

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MEDIOS DE PAGO. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE CONTROL DE CAMBIOS*

SUMARIO.— 1. Consideraciones preliminares.— 2. Concepto de libre circulación de medios de pago.— 3. Concepto, finalidad y principios básicos del régimen de control de cambios.— 4. Carácter de la Ley 40/1979, de 10 de Diciembre, sobre Régimen jurídico de control de cambios.— 5. El Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre sobre Transacciones Económicas con el Exterior.— 6. Sujetos y actos sometidos al control de cambios. A). Sujetos. Residentes y no residentes. B). Actos. C). Forma en que deben efectuarse los pagos.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Se dice en el Informe Delors que el Tratado de Roma, modificado por el Acta Única Europea, proporciona *la base legal para muchos de los pasos necesarios para la integración económica*, pero no es suficiente para la creación de una unión económica y monetaria a la que se aspira en el ideal europeo. Para alcanzar dicho objetivo sería necesario establecer nuevos acuerdos, a los que sólo se podría llegar sobre la base de una modificación

* Conferencia pronunciada en el curso de extensión Universitaria 1993 «Libertades comunitarias en materia económica y Derecho español». Molina de Segura 12/11/1993.

del Tratado y de los consiguientes cambios en las legislaciones nacionales¹. Pues Uno de los primeros pasos necesarios para la integración económica es el mercado único en el que personas, bienes, capitales y servicios pueden circular libremente².

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 expone como fundamentos de la Comunidad la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales que regula en los Títulos I y III³. En esta proclamación de libertades no hace una referencia expresa a la *libre circulación de los medios de pago*, y no la hace, porque no es una libertad *más*, sino una consecuencia *necesaria* de las otras cuatro libertades. Conviene aclarar que una de las dificultades para acotar el concepto de la libre circulación de los medios de pago es la confusión terminológica a que se presta la utilización del término «*capitales*» y «*medios de pago*» como sinónimos. Tanto el artículo 67 y ss. como el 106 del Tratado utilizan el término «*capitales*», pero hay que notar que regulan supuestos distintos; el art. 106, «*garantiza la liberación de los pagos como corolario a la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales, (...) y el régimen de libre circulación de los capitales, contemplado en*

1 Informe Delors, *La fase final de la unión económica y monetaria* en «Lecturas de economía política». CABRILLO, F.: ed. Minerva. Madrid 1991, p. 294.

2 La unión económica —en conjunción con la unión monetaria— combina las características de un mercado común sin restricciones con una serie de normas que resultan indispensables para su buen funcionamiento. En este sentido, la unión económica puede describirse con cuatro elementos básicos: —El mercado único en el que las personas, los bienes, los servicios y los capitales pueden circular libremente. —Una política de competencia y otras medidas encaminadas al fortalecimiento de los mecanismos del mercado. —Las políticas comunes que pretenden cambios estructurales y el desarrollo regional. —La coordinación de la política macroeconómica incluyendo reglas de obligado cumplimiento en materia presupuestaria. Op. cit. pp. 296-297.

3 Como consecuencia del Tratado de Maastricht

1º) *La libertad de movimiento de capitales se convertirá en un derecho directamente emanado del Tratado de la Unión*, cuyo artículo 73 A dice «A partir de enero de 1994, los artículos 67 a 73 serán sustituidos por los artículos 73 B a 73 G». En el Capítulo titulado «*capital y pagos*» el artículo 73 B 2. dice: «En el marco de las disposiciones del presente Capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

2º) El artículo 106 del Tratado de Roma ha pasado a ser el 73 H del Tratado de la Unión, que le da vigencia a la disposición hasta el 1 de enero de 1994.

los artículos 67 y ss., afecta a las transacciones financieras de carácter autónomo, que no están relacionadas con entregas de mercancías, ni con remuneraciones de las prestaciones de servicios o de obras.»⁴.

2. CONCEPTO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE MEDIOS DE PAGO

Puesto que en el Tratado no encontramos definidas, ni la libre circulación de los medios de pago, ni la libre circulación de capitales, la mejor vía para establecer la distinción y delimitar el concepto, es, recurrir a la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de los artículos 67 y siguientes del Tratado —y las directivas de liberalización—, y el artículo 106, de entre cuyas sentencias destacamos como resumen de la doctrina establecida la dictada en el caso «Luisi y Carbone» de 31 de enero de 1984, que en el considerando 21 dice así: «El sistema general del Tratado muestra, y una comparación de los artículos 67 y 106 lo confirma, que *los pagos corrientes son transferencias de divisas que constituyen una contraprestación en el marco de una transacción subyacente*, mientras que los movimientos de capitales son operaciones financieras que persiguen esencialmente la colocación o inversión de la cantidad en cuestión y no la remuneración de una prestación. Por esta razón, como se desprende de los artículos 67, párrafo 2, y 106, apartado 1, los movimientos de capitales pueden constituir, en sí mismos, la causa de pagos corrientes»⁵

4 DUTHEIL DE LA RECHERE, J.: «Cours de justice des Communautés Européennes. Arrêt du 31 janvier 1984, Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro, affaires jointes 286/82 et 26/83. Transactions invisibles. Exigences nationales de contrôle».

5 Así, en el Sentencia «Regina-Thompson» de 23 de noviembre de 1973 dice en el considerando 24 sobre la disposición del artículo 106: «pretende garantizar las *transferencias monetarias necesarias* tanto para la liberación de los movimientos de capitales, como para la libre circulación de mercancías, servicios, y personas».

Sentencia «Casati» de 11 de noviembre de 1981, en el considerando 20, «los movimientos de capitales no constituyen más que una parte de las operaciones que ocasionan transferencias monetarias. Es pues acertado que el juez nacional llame la atención sobre el artículo 106, que *pretende garantizar las transferencias monetarias necesarias* tanto para la liberalización de los movimientos de capitales, como para la libre circulación de mercancías, servicios y personas, y que, además, no contiene las mismas limitaciones que las previstas expresamente por las disposiciones ya examinadas».

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en la Sentencia «Lambert» de 14 de julio de 1988.

Si, como establece el Tribunal, *los pagos corrientes son transferencias de divisas que constituyen una **contraprestación** en el marco de una transacción subyacente*, el tema de la liberalización de los medios de pago está indefectiblemente unido al del *control de los cambios*, que ejercen los Estados Comunitarios en sus respectivos territorios nacionales, y que la liberalización de los mismos, tiene por objeto suprimir todas las restricciones y prohibiciones que atañen a las transferencias de moneda para que puedan ejercerse las cuatro libertades fundamentales del Tratado.

3. CONCEPTO, FINALIDAD Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIOS

Desde el punto de vista jurídico podemos definir el control de cambios como el conjunto de normas que regulan «los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos entre residentes y no residentes, o transferencias al o del exterior». (artículo 1 RD 1.816/1991 de 20 de diciembre).

La finalidad del control de los cambios es la protección de la economía nacional; pretende asegurar la equivalencia de las prestaciones en las transacciones con el exterior. Si las divisas pueden ser definidas como una acumulación de derechos sobre bienes y servicios de otros países, corresponderá al Estado, en el ejercicio de la facultad de protección de la riqueza nacional, conseguir que la exportación de bienes y servicios se corresponda con una entrada de divisas por el valor de aquéllos, que permita en su momento la adquisición de bienes y servicios de otros países.

Podemos distinguir los siguientes elementos básicos de un control de cambios, en un sistema de ausencia de restricciones a los cambios:

1ª. Centralización de las divisas en el Organismo competente. Esto significa que todas las divisas que consigan los residentes de sus transacciones con el exterior deben ser cedidas al Estado a un cambio determinado por la oferta y la demanda de un mercado institucional, o bien mantenidas en una Entidad de crédito nacional o extranjera, pero con la obligación de informar de todos los movimientos que experimenten dichas cuentas. Los

residentes podrán adquirir todas las divisas que deseen para sus pagos al exterior al cambio establecido en el mercado de referencia.

2º. Todos los pagos y cobros con el exterior se realizarán a través de una Entidad bancaria, que informará de los mismos a los Órganos administrativos.

3º. Obligación de comunicar las Entidades delegadas al Banco de España los cobros y pagos que realicen por cuenta de su clientela.

4º. Verificación *a priori* de las transacciones y de los cobros y pagos, o declaración de los mismos *a posteriori*. En la verificación *a priori* la Administración se debe limitar a comprobar que el interesado reúne los requisitos establecidos en la norma, sin posibilidad de poner en juego facultades de valoración sobre la conveniencia de la transacción con el exterior. La declaración *a posteriori* consiste en la comunicación a la Administración de una transacción o de un cobro o un pago que han sido consumados, a efectos de simple constancia.

Lo esencial es que exista un buen sistema de información, que permita a las autoridades monetarias el establecimiento de controles o restricciones, únicamente cuando las necesidades de la balanza de pagos así lo aconseje⁶.

4. CARÁCTER DE LA LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTROL DE CAMBIOS

El término «control de cambios», aunque ya era utilizada en los ámbitos profesionales técnicos se implanta en España por la Ley vigente 40/1979 de 10 de diciembre sobre Régimen Jurídico de Control de cambios⁷. La Ley atribuye al Gobierno, en defensa de los intereses generales, la competencia para «*prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y*

6 HERVAS CUARTERO, E. V.: El nuevo régimen de control de cambios. editado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. ed. Castro. Madrid 1992, pp. 12-14.

7 La Ley ha sido modificada por la Ley orgánica 10/1983, de 16 de agosto, y por la Ley 26/1988, de 29 de julio.

en general a cualquier tipo de control administrativo» las transacciones con el exterior (artículo 2). Deja así al posterior desarrollo reglamentario, según las exigencias que imponga la coyuntura económica en cada momento, el carácter más o menos restrictivo de los cambios. Es una Ley marco⁸, que permite que circunstancialmente se altere el sistema de control, sin necesidad de su derogación expresa. Así lo demuestran los diferentes desarrollos reglamentarios de los que ha sido objeto hasta el presente: El Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sometió a la exigencia de autorización administrativa previa un amplio conjunto de transacciones y transferencias con el exterior, articulando un régimen de control de cambios basado en el intervencionismo de la Administración⁹, mientras que el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, que deroga al anterior, elimina prácticamente la casi totalidad de las restricciones a las transacciones exteriores, estableciendo un régimen de liberalización, si bien mantiene mecanismos de información y comunicación de los cobros y pagos y transferencias con el exterior para el conocimiento estadístico y la observancia del ordenamiento español, por ejemplo, a efectos fiscales (artículo 111 de la Ley General Tributaria).

Hay que hacer notar que liberalizar los cambios no quiere decir que no pueda imponerse una forma de hacer los pagos, por ejemplo, por compensación o por vía bancaria, pero que no se autorice la exportación de moneda o billetes.

8 El Consejo de Estado, en su Dictamen al Proyecto del Real Decreto 1818/1991, de 12 de diciembre, la califica como «una Ley ciertamente singular, por razón de la materia que regula, pero cuya ejecución se encomienda al Gobierno y cuyo desarrollo se consuma en el terreno reglamentario, aunque la especialidad de la materia atempere el sentido y alcance de este desarrollo a las exigencias que imponga la coyuntura económica en cada momento y amplíe grandemente a estos efectos las facultades conferidas en la habilitación». Entiende el Consejo de Estado que el calificativo de «ley de autorizaciones» o «ley penal en blanco» podrían aproximarse a su naturaleza.

9 Este Real Decreto fue seguido de numerosas disposiciones de rango inferior que atenuaron las restricciones a las transacciones.

10 Como consecuencia del Tratado de Maastricht, la libertad de movimiento de capitales se convertirá en un derecho directamente emanado del Tratado y no de la legislación secundaria (directiva) como hasta ahora y se convertirá en un derecho absoluto solamente limitado por las cláusulas de salvaguardia del orden y la seguridad pública del artículo 73.

5. EL REAL DECRETO 1816/1991, DE 20 DE DICIEMBRE SOBRE TRANSACCIONES ECONÓMICAS CON EL EXTERIOR

La necesidad de aplicar las disposiciones de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988¹⁰ hace que se promulgue el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior¹¹. El movimiento de liberalización del control de cambios había comenzado en la década de los años ochenta, como consecuencia del creciente desarrollo de la economía española y del grado creciente de su integración en las estructuras económicas mundiales y alcanza su grado máximo con el Real Decreto de cuya exposición nos ocupamos, que lleva a cabo la plena liberalización de transacciones y transferencias con el exterior, renunciando al periodo transitorio que el artículo 6 de la Directiva citada concedía a España, y que expiraba el 31 de diciembre de 1992. Extiende la liberalización no sólo a las transacciones con otros estados miembros de la CEE, sino también a las realizadas con otros países¹².

11 Modificado por el Real Decreto 42/1993, de 15 de enero (BOE nº 27, de 1 de febrero) que da nueva redacción a los artículos 4º y 7º.2.

Hay que resaltar en este bloque normativo:

La Orden de 27 de diciembre de 1991 de desarrollo del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior.

La Resolución de 7 de enero de 1992, de la Dirección General de Transacciones Exteriores, por la que se dictan normas para la aplicación de los artículos 4º, 5º, 7º y 10º de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 27 de diciembre de 1991 sobre Transacciones Económicas con el Exterior.

La Circular 3/1992, de 15 de enero del Banco de España, sobre cuentas de no residentes abiertas en España y operaciones con billetes y efectos.

La circular 15/1992, de 22 de julio, del Banco de España, sobre normas para la comunicación al Banco de España de las operaciones entre residentes y no residentes por parte de las Entidades registradas.

La circular 22/1992, de 18 de diciembre del Banco de España, sobre mercado de divisas.

La circular 23/1992, de 18 de diciembre, del Banco de España, sobre préstamos, créditos, y compensaciones exteriores.

La circular 24/1992, de 18 de diciembre, del Banco de España, sobre residentes titulares de cuentas en el extranjero.

12 La libertad de movimientos de capitales, como consecuencia del Tratado de Maastricht se aplicará también a los pagos y transferencias y movimientos de capitales hacia y con procedencia de terceros países sujeto a limitadas excepciones en materia de inversiones directas y en inmuebles, servicios financieros y admisión de títulos.

Es importante destacar que para impedir actividades delictivas, especialmente el narcotráfico, únicamente se mantiene la exigencia de autorización previa para la exportación física de moneda metálica, billetes de banco, cheques bancarios al portador y oro amonedado o en barras a través de las fronteras nacionales por importe superior a 5.000.000 de pesetas. Esta medida no entorpece las transacciones económicas con el exterior, ya que sólo afectan a la exportación física, y los pagos, cobros, y transferencias por vía bancaria están totalmente liberalizados.

El delito monetario, tal como se ha conocido y aplicado en España —desde la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de 1938— únicamente subsiste, para este caso, y para los casos en que puedan estar en vigor cláusulas de salvaguardia, de las que se deriven la exigencia de autorizaciones.

Las llamadas *cláusulas de salvaguardia* permiten el establecimiento transitorio de restricciones, por Real Decreto, respecto a la realización de determinadas categorías de transacciones con el exterior o de las correspondientes operaciones de cobro, pago o transferencia, siempre que afecten gravemente a los intereses de España, o en aplicación de medidas adoptadas por organismos internacionales de los que España sea miembro¹³.

Otro caso en que se prevé la posibilidad de exigir autorización previa, autorización administrativa u otras formas de control, es por razones de *defensa de la soberanía económica nacional*, en el caso de inversiones extranjeras en España, y en el caso de inversiones españolas en el extranjero para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, especialmente en materia fiscal.

13 Como consecuencia del Tratado de Maastricht en el Tratado de la Unión desaparecerán dos de las cláusulas de salvaguardia del Tratado de Roma: La del artículo 70.2 (un Estado miembro puede imponer restricciones a las operaciones triangulares cuando deriven de normas más liberales de un país); y la del artículo 73 (movimientos de capital que lleven a disturbios en los mercados de capital). Véase MULLERAT, R. / TORRES, M. *La legislación sobre inversiones extranjeras*, en R.J.C. nº 2, 1993 pp. 326-327.

6. SUJETOS Y ACTOS SOMETIDOS AL CONTROL DE CAMBIOS

A) SUJETOS: RESIDENTES Y NO RESIDENTES

Tanto la Ley 40/ 1979, de 10 de diciembre, sobre control de cambios, como el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior, centran el ámbito a que se extiende el control de cambios a los actos u operaciones de las que se deriven, o puedan derivarse, cobros o pagos entre *residentes* y *no residentes*, o transferencias al o del exterior.

Es importante hacer notar, que el concepto de residente que nos da la citada legislación de control de cambios, tiene características y finalidad propias, por lo que no es coincidente con el concepto de residente del derecho civil, administrativo o fiscal, por eso se hace notar en los textos legales que nos ocupan, que los criterios que exponen para determinar la residencia son: «a los efectos de la presente Ley» (artículo 1 L. 40/1979).

A pesar de las críticas que pueda merecer el mayor o menor acierto de la Ley 40/1979 al dar los criterios para establecer el concepto de residente y no residente, hay que decir que, con anterioridad a su promulgación, dicho concepto se encontraba regulado en circulares del Banco de España que no habían sido publicadas en el B.O.E, y esa falta de publicidad era tanto más incomprensible cuanto el concepto de residente y no residente eran elemento esencial de los tipos penales de la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938. En este sentido, la decisión del legislador de incluir el concepto en la Ley, ha merecido una valoración positiva¹⁴.

Considera la Ley en el artículo 4:

Residentes: Personas físicas:

Las domiciliadas en territorio español, o que residan principalmente en España.

Aunque tendrán la *consideración de residentes* las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero, respecto al patrimonio

¹⁴ Véase ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F.: *Control de cambios en España*, ed. Edersa Madrid 1992, p. 100.

constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero, y a las rentas procedentes del mismo.

Residentes personas jurídicas:

Aquellas que tengan el domicilio social en España.

Los establecimientos y sucursales establecidos en territorio español, ya sea de personas físicas o jurídicas, que residan en el extranjero (artículo 2 R.D 1816/1991).

No residentes personas físicas

Las domiciliadas en el extranjero o que tengan allí su residencia principal.

Aunque las personas físicas de nacionalidad extranjera residentes en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España, con anterioridad a la toma de residencia y a las rentas que procedan del mismo. Y de manera análoga, las personas físicas de nacionalidad española que residan en España, pero que hubieran residido en el extranjero y hubieren adquirido allí un patrimonio, serán consideradas no residentes respecto a este patrimonio.

No residentes personas jurídicas

Son consideradas no residentes las que tengan su domicilio social en el extranjero.

Los establecimientos y sucursales establecidos en el extranjero, ya pertenezcan a personas físicas o jurídicas residentes en España (artículo 2. R.D. cit.).

La condición de residente debe ser acreditada en la forma que establece el artículo 3, del R.D. 1816/1991).

B) Actos

El control de cambios afecta a todos los actos o negocios jurídicos de contenido económico de los que derivan o pueden derivarse, bien cobros o

pagos entre residentes y no residentes, bien transferencias al o del extranjero, bien la adquisición o cesión (a título oneroso o lucrativo) de bienes o derechos en el extranjero por parte de residentes, o en España por parte de no residentes (señalan los actos los artículos 1 de la L.40/1979 y del R.D 1816/1991).

El término *transacción*, en materia de control de cambios, puede entenderse como cualquier movimiento de bienes o valores entre dos países, de cualquier naturaleza (instrumentos de pago, valores mobiliarios, créditos, bienes muebles o inmuebles) y cualquiera que sea su fuente (ley, contrato, testamento, incluso delito o cuasi delito).

Por *transferencia* se entiende el movimiento de fondos consecuencia de un acto jurídico principal, o bien cuando no existe más que un sólo sujeto, el movimiento de fondos que se realiza de un lugar a otro, o de una cuenta a otra, entre el país de residencia del sujeto que la realiza y el extranjero¹⁵.

En cuanto a la forma en que deben efectuarse los cobros y pagos entre residentes y no residentes, así como las transferencias al o del exterior, el artículo 5.1 del R.D 1816/1991 impone como norma de principio que deberán efectuarse a través de una entidad de depósito inscrita en los Registros Oficiales del Banco de España (de la lectura del artículo 6.1 se deduce que se refiere a las oficinas operantes en España). Las excepciones que el propio artículo citado establece— contenidas en los artículos 6.1 y 7.1 se refieren a los cobros y pagos entre residentes y no residentes mediante abonos y adeudos en cuentas denominadas en pesetas o en divisas, abiertas por residentes en oficinas operantes en el extranjero, tanto de entidades bancarias o de crédito extranjeras, y de los efectuados en moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador, cifrados en pesetas o divisas, tanto dentro como fuera del territorio español.

No obstante la liberalización de las operaciones subsiste un deber de declaración de la realización de las mismas, cuyo incumplimiento, así como el de solicitud de autorización previa a que se refiere el artículo 4 del R.D. 1816/1991, conllevará la aplicación de las medidas de índole penal o administrativa previstas en la Ley 40/1979 de 10 de diciembre y Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto.

15 ÁLVAREZ PASTOR y EGUIAZU, F.: cit p. 5.

Las infracciones del deber de colaboración por parte de las «Entidades registradas» serán sancionadas de acuerdo con la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre (artículo 10 R.D. 1816/1991).

GEORGINA BATLLE SALES
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad de Murcia