

<b>TRIBUTACIÓN</b>	<b>COEFICIENTES REDUCTORES DE LAS PLUSVALÍAS EN EL IRPF: CUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO</b>	<b>Núm. 31/2005</b>
--------------------	---	-------------------------



**MIGUEL WERT ORTEGA**

*Inspector de Hacienda del Estado*

**(Comentario a la STJCE de 9 de diciembre de 2004, Asunto C-219/03) \***

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), que a partir de la entrada en vigor de la Constitución pasará a llamarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que vamos a comentar se inscribe en la línea de la doctrina de este tribunal sobre la incompatibilidad con el ordenamiento comunitario de toda disposición de un Estado miembro que limite el disfrute de un determinado beneficio fiscal a los bienes, derechos o servicios nacionales discriminando, por tanto, a los del resto de los Estados miembros. En este caso, lo destacable de este pronunciamiento es que se refiere a una norma española, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), y en concreto la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF, Ley 40/1998, de 9 de diciembre (en la actualidad disp. trans. novena del RDLeg. 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLIRPF).

La lectura de esta sentencia da pie a reflexionar, y éste va a ser el objeto de este comentario, sobre tres cuestiones. En primer lugar, sobre la justificación de la regulación contenida en dicha disposición transitoria de la Ley del IRPF. En segundo lugar, sobre la doctrina fijada por el órgano jurisdiccional europeo sobre los límites exigidos por los tratados a la imposición directa de los Estados miembros. Por último, sobre el procedimiento jurisdiccional europeo y el significado y efectos de las resoluciones del tribunal.

Antes de abordar estas cuestiones conviene realizar una breve reseña de los aspectos más interesantes de la sentencia. La Comisión demanda ante el Tribunal de Justicia al Reino de España porque considera que lo establecido en la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998 del IRPF

\* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 263, febrero 2005.

incumple lo dispuesto en el Tratado de la Comunidad Europea (Tratado CE) sobre libertad de prestación de servicios (art. 49 del Tratado CE) y de movimientos de capitales (art. 56 del Tratado CE) y las correlativas normas del Acuerdo del Espacio Económico Europeo. Esa disposición transitoria hace referencia a la aplicación de los coeficientes reductores de las plusvalías, multiplicados por el número de años transcurridos entre la adquisición y el 31 de diciembre de 1994, que fueron establecidos por el Real Decreto-Ley 7/1996 para las transmisiones patrimoniales de bienes adquiridos antes de la fecha indicada. Estos coeficientes reductores son tres: el 25% para las acciones que cotizasen en alguno de los mercados secundarios de valores regulados en la Ley 24/1988 del mercado de valores, el 11,11% para los inmuebles y el 14,28% para el resto de los bienes. Como los mercados de valores regulados en la Ley 24/1988 son únicamente los mercados españoles, eso significa que a las acciones o valores cotizadas en mercados de otros países comunitarios se les aplica el porcentaje reductor del 14,28% frente a las cotizadas en mercados españoles que se les aplica el 25%. Por tanto, están beneficiadas las plusvalías derivadas de valores cotizados en mercados españoles, ya que la plusvalía sobre la que tributa es menor e incluso en menos tiempo están exentas. Esta discriminación en contra de los valores que cotizan en mercados distintos del español supone a juicio de la Comisión y del tribunal una vulneración de lo establecido en el Tratado CE sobre libre prestación de servicios y libertad de movimientos de capitales. El demandado, el Reino de España, reconoció, o no adujo razones en contra, que tal norma incumplía esos principios, pero alegó que en el momento en que se interpone el recurso se había corregido la normativa por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF, que modificó el artículo 35 de la Ley IRPF (actualmente, art. 35 del RDLeg. 3/2004, de 5 de marzo), precepto en el que se establece la forma de determinar el importe de la ganancia o pérdida patrimonial. Antes de esa modificación el artículo 35 contenía una regla especial para el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial referida a la transmisión de valores admitidos a mercados secundarios de valores regulados en la Ley 24/1988, es decir, la misma delimitación que sirve para la aplicación de los coeficientes reductores, y tras la Ley 46/2002 este cálculo se amplía a todos los mercados incluidos en la Directiva 93/22/CEE, esto es, todos los mercados secundarios de cualquier país de la Unión Europea. Sin embargo, la Comisión entiende que aunque se modificó a los efectos de determinación de la ganancia o pérdida el ámbito de los mercados de valores incluidos en la norma, no se estableció ninguna disposición que modificase la disposición transitoria novena o que la derogase. Pero, la circunstancia determinante del fallo, por la que se declara que el Reino de España ha incumplido el Tratado, es que en el momento en que finalizó el plazo para contestar el dictamen motivado, que fue de 2 meses, no se había modificado la normativa, es decir, no se había producido aún la aprobación de la mencionada ley.

## **1. CUESTIÓN DE FONDO: LA APLICACIÓN DE LOS COEFICIENTES REDUCTORES A LAS GANANCIAS PATRIMONIALES DE BIENES ADQUIRIDOS ANTES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1994**

La aplicación de esos coeficientes reductores tiene su origen en la reforma llevada a cabo en 1991 del tratamiento de los incrementos y disminuciones de patrimonio. Aunque, en principio, podría pensarse que los coeficientes reductores representaban un sistema sencillo de eliminar las plusvalías meramente monetarias debidas a la inflación y, por tanto, habrían sustituido a los coeficientes

de actualización que con anterioridad se aplicaban al valor de adquisición, lo cierto es que este sistema supone algo distinto. En efecto, hasta la Ley 18/1991 el método utilizado en el IRPF para corregir las plusvalías monetarias era la aplicación de los coeficientes de actualización a los valores de adquisición, fórmula que podemos considerar ortodoxa, aunque fuese criticada por la falta de realismo de los coeficientes que se aprobaban cada año. El legislador de 1991 cambia radicalmente de orientación: en lugar de corregir el valor de adquisición, lo que corrige es directamente los incrementos y disminuciones de patrimonio en función del período de permanencia del activo en el patrimonio del sujeto pasivo.

Señalábamos que este sistema era algo distinto a la mera corrección de la inflación porque lo que realmente se instauró fue un modelo, conocido como de «memoria finita», por el que «el impuesto procede a un olvido progresivo de los incrementos en función de su antigüedad, para, al cabo de un determinado lapso de tiempo, declarar su exoneración total de gravamen»<sup>1</sup>. Este método se basaba en la aplicación de unos coeficientes reductores al incremento o disminución de patrimonio por cada año de permanencia que excediera de dos. El coeficiente general era el 7,14% por cada año de permanencia que excediera de dos, lo cual suponía que al cabo de 15 años el incremento se reducía a cero y no tributaba. Sin embargo, cuando se tratase de incrementos derivados de acciones admitidas a cotización en mercados secundarios de valores previstos en la Ley 24/1988 y el Real Decreto 710/1986<sup>2</sup> el coeficiente era el 11,11%, por lo que después de 10 años el incremento dejaba de tributar. Por último, en el caso de inmuebles el porcentaje era el 5,26% y, por lo tanto, dejaba de tributar a los 20 años.

Hay que advertir que la aplicación de un coeficiente diferente no sólo se basaba en el tipo de activo, sino para un mismo tipo, por ejemplo valores, también se diferenciaba por su procedencia, pues se sujetaban a tipos distintos según se negociasen en mercados secundarios españoles, cuyo porcentaje era el 11,11%, o se negociasen en otro tipo de mercado, donde se sometían al porcentaje general del 7,14%.

La razón del establecimiento de estos porcentajes no fue explicada por el legislador. Pero es obvio que existía un interés en favorecer a ciertos tipos de activos, principalmente a las acciones cotizadas en Bolsa y, por otro lado, se penalizaba a los inmuebles.

Se ha señalado que lo que se pretendía era someter a gravamen las plusvalías que tuviesen un carácter especulativo, reduciendo o incluso exonerando del impuesto las que se obtuvieran a largo plazo. Conforme a este criterio, para el legislador, a efectos de su calificación como especu-

<sup>1</sup> CARBAJO VASCO, D.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio*. Editorial Praxis, 1993, pág. 366.

<sup>2</sup> El artículo 31 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores define lo que a efectos de dicha ley se consideran mercados secundarios de valores de la siguiente forma: «Son mercados secundarios oficiales de valores aquellos que funcionen regularmente, conforme a lo prevenido en esta ley y en sus normas de desarrollo, y, en especial, en lo referente a las condiciones de acceso, admisión a negociación, procedimientos operativos, información y publicidad» y previene que la creación «deberá ser autorizada, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el Gobierno o, en el caso de mercados de ámbito autonómico, por la Comunidad Autónoma con competencias en la materia». Es decir, se exige que el mercado sea español.

lativo o a largo plazo, debía diferenciarse entre los distintos tipos de inversiones. Las referidas a los bienes inmuebles requerirían más tiempo para dejar de ser especulativas y las de valores cotizados menos.

Un problema destacado por la doctrina de este tratamiento era que se aplicaba por igual a incrementos y disminuciones, lo que determinaba un efecto contrario en unas y otras, pues el transcurso del tiempo, que supone un beneficio si lo que obtiene el contribuyente es un incremento, le perjudica en el caso de disminuciones pues desciende el importe de ésta que puede integrar en su base, e incluso podía conducir a la paradoja de que verdaderas minusvalías se convirtiesen en incrementos. En definitiva, las contradicciones de este régimen llevaron a una opinión muy crítica por parte de la doctrina, que resaltó la vulneración de la capacidad contributiva e incluso su posible inconstitucionalidad<sup>3</sup>.

El Real Decreto-Ley 7/1996 reformó radicalmente el régimen de tributación de las plusvalías y eliminó la corrección mediante los coeficientes reductores. Pero estableció un régimen transitorio para respetar los derechos adquiridos hasta 1996, si bien acelerando la aplicación de los coeficientes duplicando o más los mismos: 11,11% para los inmuebles, 14,28% en general y 25% para los de acciones admitidas a negociación en mercados secundarios oficiales, porcentajes de los que quedaban excluidas las disminuciones. Este régimen se incorporó a la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998.

En este punto llegamos al recurso que comentamos, en el que sale a la luz otro punto oscuro de la regulación de las plusvalías de 1991, y es que el establecimiento de un porcentaje de reducción más elevado para los valores negociados en la Bolsa española que el de los negociados en otras Bolsas europeas representa una discriminación contraria al derecho comunitario.

Lo que resulta curioso es que la discriminación existe desde que se aprobó el régimen de la Ley de 1991 y, como ocurre en muchos otros casos, tanto en el ámbito de la jurisdicción europea como en el de la nacional, no se advierte sino hasta 10 años después y, además, en un momento en que su aplicación era residual y estaba a punto de cambiarse la normativa que lo originaba.

En efecto, la Ley 46/2002 modifica en el artículo 35 de la Ley 40/1998 las referencias a la Ley del Mercado de Valores por la Directiva 93/22/CEE. En consecuencia, equipara el tratamiento de las plusvalías producidas en las acciones cotizadas en mercados secundarios españoles con el de valores cotizados en mercados contemplados en la Directiva 93/22/CEE, es decir, con mercados de valores de cualquier país de la Unión Europea. Sin embargo, la Ley 46/2002 no hacía ninguna referencia a la disposición transitoria novena.

<sup>3</sup> PÉREZ ROYO, I.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Marcial Pons, 1992, pág. 226. También se manifiesta claramente la crítica a esta regulación en la obra *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del impuesto*. Dirigida por Vicente ARCHE DOMINGO, F. Editorial Colex, 1993, págs. 420 y ss.

## 2. RESPETO DE LOS PRINCIPIOS Y LIBERTADES COMUNITARIOS POR LA IMPOSICIÓN DIRECTA

Ni para el Tratado CE en la actualidad, ni para la Constitución en el futuro, la fiscalidad constituye una competencia de la Unión Europea, sino que su regulación sigue estando en manos de los Estados miembros. No obstante, esta atribución a los Estados de la competencia no significa que no existan reglas de carácter comunitario que los ordenamientos nacionales deben cumplir. En primer lugar, porque existen normas armonizadoras a las que se tiene que ajustar la regulación fiscal de los países comunitarios, armonización que ha desarrollado su campo de acción fundamentalmente respecto a la imposición indirecta (IVA e I.I.EE.) y sólo muy limitadamente ha afectado a la imposición directa. Pero, también la capacidad normativa de los Estados está condicionada por la necesidad de respetar los principios y libertades básicas que impone el ordenamiento comunitario. La forma en que los derechos nacionales se deben adecuar a estos principios y libertades ha sido objeto de examen en muchas ocasiones por el TJCE, que a través de sus decisiones ha consolidado una doctrina, que podemos calificar de sólida, en la materia.

El fundamento básico se encuentra en el principio de no discriminación, recogido en el artículo 12 del Tratado CE, según el cual: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad». Por otro lado, las disposiciones por las que se reconocen las cuatro libertades básicas, la libre circulación de los trabajadores (art. 39 del Tratado CE) <sup>4</sup>, la libertad de establecimiento (art. 43 del Tratado CE) <sup>5</sup>, la libertad de movimiento de capitales (art. 56 del Tratado CE) <sup>6</sup>, y la de prestación de servicios (art. 49 del Tratado CE) <sup>7</sup>, no son más que manifestación concreta del principio de no discriminación.

El TJCE ha reconocido que las normas en materia de libertades comunitarias se aplican a la legislación nacional relativa a los impuestos directos. En concreto, las decisiones de este tribunal

<sup>4</sup> «1. La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.»

<sup>5</sup> «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales.»

<sup>6</sup> «1. En el marco de las disposiciones del presente Capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

2. 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.»

<sup>7</sup> «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación.»

sobre compatibilidad de la regulación nacional de la imposición directa con el ordenamiento comunitario se han relacionado con el cumplimiento de las libertades fundamentales establecidas en el Tratado y no con el artículo 12, que no se ha aplicado en este ámbito.

No vamos a entrar en el estudio de la doctrina del TJCE sobre estas cuestiones <sup>8</sup>, que obviamente excede de la finalidad de este comentario, pero a título de breve aproximación al tema podemos reseñar algunos de los principales pronunciamientos:

- a) En relación con la libre circulación de los trabajadores, que impide discriminar a un trabajador que se desplaza a otro Estado para prestar un trabajo respecto al tratamiento que dicho Estado dispensa a sus nacionales, entre otros casos citamos: la Sentencia de 8 de mayo de 1990 (caso *Bielh*) <sup>9</sup>; Sentencia de 28 de enero de 1992 (caso *Bachman*) <sup>10</sup>; Sentencia de 14 de febrero de 1995 (caso *Schumaker*, NFJ005254) <sup>11</sup>; Sentencia de 12 de mayo de 1998 (caso *esposos Gilly*, NFJ006196); Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (caso del *Sr. Groot*, NFJ013962) y la más reciente de 1 de julio de 2004 (caso del *Sr. Wallentin* y el *Riksskatteverket*, NFJ017021) <sup>12</sup>;
- b) En relación con la libertad de establecimiento, que supone el derecho a constituir y gestionar empresas en otro Estado en igualdad de condiciones con los nacionales de ese Estado, destacamos: Sentencia de 28 de enero de 1986 (caso *Comisión contra Francia*) <sup>13</sup>; Sentencia de 13 de julio de 1993 (caso *Commerbank*, NFJ003032) <sup>14</sup>; Sentencia de 11 de agosto de

<sup>8</sup> «Nos remitimos a las excelentes monografías sobre la materia», de las que citamos dos: GARCÍA PRATS, F.A.: *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. Tecnos, 1998 y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Imposición directa y no discriminación comunitaria*. Edersa. 2000.

<sup>9</sup> Se refiere a un alemán que trabaja en Luxemburgo y al cambiar de residencia este último Estado le deniega la devolución de las retenciones que le corresponden.

<sup>10</sup> Un alemán con residencia en Bélgica, al que este último Estado deniega la deducción de las primas de seguro con una aseguradora alemana. Aunque en Bélgica no estaban gravadas las rentas derivadas de las prestaciones del seguro, en Alemania sí lo estaban, y dado que el Sr. Bachman planeaba volver a Alemania cuando se retirase, se producía un supuesto de doble imposición. El TJCE, aunque reconoce que existe discriminación, concluye que está justificada porque, acogiendo el argumento de la coherencia del sistema fiscal, Bélgica no podría gravar las rentas del seguro cuando se jubilase.

<sup>11</sup> Ciudadano belga que trabajaba en Alemania sin obtener ninguna renta en Bélgica. La conclusión es que Alemania sometiese a gravamen como un no residente sin permitir las deducciones reconocidas a los residentes es un caso de discriminación contrario al derecho comunitario.

<sup>12</sup> En la que se considera discriminación contraria al derecho comunitario que una persona física que no tenga su domicilio fiscal en ese Estado miembro, pero que perciban en él rendimientos del trabajo y que sólo hayan percibido en su propio Estado de residencia ingresos que, por su naturaleza, están exentos del impuesto sobre la renta, tributen mediante una retención sin que se apliquen las deducciones vinculadas a la situación personal del contribuyente, a las que tienen derecho los contribuyentes domiciliados en ese mismo Estado en la tributación general de los ingresos que hayan percibido en ese mismo Estado y en el extranjero.

<sup>13</sup> Referida a la diferencia de trato en Francia entre el establecimiento permanente y las sociedades francesas porque aquéllas no podían deducir el impuesto pagado por las sociedades francesas en las que participaban.

<sup>14</sup> Que trata sobre la discriminación en relación con los establecimientos permanentes en el Reino Unido porque no se les reconocía el derecho a obtener intereses en la devolución de ingresos indebidos.

1995 (caso *Wielockx*)<sup>15</sup>; Sentencia de 27 de junio de 1996 (caso *Asscher*)<sup>16</sup>; Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (caso *Saint Gobain*, NFJ008298)<sup>17</sup> y Sentencia de 13 de abril de 2000 (caso *Baars*, NFJ008797).

- c) En relación con el libre movimiento de capitales, que consagra la obligación de los Estados de eliminar todas las restricciones a la libre circulación de capitales y de pagos entre los Estados, seleccionamos las siguientes: Sentencia de 23 de septiembre de 1988 (caso *Van Eycke/Aspa*); Sentencia de 15 de julio de 2004 (caso consortes «*Weidert-Paulus*», NFJ018397) y Sentencia de 17 de julio de 2004 (caso *Sra. Lenz*, NFJ017420)<sup>18</sup>.
- d) En relación con la libre prestación de servicios, que impide las restricciones a los servicios e impone la supresión de toda diferencia de trato o discriminación entre el prestador de un servicio comunitario con respecto al nacional, entre otras, reseñamos las siguientes: Sentencia de 28 de abril de 1998 (caso *Safir*)<sup>19</sup>; Sentencia de 28 de octubre de 1999 (caso *Vestergaard*, NFJ009071); Sentencia 3 de octubre de 2002 (caso *Sr. Danner*, NFJ013037) y la de 26 de junio de 2003 (caso *Skandia/Sr. Ramstedt*, NFJ014747)<sup>20</sup>.

Como resumen de la doctrina del TJCE sobre la influencia de las libertades comunitarias en el derecho propio de los Estados, podemos señalar que lo fundamental para que entren en juego las prohibiciones del Tratado es que las situaciones que se examinen sean similares o comparables y que no concurra ninguna de las causas de justificación de la discriminación (como la coherencia del sistema fiscal, la reciprocidad, el riesgo de evasión fiscal, etc.) que ha aceptado el TJCE como excepciones a los incumplimientos del derecho comunitario.

<sup>15</sup> Que considera discriminatoria la deducción en Holanda por contribuciones a una reserva de jubilación reconocida para los residentes en Holanda que no se permite para los no residentes.

<sup>16</sup> Que declara la incompatibilidad con el derecho comunitario del gravamen a los no residentes en Holanda para el tramo inferior de la escala de un tipo superior al que corresponde a los residentes.

<sup>17</sup> Que aprecia infracción del derecho comunitario respecto a un establecimiento permanente situado en Alemania y explotado por una sociedad de capital con domicilio social en otro Estado miembro que no se beneficie, en las mismas condiciones que las sociedades de capital con domicilio social en Alemania, de determinadas ventajas fiscales.

<sup>18</sup> Considera contrario al principio la normativa que permite elegir entre el impuesto de carácter liberatorio a un tipo del 25 por 100 y el impuesto ordinario sobre la renta con aplicación de un tipo reducido a la mitad únicamente a los titulares de rendimientos de capital de origen austríaco, mientras que prevé que los rendimientos de capital procedentes de otros Estados miembros quedan sujetos necesariamente al impuesto ordinario sobre la renta sin reducción del tipo, no pudiendo justificarse la negativa conceder a los titulares de rendimientos del capital procedentes de otros Estados miembros las ventajas fiscales concedidas a los titulares de rendimientos del capital de origen austríaco por la circunstancia de que los rendimientos de las sociedades establecidas en otros Estados miembros estén sujetos en éste a una imposición poco elevada.

<sup>19</sup> Referida a la diferencia de trato en Suecia en relación con las obligaciones fiscales derivadas de un contrato de seguro según se trate de compañías que operen con establecimiento en Suecia o sin él.

<sup>20</sup> En el que se afirma que existe incumplimiento en el caso de un seguro suscrito con una aseguradora establecida en otro Estado miembro y que cumple todos los requisitos de un seguro de pensiones complementario establecido por el derecho nacional, salvo el de que se haya suscrito con una aseguradora establecida en el territorio nacional, reciba un trato diferente desde el punto de vista fiscal, con efectos en materia de impuestos sobre la renta que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden ser menos favorables.

En el caso examinado no hay lugar a dudas sobre la existencia de una discriminación desde el punto de vista de la libertad de prestación de servicios, porque el tratamiento desfavorable que se dispensa a los mercados de valores comunitarios no españoles constituye una forma de restringir el acceso a la prestación de servicios de esos mercados a las sociedades españolas en cuanto éstas preferirán la Bolsa española frente a otras bolsas de la Unión Europea. La medida también atenta a libre circulación de capitales en cuanto dificulta la negociación de los valores españoles en los mercados europeos.

Por otro lado, no cabe plantearse la posible incidencia de una causa de justificación porque en ningún momento se alegó por el Estado demandado y, en consecuencia, no fue objeto de consideración por el tribunal.

Así pues, la sentencia que se comenta no presenta grandes novedades respecto al reconocimiento de la discriminación. Ésta es aceptada pacíficamente por el Estado infractor y se compromete a restablecer los principios incumplidos. Como se indicará más adelante, el aspecto más destacado de esta sentencia radica en la controversia que surge entre las partes sobre la suficiencia de la medida adoptada por el gobierno español para subsanar el incumplimiento.

### **3. EL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL EN LOS CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE RESPETAR EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO**

Dentro de las diversas clases de recursos que resuelve el TJCE, en el desempeño de su misión de garantizar el respeto de los Tratados comunitarios y demás disposiciones de las instituciones, el recurso por incumplimiento, categoría en la que se incluye el que estamos comentando, es el que controla la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho comunitario a los Estados miembros. Éste se encuentra regulado en los artículos 226 a 228 del Tratado CE y puede ser interpuesto por la Comisión o por un Estado miembro. En el caso que estamos examinando fue presentado por la Comisión, a través del procedimiento previsto en el artículo 226 del Tratado CE <sup>21</sup>.

Antes de promover el recurso ante el TJCE, se abre una fase previa o precontenciosa que consta de dos etapas. En la primera, constatada la controversia, la Comisión se dirige al Estado poniéndole de manifiesto el posible incumplimiento para que éste presente sus explicaciones sobre la cuestión discutida, requerimiento que lleva el nombre de carta de emplazamiento. Una vez contestada esa carta de emplazamiento, si las explicaciones son suficientes de manera que convencen a la Comisión de que no existe tal infracción o se pone remedio al incumplimiento por parte del Estado,

<sup>21</sup> En este artículo se señala: «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia».

el procedimiento finaliza con ese acuerdo o conciliación entre la Comisión y el Estado. En el supuesto de que la respuesta a la carta de emplazamiento no sea satisfactoria para la Comisión, se abre la segunda etapa, en la cual la Comisión emite un dictamen motivado en el que fija un plazo al Estado, que suele ser breve, de dos meses, para que solucione el incumplimiento y por tanto apruebe o modifique la normativa. Si el Estado cumple lo indicado en el dictamen dentro del plazo fijado por la Comisión se termina el procedimiento. Si, por el contrario, no cumple lo exigido en el dictamen o lo cumple fuera de plazo, la Comisión podrá interponer el recurso ante el Tribunal de Justicia.

La sentencia tendrá autoridad de cosa juzgada y se limitará a constatar la existencia del incumplimiento, siendo la Comisión la que deberá determinar las medidas necesarias para que el Estado cese el incumplimiento. El Estado estará obligado a suprimir con efecto retroactivo las consecuencias de la infracción. Si no cumple, el TJCE, a requerimiento de la Comisión, podrá imponer el pago de una cantidad a tanto alzado o una multa coercitiva.

Pues bien, esta sintética presentación del procedimiento de resolución de los casos de incumplimiento por parte de los Estados del ordenamiento comunitario sirve para introducir la cuestión básica en la que se funda la sentencia del tribunal: el recurso es procedente si al finalizar el plazo fijado en el dictamen motivado para que se solucione el incumplimiento el Estado no ha llevado a cabo los actos o disposiciones precisas para superar la infracción cometida.

#### 4. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

En la sentencia se describe el camino por el que discurrió el procedimiento de incumplimiento contra España. La Comisión inició el procedimiento mediante escrito de requerimiento o carta de emplazamiento enviada el 23 de abril de 2001, al constituir un obstáculo contra la libertad de circulación de capitales y prestación de servicios el régimen de porcentajes reductores de las plusvalías aplicable a las adquisiciones anteriores al 31 de diciembre de 1994. El Gobierno español contestó mediante un escrito de 1 de agosto de 2001 en el que reconocía o no negaba que existiese esa diferencia de trato pero aducía que afectaba a un pequeño número de contribuyentes y que la cuestión se iba a abordar en una próxima reforma fiscal. La contestación no satisfizo a la Comisión que continuó el procedimiento mediante la emisión de un dictamen motivado el 22 de marzo de 2002, en el que le concedía un plazo de 2 meses para subsanar la infracción. Es decir, el plazo vencía, suponiendo que el dictamen fuera notificado a finales del mes de marzo, a finales del mes de mayo de 2002. España contestó el 25 de junio reiterando que en breve se modificaría la normativa.

Como señalamos, la modificación anunciada en las contestaciones a la carta de emplazamiento y al dictamen motivado fue la introducida por la Ley 46/2002, que entró en vigor el 1 de enero de 2003 y que en este punto afectó al artículo 35 de la Ley del IRPF, esto es, el precepto que establece la forma de determinar la ganancia o pérdida patrimonial para los valores que coticen en un mercado secundario. Con anterioridad a esta modificación dicho precepto se refería a «valores admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles» y a raíz de esa

ley se amplía a los valores definidos en la Directiva 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo, es decir, los mercados oficiales de los Estados miembros de la Unión Europea. Pero no se contenía ninguna modificación directa de la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998, ni de la transitoria octava de la Ley 18/1991 que se mantenían en vigor por la anterior.

En la sentencia se señala que «la Comisión consideró que la referida ley no modificaba las disposiciones controvertidas de la normativa española e interpuso el presente recurso ante el Tribunal de Justicia». Interesa subrayar esta breve mención a la postura de la Comisión porque, a mi modo de ver, aquí radica la cuestión que centra el debate entre las partes. El Gobierno de España entendía que con la aprobación de la reforma del artículo 35 de la Ley del IRPF, que extendía la forma de determinación de las plusvalías en el caso de transmisión de valores cotizados a todos los mercados reconocidos en los Estados miembros, había desaparecido la discriminación contra los mercados del resto de los Estados miembros. De esta posición se deduce que para la Administración española a efectos de aplicar los porcentajes reductores se asimilarían el resto de los mercados de la Unión Europea a los españoles y, por lo tanto, les sería aplicable también el porcentaje del 25%. En cambio, para la Comisión con la reforma del artículo 35 no bastaba, sino que habría que modificar expresamente la disposición transitoria novena.

El tribunal no resuelve esta incógnita, porque no entra a considerar si la Ley 46/2002 supone la eliminación de las infracciones denunciadas. La sentencia se apoya en el tenor del artículo 226 del Tratado CE, en el que se señala que lo que se enjuicia en el recurso es la situación de incumplimiento o no de la legislación del Estado en el momento en que vence el plazo concedido para corregir la situación en el dictamen motivado y como en esa fecha, recordemos que sería en torno al mes de mayo de 2002, aún no se había aprobado la Ley 46/2002, el tribunal debe declarar el incumplimiento.

Pues bien, esta decisión, a la que no cabe reprochar nada desde el punto de vista de la legalidad, teniendo en cuenta el tenor del artículo 226 del Tratado CE, deja abierta la solución de la cuestión debatida. El tribunal no entró en el fondo de la cuestión y, en consecuencia, no resolvió la controversia que se había suscitado entre la Comisión, demandante, y España, como Estado demandado. Pero, es evidente que en ejecución del fallo la cuestión se podrá volver a plantear y si subsisten las diferencias de criterio entre la Comisión y España, le tendría que corresponder al tribunal decidir sobre el asunto. En efecto, la posición del Gobierno de España puede ser que el cumplimiento de la sentencia se produjo con la aprobación de la Ley 46/2002 y, en consecuencia, no tiene que llevar a cabo ninguna reforma adicional. Por el contrario, la Comisión, si continúa con su criterio, considerará que habría que haber modificado expresamente la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF.

La pregunta que cabe realizar es quién tiene razón, si la Comisión al entender que al no haberse modificado la disposición transitoria seguía subsistiendo la discriminación, pues el porcentaje del 25% sólo sería aplicable a los valores cotizados en mercados españoles y para el resto de la Unión Europea el porcentaje sería el 14,28%, o si la razón estaría del lado de la posición española y habría que entender que la disposición transitoria debía interpretarse a la luz de la nueva redacción del artículo 35.

Lo cierto es que si la Administración española considera que la entrada en vigor de la Ley 46/2002 ha supuesto la modificación *de facto* del ámbito al que se aplica el porcentaje del 25%, que ahora hay que extender a todo mercado secundario de valores oficial de la Unión Europea, es obvio que en la práctica ha desaparecido la discriminación. La Administración española admitirá en las transmisiones de valores adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994 realizadas a partir de 1 de enero de 2003 que se aplique el 25% por cada año que exceda de dos entre el 31 de diciembre de 1996 y la fecha de adquisición. Y esta conclusión ha sido confirmada por la contestación a una consulta tributaria de fecha 7 de julio de 2003, NFC018251 <sup>22</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Es indudable, porque ha sido reconocido por el tribunal en otros casos similares y así lo señala el recurso de la Comisión y se acepta implícitamente por el Estado denunciado, que el establecer un tratamiento diferente a efectos de la tributación de las ganancias o pérdidas patrimoniales por el IRPF para un mismo tipo de bienes o derechos, valores cotizados en mercados secundarios en este caso, según que se refieran o se negocien en el mercado nacional o en el de otros territorios de la Unión Europea, supone una discriminación que atenta a las libertades comunitarias, en este caso, la de circulación de capitales y la de prestación de servicios.

En el caso que se plantea no se pone en cuestión la Ley del IRPF en su conjunto, la totalidad de las diferencias de trato entre valores cotizados en mercados españoles y valores cotizados en otros mercados comunitarios existentes en la misma, sino únicamente la que se refería a la aplicación de los coeficientes reductores. Y lo cierto es que esa misma diferenciación se establecía cuando se regulaba la forma de cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial en el artículo 35 de la Ley del IRPF (L 40/1998), con anterioridad a la modificación llevada a cabo por la Ley 46/2002, al igual que ocurría en el artículo 46 de la anterior Ley del IRPF (L 18/1991).

<sup>22</sup> En la consulta se preguntaba sobre el coeficiente de reducción aplicable a la venta de unas acciones que cotizan en el EASDAQ (mercado de valores creado de conformidad con las disposiciones de la Directiva de servicios de inversión: Directiva 93/22/CEE del Consejo) y cuya fecha de adquisición es el 27 de septiembre de 1991. En la contestación se indica que: «Por tanto, y conforme con esa distinción previa del cálculo de la ganancia patrimonial establecida en el artículo 35.1 a) y b) de la Ley 40/1998, el coeficiente reductor aplicable será el del 14,28% por cada año de permanencia (entre la fecha de adquisición y el 31 de diciembre de 1996) que exceda de dos.

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto se ve modificado desde 1 de enero de 2003 con la nueva redacción dada al artículo 35.1 a) y b) de la Ley del Impuesto por los apartados uno y dos del artículo decimoséptimo de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de No Residentes (BOE del día 19). Así, con la nueva redacción de las normas específicas de valoración hay que distinguir entre «valores admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993 (...)» y «valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993 (...)».

Esta nueva regulación normativa comporta que si la venta de las acciones se efectúa en 2003 el porcentaje de reducción aplicable (disp. trans. novena) sería el 25%, lo que conllevaría la no sujeción de la ganancia patrimonial al haber transcurrido más de cinco años entre la fecha de adquisición de las acciones y el 31 de diciembre de 1996.

Por consiguiente, llama la atención que existiendo la discriminación entre mercados españoles y el resto de mercados oficiales de la Unión Europea desde hace bastantes años, y referida no sólo a los porcentajes sino también a la regla de cálculo de la ganancia o pérdida, se haya planteado ahora, pasados 10 años desde que se aprobó el régimen de abatimiento, sin que se incluyese la discriminación en cuanto a la forma de cálculo.

La sentencia declara el incumplimiento de España porque en el momento en que vencía el plazo fijado en el dictamen motivado para subsanar la infracción no se había modificado la legislación que lo provocaba.

Sin embargo, esta resolución no tiene en cuenta, porque su aprobación se produjo con posterioridad, que por la Ley 46/2002 se asimilaba, a los efectos de la aplicación de la norma (art. 35 de la Ley del IRPF) que regula la forma de cálculo de las ganancias o pérdidas patrimoniales, los mercados oficiales del resto de los países de la Unión Europea a los mercados españoles. La duda que centró el debate entre las partes, la Comisión y el Reino de España, pero que en la sentencia no se despeja, es si bastaba la reforma del artículo 35 para entender modificada la norma (transitoria novena) por la que se determinan los porcentajes reductores aplicables o era necesaria la expresa modificación de tal norma. De todos modos, como demuestra la contestación a una consulta formulada sobre este particular, la interpretación que está siguiendo la Administración española es que, a efectos de los coeficientes a partir del 1 de enero de 2003 se aplica el 25% tanto para valores cotizados en mercados españoles como para valores cotizados en mercados oficiales de otros Estados miembros.

Como es previsible que la contienda se mantenga en la ejecución de la sentencia se volverá a plantear la cuestión ante el tribunal, que ahora ya sí tendrá que decidir sobre la controversia suscitada.

Por consiguiente, esta sentencia pone de relieve la importancia que en los recursos por incumplimiento tiene la ejecución o cumplimiento del fallo, porque el incumplimiento que es reconocido por el Estado afectado, y que trata de superar mediante una modificación legislativa posterior al momento en que se toma en consideración para dictar la sentencia, tiene que ser examinado de nuevo en la fase de ejecución, verificando si en tal momento, con la nueva normativa ya en vigor, se han subsanado las infracciones detectadas.

Por último, es preciso señalar que la nueva Constitución Europea no va a suponer ningún cambio en las normas comunitarias a las que hemos hecho referencia, pues tanto la formulación del principio de no discriminación y de las libertades como el procedimiento de actuación del Tribunal de Justicia reproducen las normas del Tratado CE que hemos visto.