últimos años, se ha producido una fuerte mutación en su historia relativa a la liberalización de los movimientos de capital, llegando en algunos aspectos a superar las posiciones de la Comunidad, cuando se produjo la firma del Acta de Adhesión, a causa de que con anterioridad se habían dado los pasos liberalizadores oportunos, que hacían posible la equiparación holgada de nuestros controles a los de otros países comunitarios.

Con posterioridad a nuestra Adhesión, los esfuerzos han sido fuertes, llegando nuestro país a anticiparse, casi un año, a la fecha límite prevista, 1 de enero de 1993, en el período transitorio concedido, como lo atestiguan las medidas económicas anunciadas por el Ministerio de Economía, en septiembre de 1991, que se materializan en el Real Decreto 1.816/1991, de 20 de diciembre (BOE de 27-12-91), sobre Transacciones Económicas con el Exterior que, en vigor el 1 de febrero de 1992, "acomete la eliminación de las restricciones existentes hasta la fecha en transacciones económicas". Hasta entonces, nuestra legislación mantiene la necesidad de comprobación previa para numerosas transacciones relacionadas con operaciones comerciales, prestación de servicios y pagos derivados de las mismas, y sigue conservando la necesidad de verificación anterior para las inversiones extranjeras mayoritarias. Esta norma, "supone la plena y total liberalización de las transacciones con el exterior sin perjuicio del mantenimiento de los mecanismos de información y comunicación que permitan el conocimiento estadístico de los cobros, pagos y transferencias con el exterior, con el fin de asegurar el cumplimiento de las nor-

mas fiscales españolas (25).

Esta normativa es objeto de desarrollo en la O.M. de 27 de diciembre de 1991 (25); mereciendo destacar que la liberalización ha optado por unos efectos "erga omnes" recogiendo, con anticipación, no sólo las exigencias relativas a los Estados miembros, sino también a terceros países (25), con lo que quedan plenamente liberalizadas, con algunas restricciones formales, las transacciones económicas con el exterior.

En cuanto a las emisiones de valores efectuadas por no residentes, y las realizadas en moneda extranjera, permanecen aún sujetas a autorización administrativa previa.

Con el Real Decreto 1.816/1991, culmina nuestro largo proceso liberalizador, que mantiene ciertas restricciones para algunos movimientos de capital, aún compatibles con la normativa Comunitaria, pero que tendrán que desaparecer por imperativo del Tratado de la Unión Europea no después de 31 de diciembre de 1993. "Con toda esta normativa, España se encuentra adaptada a la normativa comunitaria, adelantándose casi un año a la fecha tope establecida por la CEE para esta materia" (26).

El R.D. 671/1992, de 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España establece un marco general de libertad para las mismas, excepto las no comunitarias en sectores especialmente regulados y las realizadas por los sujetos públicos diferentes de los estados miembros de la CEE, fijando el procedimiento de tramitación y registro de las inversiones españolas en el extranjero.

De este modo quedan liberalizadas las transacciones con el exterior, así como los cobros y pagos originados por las mismas, fijando un nuevo régimen para la importación y exportación a través de fronteras de billetes de banco y otros medios de pago al portador. La

única salvedad que impone la nueva normativa es que los cobros, pagos y transferencias se efectúen a través de entidades bancarias o crediticias y que se declaren los datos relativos a los sujetos intervinientes, la operación y su concepto.

7.2. LA TRIBUTACIÓN DE NO RESIDENTES.

La trascendencia de la tributación de las rentas del capital aumenta con la liberalización de los movimientos de capitales, introduciendo esta un elemento estratégico, en las políticas fiscales de los diferentes gobiernos, al poder los inversores seleccionar países con trato fiscal más favorable.

Con la entrada en vigor de la Directiva (88/361/CEE), la Legislación Fiscal Española sobre la tributación de no residentes, nacida en 1978/79 y modificada en 1982/83, debió experimentar un profundo cambio, a causa de estar formada por una amalgama de principios inconexos y descoordinados.

Un análisis somero del período hasta 31-12-91, evidenciaría la ausencia de homogeneidad en la regulación de la denominada obligación real de contribuir en los textos de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas (I.R.P.F.) y de Sociedades.

La Ley del I.R.P.F. no ofrece ningún criterio relativo a cuándo deben entenderse obtenidos los rendimientos e incrementos en territorio español. Esta laguna se mantiene en el Reglamento publicado con posterioridad a la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo artículo 7 se establecen las fuentes de los rendimientos e incrementos, con lo que se produce la curiosa y absurda situación en la que un no residente, dependiendo que sea persona física o jurídica, puede quedar sujeto a diferente forma de tributación. Lo que ha conducido a la Administración, en una interpretación tolerante y no de-

clarada, y por tanto, en un comportamiento inseguro, a trasladar las normas del Impuesto de Sociedades a las personas físicas.

Generalmente las legislaciones fiscales de los países de la CEE atienden a dos criterios de gravamen: el sustentado en un vínculo personal con el Estado —generalmente residencia, más que nacionalidad—; y el de la fuente. La legislación española aplica un nuevo criterio, carente de lógica y, prácticamente desconocido en la fiscalidad de los países avanzados: el de la residencia del pagador, cuya aplicación a ultranza hubiera bloqueado el comercio internacional español. Por ello el Reglamento intenta desviarse de este criterio, suprimiéndolo en el art.º 333 (Rentas sometidas a impuesto), y dejando fuera, en el art.º 334: las importaciones, las operaciones de tráfico mercantil internacional realizadas por un no residente fuera de España, las comisiones y los gastos de instalación y montaje.

Tampoco concuerda el criterio jurisprudencial de sujeción a la fiscalidad española en los supuestos de incremento de patrimonio por enajenación de valores mobiliarios —u otros bienes mobiliarios—, del I.R.P.F. y del Impuesto sobre Sociedades. Así el Reglamento del I.R.P.F. se atiene a la residencia de la entidad pagadora o lugar de enajenación, mientras que el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades considera el lugar de su situación.

La OCDE se refiere a sólo dos criterios: residencia del titular verdadero de los valores o lugar de situación, pero entendida ésta como una afectación de los valores y el activo y de un establecimiento permanente sito en nuestro territorio.

Esta situación hace necesaria la sustitución de la Ley 44/1978. En efecto, la Ley 18/1991, de 6 de junio, muestra un nuevo tratamiento de la tributación de los no residentes dentro de una pers-

(²⁷) Para la calificación de establecimiento permanente se remite a las normas del Impuesto sobre Sociedades.

(²⁸) Prácticamente se siguen en su integridad los criterios establecidos en el art.º 17 de la Ley 5/1983, de 29 de junio, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria.

(²⁹) Como regla general, la base imponible se determinará por la cuantía íntegra devengada, sin poder deducirse como gasto concepto alguno; excepto cuando se trate de prestaciones de servicios, asistencia técnica, gastos de instalación y montaje derivados de contratos de ingeniería y, en general, de explotaciones económicas, con dos excepciones (art.º 44).

(³⁰) El procedimiento a seguir para la determinación de la renta obtenida mediante establecimiento permanente no diferirá de la que hubiera resultado en el caso de que la titularidad del establecimiento recayera en una persona física residente.

(³¹) Similar al establecido en el R.D.L. 5/1990 de 20 de diciembre.

pectiva comunitaria de libre circulación de capitales, en la que se han condensado las normas que regulan la obligación real de contribuir (arts. 16 a 22). Los sujetos pasivos podrían clasificarse en dos grupos (art.º 16):

— Los que operan mediante establecimiento permanente (²⁷), que serán gravados por la totalidad de la renta imputable a dicho establecimiento, con independencia de donde se haya obtenido; y,

— los que operan en España sin establecimiento permanente, que tributarán de forma separada por cada devengo total o parcial de renta (²⁸).

En cuanto a los devengos (art.º 17), se establecen los siguientes:

— Con carácter general, los rendimientos se devengarán cuando resulten exigibles; salvo cuando la fecha de cobro fuera anterior a esta exigibilidad, que motivará que el devengo se produzca en la fecha de cobro.

— Para los rendimientos derivados de bienes inmuebles no arrendados, el devengo se producirá el último día del año natural; y, en cuanto a

— los incrementos de patrimonio se devengarán cuando se origine la alteración patrimonial.

La base imponible de los sujetos pasivos por obligación real de contribuir se obtiene con el art.º 18, aplicando los cinco primeros apartados a los sujetos sin mediación de establecimiento permanente (²⁹), y el sexto a las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente(³⁰).

Una vez fijada la base imponible (art.º 18), se determinan los tipos de gravamen aplicables a la misma. La estructura de los tipos impositivos para las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, muestra un tipo general del 25% (³¹), con algunas salvedades.

En cuanto a los establecimientos permanentes se mantiene el tipo general del 35%, aplicable sobre la base imponible imputable al establecimiento permanente. No obstante, para equilibrar la tributación que se produciría si esta actividad fuese efectuada por una sociedad filial de la matriz extranjera, se aplica un tipo adicional de 25% —tipo de gravamen establecido con carácter general—, sobre las cantidades transferidas al extranjero.

Los sujetos pasivos que operen sin establecimiento permanente, deducirán únicamente de la cuota resultante de la aplicación del tipo de gravamen a la base imponible: las retenciones practicadas, los pagos a cuenta efectuados y las deducciones por donativos reguladas en el art.º 78.

En cuanto a los sujetos pasivos que operen mediante establecimiento permanente, se efectúa una regulación concreta y exhaustiva de las deducciones a practicar.

Por último mencionaremos entre las novedades introducidas por la Ley 18/1991, en el ámbito de la tributación de los no residentes, el establecimiento de un impuesto especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, que se devenga el 31 de diciembre, con un tipo de gravamen del 5%, exigible sólo a las personas jurídicas y no con carácter general. La base imponible es el valor catastral de inmueble.

8. CONCLUSIONES

Del contenido anterior podemos, entre otras, extraer las siguientes:

1.º— La legislación española tradicionalmente ha sido reacia a la autorización de inversiones en el exterior, basándose en la influencia negativa que podrían tener en la Balanza de Pagos.

2.º— Nuestro país ha realizado, en los

últimos años, un enorme esfuerzo liberalizador de los movimientos de capitales.

3.º- De acuerdo con la normativa de la CEE, España ha buscado no sólo la armonización de nuestra legislación con la Comunitaria, sino que ha reducido el período de adaptación prácticamente en un año.

4.º- La nueva legislación española simplifica sensiblemente los trámites y plazos, caracterizándose por:

- Una liberalización total, existiendo sólo el trámite administrativo de verificación en algunos casos, en consideración de la cuantía o del país receptor de la inversión.

- Determinación de las inversiones en el exterior, en función del país de residencia del inversor; y,

- declaración directa, hecha por el titular de la inversión, en el Registro de Inversiones de las operaciones de inversión en el exterior.

5.º- La liberalización de los controles a los movimientos de capitales, supone la apertura de horizontes sin precedentes en nuestra historia a los españoles, tanto empresas como particulares, al posibilitarles su integración en los mercados financieros internacionales. Al eliminar los controles de cambios y la posibilidad para los residentes de los Estados miembros de realizar operaciones con los residentes en otros Estados de la CEE y de colocar sus recursos en cualquiera de ellos, sin necesidad de contar

con la autorización administrativa.

6.º- El aumento de la competitividad, dentro del sistema financiero, debe incentivar a las entidades actuantes en el mismo a aumentar su eficacia.

7.º- En el ámbito de la CEE, el proceso armonización fiscal en el terreno de los impuestos directos está limitado prácticamente a buenos propósitos.

Las aproximaciones experimentadas en los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o sobre Sociedades, tienen su origen más en actuaciones espontáneas de los países o trabajos de la OCDE o Convenios de doble imposición, que a normas generadas por la CEE.

8.º- La entrada en vigor de la Directiva (88/361/CEE), sin esperar a que se produzca algún avance en materia fiscal, deja a los sistemas fiscales sin ayudas exógenas, lo que contribuirá a que algunos países se muestren más propicios a la armonización fiscal.

9.º- En el ámbito español, la Ley 18/1991, constituye un avance significativo en el proceso armonizador de los impuestos sobre la Renta en España: I.R.P.F. y Sociedades; sin perjuicio que sigan existiendo diferencias de peso entre ambos impuestos y que los criterios legales vigentes aún continúen, al menos en teoría, distantes de los adoptados por la mayoría de los países de la CEE.