

Consulta 1/1996, de 19 de febrero, sobre la Ley de Régimen Jurídico de control de cambios y el Derecho Comunitario.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito de 26 de octubre de 1995 se eleva consulta a la Fiscalía General del Estado ante la aparente contradicción entre la sentencia de 19 de julio de 1995, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la sentencia de 23 de febrero de 1995 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en los asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, en relación con la aplicación de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de fecha 24 de junio de 1988 y la Ley de Control de Cambios.

La problemática podría ser descrita de la siguiente manera: según la normativa española sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios (LO 10/1983, de 16 de agosto por la que se modifica la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, y especialmente el R.D. 1816/1991, entre otras normas), es necesaria una autorización previa por parte de las autoridades administrativas para la exportación de capitales superiores a 5.000.000 de pesetas, constituyendo delito la exportación de sumas superiores a la citada cifra sin haber obtenido la autorización correspondiente.

Sin embargo, la exigencia de tal autorización fue rechazada por el TJCE en sentencia de 23 de febrero de 1995. El rechazo a esa existencia se debe a que la misma «equivaldría a someter el ejercicio de la libre circulación de capitales a la discrecionalidad de la Administración y, por ese motivo, podría hacer que esa libertad fuera ilusoria». Sin embargo, el Tribunal Comunitario, considera inobjetable que se impugne la obligatoriedad de la declaración previa por las razones que luego se analizarán.

No obstante, poco después de publicarse la sentencia referida, el Tribunal Supremo (TS) en sentencia de 19 de julio de 1995 (Número 0.0901/95) confirmó una condena penal por delito monetario referida a la extracción de billetes de banco con destino a otro Estado miembro sin solicitar autorización alguna. La sentencia del TS argumenta el fallo señalando que, si bien no es exigible la autorización previa con base en la sentencia de 23 de febrero, «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..., carezcan de declaración previa». Tal conclusión no constituye la creación de un injusto típico, continúa diciendo el TS, «pues el dato de la declaración era presupuesto *sine qua non* para la obtención de la declaración previa y por ello ampliar su esfera a costa de la supresión de una restricción en nada afecta al principio de legalidad».

A la vista de ambas sentencias, se eleva consulta por la Fiscalía de la Audiencia Nacional, después de haberse debatido el tema en Junta de Fiscales. La Junta de Fiscales acuerda que, sin perjuicio de elevar consulta a la Fiscalía General del Estado, es lo procedente, en cuanto a los procedimientos que estén en curso y que no hayan sido afectados por las decisiones anteriormente consensuadas, acatar la doctrina de la sentencia del TS.

Antes de continuar con la presente exposición es necesario hacer referencia a sendas peticiones dirigidas al TJCE destinadas a obtener una decisión prejudicial, y resueltas recientemente por el TJCE en sentencia de 14 de diciembre de 1995. Se trata de los Asuntos Acumulados C-163/94 y C-165/94 por una parte, y el Asunto C-250/94 por otra. Ambas peticiones tenían por objeto que se comprobara la compatibilidad de los arts. 73 B y siguientes del Tratado CE según la nueva redacción del Tratado de Maastricht, con el apartado 1 del art. 4 del R.D. 1816/91, sobre Transacciones Económicas con el Exterior. Como ya hemos adelantado en parte, dicha disposición subordina la exportación de billetes de banco por un importe superior a 1.000.000 de pesetas a la cumplimentación de una declaración previa, mientras que exige la obtención de una previa autorización administrativa para la exportación de importes superiores a 5.000.000 de pesetas. En estos supuestos, aunque se trata de casos de exportación de capitales a terceros países y no a países miembros de la Unión Europea, la problemática es en esencia idéntica a la planteada y resuelta en la sentencia de 23 de febrero.

Según el informe del Abogado General, la normativa comunitaria debe interpretarse oponiéndose a la aplicación de una normativa nacional que haga depender la exportación de billetes de banco a una obligación de autorización previa, pero no impiden la aplicación de una normativa nacional que supedita tales operaciones a la cumplimentación de una declaración de idéntica naturaleza. A mayor abundamiento, el Abogado General señala que el análisis efectuado por el TJCE en el asunto Bordessa (sentencia de 23 de febrero de 1995), «es aplicable *mutatis mutandis*, al caso que ahora nos ocupa. No existen razones, en efecto, para apartarse de los motivos que han llevado al Tribunal de Justicia a considerar admisible una declaración previa y desproporcionada una obligación de autorización».

Pues bien, estas consideraciones han sido plenamente admitidas por el TJCE en la parte de la sentencia que interesa para el presente análisis. Es suficiente por lo tanto una mera declaración, rechazándose la exigencia de autorización previa.

II. SITUACION PROCEDIMENTAL DE LA MATERIA EN EL PRESENTE MOMENTO

La sentencia del TS de 19 de julio de 1995 ha sido recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional (número 3013) por la defensa, no habiéndose definido el citado Tribunal sobre la admisión del recurso en el momento de ultimar estas líneas.

Pues bien, a pesar de la existencia de este recurso ante el Tribunal Constitucional, es conveniente buscar una solución al problema suscitado por evidentes razones prácticas. En primer lugar, de no admitirse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la situación seguirá siendo lógicamente la misma. De admitirse el recurso, sin embargo, transcurrirá un plazo previsiblemente largo hasta que se dicte resolución judicial por el Tribunal Constitucional, plazo durante el cual es necesario también buscar una solución al problema.

En todo caso, como tendremos ocasión de examinar acto seguido, la cuestión reside, y eso es lo importante, no en la contradicción entre las sentencias de 23 de febrero y de 19 de julio, sino en la interpretación efectuada por el TS en su resolución.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Aunque inicialmente pudiera parecer que la sentencia del TS de 19 de julio de 1995 contradice, de alguna manera, lo establecido en la sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1995, a nuestro parecer no existe tal contradicción en esencia.

La sentencia del TJCE afirma que la exigencia de una autorización previa para la libre exportación de capitales es contraria a la normativa comunitaria en vigor, básicamente la Directiva 88/361, de 24 de junio sobre la libre circulación de capitales. En ese sentido el TJCE asevera que «...procede responder ... que los arts. 1 y 4 de la directiva se oponen a que la exportación de monedas, billetes de banco o cheques al portador se supedite a una autorización previa...» (parágrafo 31). Sin embargo el TJCE no cuestiona en absoluto la existencia de una declaración previa ante las Autoridades españolas como condición esencial para la exportación de capitales. Así, el TJCE indica que «...por el contrario (las normas de la directiva) no se oponen a que dicha operación se supedite a una declaración previa» (parágrafo 31). Lo que viene a decir el TJCE, en consecuencia, es que la previa autorización constituye un obstáculo a la libre circulación de capitales, no siéndolo sin embargo una declaración previa: «...una declaración previa puede constituir una medida indispensable que los Estados miembros están autorizados a adoptar, ya que, a diferencia de la autorización previa, dicha declaración no suspende la operación de que se trata, permitiendo, no obstante, que las autoridades nacionales realicen un control efectivo para impedir las infracciones a sus Leyes y Reglamentos» (parágrafo 27). Además, el TJCE al aseverar que «El Gobierno español no ha demostrado de modo suficiente que sea imposible imponer sanciones penales por una omisión de hacer previamente una declaración» (parágrafo 30), deja incluso la puerta abierta a las Autoridades españolas para que puedan penalizar la exportación de capitales sin declaración previa, si así lo consideran oportuno.

El TS no cuestiona el contenido de la sentencia del TJCE, y en ese sentido reproduce literalmente el parágrafo 27 antes citado en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia. Lo que el TS se cuestiona sin embargo es, si la desaparición de la autorización previa, a consecuencia de la sentencia del TJCE, implica la total y absoluta descriminalización de las conductas de exportación de capitales. El TS concluye 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 ... carezcan de declaración previa» (Fundamento de Derecho Tercero). Es decir, aunque no exista autorización en la operación de exportación de capitales, no existe delito. Sí constituye delito, sin embargo, cuando falte la declaración previa. Se trata de una postura avalada, dice el TS en la controvertida resolución, por una sentencia previa del propio TS que es la sentencia 1943/1993 de 17 de septiembre y por el hecho de que «el efecto liberalizador sobre la circulación de capitales entre los Estados miembros y aun de 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 o bolsas u ocultos en los dobles fondos de los automóviles». Tal posición, sigue diciendo el TS, «no supone la creación de un injusto típico... pues el dato de la declaración era presupuesto sine qua non para la obtención de la autorización previa y

por ello ampliar su esfera a costa de la supresión de una restricción en nada afecta al principio de legalidad».

En consecuencia, el problema no estriba en que exista una confrontación entre las dos resoluciones judiciales, que no existe, tal como se puede observar. El problema reside en el hecho de que el TS decide extender la tipicidad a la previa declaración, al haber desaparecido el requisito de la autorización previa. Por ello es importante dilucidar hasta qué punto puede el TS realizar semejante deducción, considerando el principio de interpretación declarativa de las leyes penales que establece el art. 4.2 del Código Civil, según veremos en breve.

Hay que admitir y reconocer en sus justos términos el ingente esfuerzo realizado por el TS en pro de la resolución de un problema de tal magnitud. Es claro que, en ocasiones, puede aparecer una sensación de absoluta impunidad en el tipo de fraude a que se refieren estas resoluciones judiciales. Otro tema distinto, empero, es el relativo a las posibilidades reales que ofrece la normativa en vigor. El primer aspecto que llama la atención tras la lectura de la interpretación del TS, al ponerla en relación con el contenido de la sentencia del TJCE, es la postura que en aquel procedimiento habían adoptado las Autoridades españolas defendiendo la necesidad de mantener la exigencia de una autorización previa. Quizás no sería aventurado afirmar que nos encontramos ante una situación curiosa. Decían las Autoridades españolas, y así lo refleja el TJCE en el parágrafo 28, que si desaparecía la autorización previa la exportación de capitales quedaba despenalizada: «...el Gobierno español defendió la necesidad de la autorización previa, alegando que sólo este sistema permite calificar una infracción como penal e imponer así las sanciones penales». Es decir, la interpretación que en aquel momento realizaron las autoridades españolas era que el único elemento normativo del tipo era la ausencia de autorización previa y expresaban que, desaparecido ese requisito, el supuesto quedaba despenalizado. Lo curioso estriba en que ahora el TS dice exactamente lo contrario.

El segundo aspecto de interés sería precisar hasta qué punto lo que se realiza por el TS en la sentencia controvertida no es una interpretación extensiva hasta límites de creación legislativa no permitidos por el Derecho penal. Es decir, el problema reside en que se trata de una interpretación extensiva que por sus características entra de lleno en la vía de la analogía. Hasta el año 1991, con el R.D. 1816/1991, no se había planteado la exigencia de declaración y el requisito exigido en determinadas operaciones de transmisión monetaria era la autorización previa. Con el R.D. de 1991 sin embargo se empieza a exigir la declaración cuando se tratara de cantidades superiores a 1.000.000 y hasta 5.000.000 y la autorización cuando el capital fuera superior a 5.000.000 de pesetas, en ambos casos por persona y viaje (art. 4). A su vez, el art. 10 señala que «el incumplimiento de las obligaciones de declaración o de solicitud previa a que se refiere el art. 4 del presente Real Decreto conllevará la aplicación de las medidas de responsabilidad de índole penal o administrativa previstas en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, y la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto». La Orden de 27 de diciembre de 1991 desarrolladora del R.D. 1816/1991 pone de relieve que el punto 4 del análisis que efectúa del art. 4 del R.D. que «Cuando por los Servicios de Aduana se descubriera la exportación, por un viajero, de los medios de pago a que se refieren los apartados anteriores, sin haberse efectuado declaración o sin haber obtenido la autorización correspondiente, los funcionarios de Aduanas

procederán a la intervención de los indicados medios de pago y levantarán acta o atestado». Es decir, se levantará acta cuando por no existir declaración previa la exportación de capital constituya una infracción administrativa, y atestado cuando constituya delito por no existir declaración previa, ajustándose lógicamente a las cuantías legalmente establecidas. Esa interpretación queda claramente avalada cuando en el punto 5 se dice que «Cuando por la Aduana se descubriera la importación, por un viajero, de los medios de pago a que se refiere el apartado 1 anterior sin haberse efectuado declaración, los Servicios de la Aduana procederán a levantar acta, que será remitida a la Dirección General de Transacciones Exteriores a los efectos procedentes». Es evidente que al establecer esa distinción entre «declaración-acta», por una parte y «previa autorización-atestado» por otra, se ha querido establecer un límite claro entre la declaración y la previa autorización, de manera que la ausencia del primero constituiría infracción administrativa y del segundo delito. El TS sin embargo no admite esa distinción y constituye un elemento normativo único integrado de dos fases constitutivas que serían la declaración y la previa autorización, puesto que la primera es condición sine qua non de la segunda.

En tercer lugar, convendría analizar si efectivamente existe base jurisprudencial alguna en la sentencia controvertida para adoptar la decisión que el TS adopta en la misma, o si constituye más bien una sentencia aislada. Como hemos señalado anteriormente, el TS en la sentencia de 19 de julio se refiere a la sentencia de 17 de septiembre de 1993. Lo bien cierto sin embargo es que, esa sentencia no aporta nada demasiado nuevo al respecto, ni desarrollo alguno que sirva de base para lo que sostiene el TS. No se hace referencia en esa resolución judicial a la posible criminalización de la exportación de capitales sin declaración previa, como parecería procedente. El TS hace mención a la necesidad de mantener normas encaminadas a dar estabilidad y transparencia al sistema monetario, ante la libre circulación de capitales introducido por la Comunidad, de manera que, como antes se dijo: «el Estado miembro no se encuentre impotente ante la salida salvaje y tumultuaria de capitales guardados en maletines o bolsas u ocultos en dobles fondos de los automóviles», principio que está perfectamente admitido por el TJCE y de hecho permite que se pueda penalizar la falta de declaración previa en la sentencia de 23 de febrero. Tema distinto es a quién corresponde competencialmente esa criminalización. Existe un cierto número de sentencias del TS en las que se ha suscitado el tema de la liberalización de transferencias económicas, pero en ninguna de ellas se analiza el tema de la criminalización de la mera declaración (28 de febrero de 1992, 16 de noviembre de 1992, 28 de enero de 1993).

Quizá hubiera sido preferible la cita por parte del TS de la sentencia de 13 de junio de 1992. En esa resolución, el recurrente argumenta que «el acento se pone en la existencia o no de la correspondiente autorización administrativa para lo cual acude a la diversificación con referencia a las escalas de control de cambio respecto al dinero: la prohibición, la autorización previa, la verificación y la declaración, haciendo notar que, cuando no se exige autorización, sino que su control se actúa de otra manera, su incumplimiento sólo puede dar lugar a una infracción administrativa, no a un delito monetario». A esta argumentación, el TS responde: «Pero esto es y constituye una propuesta respetable pero no incorporada al sistema que no distingue, refiriéndose a quienes contravinieron el sistema legal de cambios (técnica, en este caso no sustituible en general o difícilmente sustituible, de la ley penal en blanco, no desarrollada pero,

como acaba de decirse, a veces inevitable)». Esa es toda la argumentación, sin que sea necesario efectuar comentario alguno al respecto ya que el TS rechaza pronunciarse sobre el tema.

No existe ni tan siquiera una base jurisprudencial sólida para efectuar planteamientos como el que realiza la sentencia de 19 de julio. Cabría decir incluso que en esa sentencia, el TS 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.

IV. LA INCIDENCIA EN LA MATERIA DE LAS SENTENCIAS DE 14 DE DICIEMBRE DEL TJCE

Aunque en el *interin*, y previamente a la aparición de la sentencia de 14 de diciembre, se aguardaba con cierta expectación la solución que a esta problemática pudiera dar la misma, ésta no ha aportado novedades dignas de mención en la parte relacionada con el tema debatido. En el planteamiento de la cuestión prejudicial de alguna manera parecía instarse al TJCE para que se definiera, o aportara algún dato esclarecedor, sobre la legalidad de la criminalización de la mera declaración. Así, en el primer punto de la cuestión prejudicial se preguntaba lo siguiente: «Una reglamentación de un Estado miembro que somete la salida del territorio nacional portando moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios, al portador, a la realización de una declaración previa, si su importe excede de 1.000.000 de pesetas y a la obtención de una autorización administrativa previa, si excede de 5.000.000 de pesetas, aparejando al incumplimiento de dichos requisitos sanciones penales que pueden incluir la privación de libertad, ¿es compatible con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 73 B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, interpretados en relación con los arts. 73 C, apartado 1, y 73 D, apartado 1 b) del mismo Tratado?»

El TJCE, en su sentencia, insiste en las aseveraciones ya expuestas, es decir: sí declaración, no autorización, sin más consideraciones fuera de lo que es el puro contexto comunitario. No hay que olvidar que mediante el incidente prejudicial solamente pueden suscitarse cuestiones de carácter estrictamente jurídico comunitario. No cabe plantear, ni lógicamente serán resueltos por el TJCE, tal como ha repetido en constante jurisprudencia, aspectos litigiosos de naturaleza fáctica (determinación de los hechos y valoración de la prueba), como tampoco problemas relativos a la validez, vigencia o alcance hermenéutico de las normas del ordenamiento estatal interno.

En todo caso, la sentencia de 14 de diciembre abunda en los elementos esenciales ya expresados en la sentencia de 23 de febrero y clarifica aspectos relativos a la libre circulación de capitales en el ámbito del Tratado de Maastricht.

V. CONCLUSION

Recordemos que la cuestión que literalmente suscita la consulta de la Audiencia Nacional es «si debe seguirse, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo citada, los criterios en ella sustentados acusando a los inculpados que hayan evadido capitales (salida física de dinero) superior a cinco millones de pesetas sin contar con la correspondiente declaración previa (que debería ser «previa» o incluida en la

autorización que ahora no se necesita), o seguir con el criterio consensuado, a la espera de que el Gobierno dicte la reglamentación adecuada».

Pues bien, a la vista de todo lo expuesto, y siendo así que no aparece previsión legal en el nuevo Código Penal que de alguna manera introduzca novedades al respecto y que pudieran modificar lo dicho, consideramos que es más ajustado al estricto principio de legalidad, continuar con el planteamiento adoptado poco después de dictarse la sentencia de 23 de febrero y antes de aparecer la sentencia de 19 julio. Es decir, 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 procedentes y por si desde ese ámbito legal fuera aplicable alguna sanción.