



La libertad de movimiento de capitales como límite de la lucha contra la evasión fiscal: A propósito de la STJUE de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19, Comisión c. España

Jordi de Juan Casadevall

*Doctor en Derecho, Abogado del Estado Exc.
Socio Área Fiscal, Crowe Legal y Tributario*

Daniel Tarroja Piera

*Abogado, Socio Área Fiscal
Crowe Legal y Tributario*

Extracto

En este trabajo nos proponemos analizar la vinculación de la cláusula general de no discriminación en relación con la libertad de movimientos de capital reconocida por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a la luz de la dilatada jurisprudencia que emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Para ello, partiendo de un breve análisis de las libertades fundamentales que consagra el TFUE, tomaremos en consideración la referente a la libertad de circulación de capitales, para adentrarnos en las restricciones fiscales que suponen una vulneración de dicho principio, cuya expresión más reciente la tenemos en la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19, recaída en relación con el modelo 720 y su riguroso régimen sancionador.

Palabras clave: discriminación fiscal; libre circulación de capitales; proporcionalidad; modelo 720.

Fecha de entrada: 03-02-2022 / Fecha de aceptación: 17-02-2022 / Fecha de revisión: 08-02-2022

Cómo citar: Juan Casadevall, J. de. y Tarroja Piera, D. (2022). La libertad de movimiento de capitales como límite de la lucha contra la evasión fiscal: A propósito de la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19, Comisión c. España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 468, 93-116.



Free movement of capital as a limit in the fight against tax evasion: Regarding Judgment of the CJEU January 27th 2022, C-788/19, Commission v. Spain

Jordi de Juan Casadevall

Daniel Tarroja Piera

Abstract

This paper is aimed to analyse the connection between the general non-discrimination clause and the free movement of capital recognised by Article 63 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), in the light of the long-standing case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). For this purpose, starting with a brief analysis of the fundamental freedoms enshrined in the TFEU, we will take into consideration the one referring to free movement of capital, in order to analyse the tax restrictions that represent a violation of this principle, whose most recent expression can be found in the Judgment of the CJEU of January 27, 2022, case C-788/19, in relation to the Form 720 and its strict penalty regime.

Keywords: tax discrimination; free movement of capital; proportionality; form 720.

Citation: Juan Casadevall, J. de. y Tarroja Piera, D. (2022). La libertad de movimiento de capitales como límite de la lucha contra la evasión fiscal: A propósito de la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19, Comisión c. España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 468, 93-116.



Sumario

1. Discriminación fiscal y libre circulación de capitales
2. El enfoque analítico del TJUE para detectar una discriminación fiscal/violación de libertad comunitaria
3. La libertad de circulación de capitales (art. 258 TFUE) como límite negativo a la lucha contra el fraude fiscal: la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19
 - 3.1. El origen del conflicto, el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, y la Ley 7/2012, de 29 de octubre
 - 3.2. Los precedentes a la Sentencia de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19: la Sentencia de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (*X y Passenheim-van Schoot*), la Sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto C-267/09 (*Comisión/Portugal*) y la Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (*Haley*)
 - 3.3. Las conclusiones alcanzadas por la sentencia respecto a la libertad de circulación de capitales (art. 258 TFUE) como límite negativo a la lucha contra el fraude fiscal
4. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Discriminación fiscal y libre circulación de capitales

La cláusula general de no discriminación tiene su formulación jurídica en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a cuyo tenor «en el ámbito de aplicación de los tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad». El precepto convencional abre la Parte Segunda del TFUE rubricada como «No discriminación y ciudadanía de la Unión». Estamos ante un principio general del Derecho de la Unión que, en cuanto aquí nos interesa, despliega una doble función: constituye un límite negativo a la actuación de todos los poderes públicos, estatales o comunitarios; y ejerce una función instrumental, al eliminar las discriminaciones que entorpecen o dificultan la realización efectiva y progresiva del mercado interior (García Prats, 1998, pp. 27 y ss.). Pero en este concreto ámbito material, la eficacia operativa del artículo 18 del TFUE presenta dos características adicionales. La primera de ellas es que la no discriminación fiscal se erige en el reverso negativo de la igualdad formal, en su doble manifestación de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley. El mandato de no discriminación fiscal emplaza al legislador estatal, y a cualquier operador jurídico interno, a dispensar un trato igualitario a todos los nacionales comunitarios que se hallen en una situación jurídica comparable con los propios nacionales. Por tanto, el efecto de la no discriminación fiscal opera básicamente sobre el legislador nacional, es la conformación de la norma jurídica fiscal, la previsión del concreto supuesto de hecho al que se anuda un efecto jurídico, la que será acreedora en su caso de un reproche jurisdiccional. La técnica legislativa, y la propia política legislativa, de los Estados miembros, se ve condicionada *pro futuro* por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Su jurisprudencia habrá de considerarse en el diseño de la norma fiscal estatal, en el establecimiento del hecho imponible, el tipo de

gravamen, los gastos deducibles, o, en general, de todos los elementos que inciden en la cuantificación de la obligación tributaria.

En segundo lugar, estamos ante una cláusula general que tiene su proyección específica en las cuatro libertades fundamentales enunciadas en los artículos 45, 49, 56 y 63 del TFUE, que funcionan como cláusulas específicas de discriminación en las que se concreta la cláusula general. La genérica interdicción de discriminación fiscal se desenvuelve en la específica tutela de las libertades fundamentales de circulación y, por ende, existe una relación de prevalencia que supone que, apreciada una vulneración de alguna de estas libertades, sea innecesario abordar el eventual incumplimiento del artículo 18 del TFUE. Según reiterada jurisprudencia, detectado el incumplimiento de una cláusula específica de discriminación, se entiende también infringido el artículo 12 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (actual art. 18 TFUE)¹, sin perjuicio de que la exclusión no funcione a la inversa, es decir, que, constatada la compatibilidad comunitaria de la disposición controvertida, se entre en el análisis de un eventual incumplimiento de las cláusulas generales².

Esta prelación unidireccional a favor de la regla específica obliga a concentrar nuestro estudio en la jurisprudencia recaída en torno a la libertad de movimiento de capitales, pero sin abdicar de nuestra posición analítica inicial, que ahora nos exige estudiar la igualdad formal, y la interdicción de la discriminación fiscal, desde la perspectiva de los derechos/libertades fundamentales reconocidos en el ordenamiento primario como elemento constitutivo esencial del *status civitatis* de la Unión Europea (UE). Esta identidad analítica tiene una importante consecuencia metodológica, que es brindar la utilización de la construcción dogmática, seguida en la generalidad de ordenamientos nacionales, para la detección de una posible discriminación fiscal.

El proceso lógico-deductivo empleado por el TJUE para declarar la posible incompatibilidad comunitaria de una disposición estatal es el mismo que se emplea en la tradición jurídica occidental para la identificación de una discriminación injustificada. Y naturalmente, la

¹ Esta ha sido una jurisprudencia constante desde *Van Ameyde* (Sentencia del TJCE de 9 de junio de 1977, asunto 90/76).

² García Prats (1998, pp. 37 y ss.), al analizar la prevalencia de las cláusulas específicas, asigna a la cláusula general una *función subordinada*, cuando se examina la compatibilidad comunitaria de la normativa estatal litigiosa, y una *función complementaria*, cuando se examina su incompatibilidad comunitaria.

Por tanto, tampoco podemos negarle totalmente una cierta autonomía analítica. En este sentido, la jurisprudencia ha aplicado a la inversa la cláusula de prevalencia, y ha entendido que, constatado que una disposición no infringe ninguna de las libertades fundamentales, cabe examinar si incurre en una infracción de la prohibición de discriminación, conectada a las cláusulas generales no solo del artículo 12 del TCE (actual art. 18 TFUE), sino también del artículo 18 del TCE (actual art. 21 TFUE). Un ejemplo reciente lo encontramos en *Rüffler* (Sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-544/07), sobre la que volveremos más adelante.

terminología acuñada para identificar las diversas variables de discriminación, con alguna excepción, tiene también la misma filiación dogmática.

En una primera aproximación, la discriminación fiscal consiste en la aplicación de normas tributarias distintas a situaciones comparables, o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes³. Pero, partiendo de la tradición de los sistemas jurídicos nacionales fielmente reflejada en la jurisprudencia del TJUE, podemos precisar más el concepto. En este sentido, habrá discriminación cuando se otorgue un trato fiscal diferente a situaciones similares, o un trato igual a situaciones diferentes, siempre que no concurra una justificación objetiva y razonable de interés general, y que ese tratamiento diferenciado no sea desproporcionado para satisfacción del fin legítimo perseguido.

La libertad de movimientos de capital constituye la cuarta libertad fundamental de circulación, junto con la de mercancías, personas y servicios, que conforma no solo un mercado interior integrado, sino también un auténtico *status civitatis* de libertades económicas en la UE. En rigor, se desdobra en dos libertades distintas: la libre circulación de capitales y de pagos. La libre circulación de pagos reviste una naturaleza eminentemente instrumental respecto de las demás libertades, que sin ella carecerían totalmente de sentido. De poco serviría afirmar la libre circulación de mercancías, eliminar restricciones a la repatriación de dividendos o proclamar la libre concurrencia a la prestación de servicios, si no van acompañadas de la inexistencia de trabas administrativas o fiscales a la circulación de los medios de pago.

Su delimitación respecto a la libre circulación de capitales se produce en *Luisa y Carbone* (asuntos acumulados 286/82 y 26/83), en el que el Tribunal de Luxemburgo identifica los pagos con las transferencias de divisas que constituyen la contraprestación económica de una transacción subyacente, y los movimientos de capital con las operaciones de inversión financiera que no remuneran un bien o servicio. Según la citada sentencia, la libre circulación de pagos goza de efecto directo desde la finalización del periodo transitorio (de 31 de diciembre de 1969). Por el contrario, la realización de la libre circulación de capitales ha sido progresiva y culmina con la adopción de la Directiva 88/361/CEE, que establece la plena liberalización de los movimientos de capitales.

Con el Tratado de Maastricht se produce la constitucionalización del derecho derivado, y se alude explícitamente a la imposición directa. El artículo 56 del TCE (antiguo art. 73 B) consagra la libre circulación de capitales y pagos, y emplaza a los Estados miembros a eliminar todas las restricciones nacionales al movimiento de capitales, proyectando su radio de acción no solo respecto de las relaciones intracomunitarias, sino también respecto a las relaciones de nacionales comunitarios con terceros Estados, cualquiera que sea la nacionalidad o residencia de los demás sujetos implicados. Con el Tratado de Lisboa, su regu-

³ *Klöckner-Werke* (Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1962, asunto 17/61).

lación se incorpora a los artículos 63 y siguientes del TFUE, también con esa proyección respecto de residentes o bienes situados en terceros Estados.

Un ejemplo es el fallado en la Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-101/05), en el que se enjuició la legislación sueca que establecía una exención tributaria para los dividendos distribuidos por una sociedad anónima establecida en este país o en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE) en forma de acciones en una filial, pero la denegaba cuando los dividendos eran distribuidos por una sociedad establecida en un país tercero no miembro del EEE, salvo si este celebraba con el Reino de Suecia un convenio que estableciera el intercambio de información. Los Gobiernos alemán, francés y neerlandés alegaron que, a diferencia de lo que ocurre con la liberalización de los movimientos de capitales entre los Estados miembros, cuya finalidad consiste en realizar el mercado interior, la extensión del principio de la libre circulación de capitales a las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros está vinculada a la creación de la unión económica y monetaria. Por consiguiente, la extensión del artículo 56.1 del TCE a países terceros daría lugar a una liberalización unilateral por parte de la UE, sin que esta obtuviera la garantía de que los países terceros procedan a una liberalización equivalente y sin que existieran normas de armonización de la fiscalidad directa.

Por el contrario el abogado general sostuvo que, aunque la liberalización de los movimientos de capitales con los países terceros pudiera perseguir objetivos distintos de la realización del mercado interior, como, entre otros, los de garantizar la credibilidad de la moneda única comunitaria en los mercados financieros mundiales y mantener, en los Estados miembros, centros financieros de dimensión mundial, debe señalarse que el artículo 56.1 del TCE proclama la libertad de movimientos de capitales con terceros países con idéntica fuerza normativa que los que tienen una proyección intracomunitaria. Siguiendo este planteamiento, el TJCE declaró que la normativa fiscal controvertida infringía el artículo 56 del TCE, si bien declaró su compatibilidad con el ordenamiento comunitario al tratarse de una restricción existente con anterioridad a 31 de diciembre de 1993 (art. 57.1 TCE, actual art. 64 TFUE).

La jurisprudencia comunitaria ha tenido un papel muy relevante en el reconocimiento del efecto directo del antiguo artículo 56 del TCE (art. 63 TFUE), su delimitación conceptual con otras libertades comunitarias, la delimitación material de las operaciones incluidas, la determinación de las causas de justificación de las medidas fiscales restrictivas, y ha desplegado una importante función depuradora de las legislaciones nacionales en la variopinta casuística de la que ha conocido.

El efecto directo de este precepto convencional se reconoce en *Bordesa* (Sentencia del TJCE, asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93), *Sanz de Lera* (Sentencia del TJCE, asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y 250/94) y *Verkooijen* (Sentencia del TJCE, asunto C-35/98), y en la determinación material del movimiento de capitales comprendidos en su ámbito de aplicación se establece valor orientativo a los anexos de la Directiva 88/361/CEE en *Verkooijen*, y en otros pronunciamientos relativos al impuesto sobre sucesiones.

El Tribunal de Justicia también se ha preocupado de su deslinde conceptual con la concomitante libertad de establecimiento. Reproduciendo la doctrina ya conocida, ha situado el derecho de establecimiento en la posesión de una participación suficiente en el capital de una entidad que permita al partícipe el ejercicio de una influencia real en las decisiones y actividades de la sociedad participada. Ese ensanchamiento material del derecho de establecimiento, que penetra en el ámbito objetivo de la libertad de movimiento de capitales, se compadece con el acotamiento negativo que hace el propio artículo 65.2 del TFUE (antiguo art. 58.2 TCE), al arrumbar la apreciación de esta última cuando esté imbricada la libertad de establecimiento, de tal suerte que el Tribunal de Justicia solo examinará si se ha conculcado la libre circulación de capitales cuando la normativa fiscal cuestionada no contraenga el derecho de establecimiento del artículo 49 del TFUE (*X e Y II*, asunto C-436/2000).

Al igual que ocurre con las demás libertades comunitarias, la jurisprudencia ha admitido excepciones a su aplicación, que han sido objeto de una interpretación restrictiva. El artículo 65 del TFUE contempla las excepciones de orden público y seguridad pública, y, en materia fiscal, elevando de rango normativo la previsión del artículo 4 de la Directiva 88/361/CEE, permite a los Estados miembros establecer las medidas necesarias para evitar las infracciones a su derecho nacional «en particular, en materia fiscal», lo que, en definitiva, y conforme con la doctrina *Cassis de Dijon*, supone reconocer como la efectividad de controles fiscales y la prevención del riesgo de evasión como excepciones materiales.

Más difícil de establecer es el significado del artículo 65 del TFUE, que parece acoger una cláusula general de exención, cuando reconoce a los Estados miembros el derecho a «aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distinguen entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido el capital». Sin embargo, no podía interpretarse el precepto en sentido opuesto a la consolidada jurisprudencia anterior, ni tampoco de forma contraria a la emanada en relación con las demás libertades comunitarias. En *Verkooijen*, y posteriormente en *X e Y II* (Sentencia del TJCE, asunto C-436/2000), el TJCE absorbe su doctrina sentada con relación a las demás libertades, y sostiene que el diferente trato fiscal basado en la residencia solo será admisible cuando la divergencia de trato se proyecte sobre situaciones que no sean objetivamente comparables o, cuando siendo comparables, no concurren razones imperiosas de interés general que la justifiquen.

A los limitados efectos de nuestro estudio, nos interesan aquí básicamente las restricciones fiscales a los movimientos de capitales. En su acepción técnica, nos hallamos ante uno de los vectores normativos que acotan negativamente la competencia estatal en materia de imposición directa, cuya virtualidad como instrumento de armonización *de facto* irradia muy diversas parcelas de la tributación directa. En este sentido, el TJUE ha declarado la incompatibilidad comunitaria de un amplio abanico de disposiciones fiscales nacionales, que cubren muy diversas parcelas de la imposición directa, de difícil reducción a categorías sistemáticas. En particular, los principales pronunciamientos que se han referido a la eliminación de la doble imposición económica de la percepción de dividendos trans-

nacionales, retención de dividendos pagados a matriz no residente, dividendos de salida, tratamiento de plusvalías, impuesto sobre el patrimonio, o el impuesto sobre sucesiones (determinación de bienes integrantes del caudal relicto, diversidad de reglas valorativas, prórroga de jurisdicción fiscal)⁴.

El último caso fallado por el Tribunal de Luxemburgo es el de la reciente Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022 que ha declarado la disposición introducida por la Ley 7/2012, y su previsión sancionadora, una restricción desproporcionada a la libertad de capitales. Para entender, desde una perspectiva iuscomunitaria, el sentido y alcance de esta relevante sentencia, debemos detenernos previamente en el enfoque analítico habitualmente utilizado por el Tribunal de Justicia, que deja sentir su influjo también en la citada sentencia.

2. El enfoque analítico del TJUE para detectar una discriminación fiscal/violación de libertad comunitaria

El proceso intelectual para el descubrimiento de una discriminación/restricción fiscal, sin perjuicio de alguna que otra reconocida especificidad, responde a un parámetro predefinido. La estructura del razonamiento jurídico utilizado por el TJUE reproduce siempre un mismo esquema lógico-deductivo que, enunciado de forma sintética, es el siguiente: a) análisis de la comparabilidad de situaciones; b) identificación de un tratamiento diferenciado; c) ausencia de causa de justificación; d) test de proporcionalidad⁵.

A) Comparabilidad

La igualdad formal carece de un contenido intrínseco propio. Es un concepto relativo, esencialmente relacional, que exige la comparación de situaciones. Si la discriminación supone dispensar un tratamiento desigual a situaciones similares, o igual a situaciones disímiles, es preciso delimitar con precisión, como primera etapa del proceso deductivo, cuando existe una similitud objetiva en las situaciones comparables, lo que a su vez demanda definir la situación fáctica y jurídica enjuiciada, y aislar, con el mismo grado de precisión, el término de comparación elegido (*tertium comparationis*). Para ello habrá que atender a la naturaleza, alcance y finalidad de la norma, a sus efectos reales o potenciales, con el objeto de descubrir los elementos y condiciones que determinan esa comparación, y concretar el otro término de la comparación, siempre partiendo de su posición concreta ante la norma tributaria y rehuendo un análisis abstracto de su situación jurídica.

⁴ Para un estudio más profundo de la jurisprudencia comunitaria sobre las restricciones fiscales a la libertad de movimiento de capitales, véase nuestro trabajo De Juan Casadevall (2010, pp. 208 y ss.).

⁵ Sobre el particular, véase nuestro trabajo De Juan Casadevall (2009, pp. 13 y ss.).

El análisis de comparabilidad ha sido realizado por el TJCE atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, de una forma generosa y flexible. La mayoría de las sentencias dictadas en materia de imposición directa ha llegado a una conclusión positiva sobre el establecimiento del término de comparación.

B) Tratamiento desigual: ventaja fiscal comparativa

Una vez sentada la comparabilidad de la situación jurídica estudiada y del término de comparación elegido, hay que determinar si concurre una disparidad de efectos jurídicos que sean constitutivos de un tratamiento desigual.

La doctrina ha identificado ese tratamiento discriminatorio con la atribución de una ventaja fiscal a un sujeto incurso en una situación comparable (*sujeto que integra el término de comparación*) y su correlativa ablación al sujeto que padece la desigualdad de trato (*sujeto amparado por el derecho comunitario*).

Pero la indefinición comunitaria de la ventaja fiscal comparativa nos deja de nuevo al albur de la casuística y de los pronunciamientos singulares del TJCE. En términos generales, y sin perjuicio del necesario análisis exhaustivo de ese casuismo judicial, la ventaja fiscal comparativa consiste en la minoración de la carga fiscal del sujeto que integra el término de comparación, respecto de la carga tributaria efectivamente soportada por el sujeto amparado por el derecho comunitario. La mayor onerosidad de su carga tributaria, y la correlativa ventaja fiscal de que se beneficia el término de comparación correctamente aislado, genera un trato fiscal discriminatorio. Su neutralización es el cometido específico del TJUE en la progresiva extirpación de toda distorsión fiscal a la realización del mercado interior.

C) Justificación del tratamiento discriminatorio: «exigencias imperativas de interés general»

Para que una ventaja fiscal comparativa no sea discriminatoria se requiere una justificación o fundamentación racional. Las causas de justificación, sobre la base de la ponderación de los intereses jurídicos en conflicto, excepcionan la antijuricidad de la ventaja fiscal comparativa. Su apreciación descansa en una valoración de un conflicto de bienes jurídicos, de la libertad comunitaria afectada y de un interés general que demanda el sacrificio de aquella. La jurisprudencia comunitaria ha destilado un elenco de *exigencias imperativas de interés general*, en ocasiones con un pálido reflejo en el TFUE, y casi siempre al calor de las alegaciones de los gobiernos nacionales para justificar la medida fiscal cuestionada, que, interpretadas de forma muy restrictiva, justificarían el trato fiscal discriminatorio. Entre las causas de justificación más comúnmente aducidas, y en ocasiones apreciadas por el TJUE, podemos citar la ausencia de armonización, la coherencia del sistema fiscal,

la existencia de un convenio para evitar la doble imposición o, en cuanto aquí nos interesa, la efectividad del control fiscal y la prevención del fraude.

D) Test de proporcionalidad del fin legítimo perseguido

Por último, y como hemos señalado más arriba, no basta con la simple detección de una exigencia imperativa de interés general, para excluir la aplicación de la libertad comunitaria imbricada en una medida fiscal restrictiva, es necesario someter aquella al tamiz del test de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, inducido en el ordenamiento comunitario desde los sistemas jurídicos nacionales, impone una evaluación de las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes en el supuesto enjuiciado, para dilucidar la necesidad y adecuación del sacrificio de la libertad comunitaria a las exigencias de un interés general invocado, y cuya presencia ha sido ya constatada.

Se trata de ponderar la relación existente entre el interés comunitario y los intereses estatales, considerando diversas variables como la competencia estatal o comunitaria, o el grado de armonización existente, con el objeto de determinar el nivel de interferencia de los intereses en conflicto, y la idoneidad de los medios utilizados para alcanzar el fin legítimo propuesto. Aparece aquí, con toda su intensidad, el conflicto de intereses, tensionado por un resorte jurídico muy preciso que es el principio de proporcionalidad, llamado a determinar en qué medida es necesario, adecuado o útil la discriminación fiscal detectada para la tutela de un interés estatal aparentemente prevalente.

Como ha señalado la doctrina, la proporcionalidad impone el análisis de la adecuación de la norma o disposición estatal a los fines legítimos perseguidos. Para ello, opera el *test de utilidad o efectividad*, que determina si aquella responde efectivamente al interés público tutelado, o el *test de necesidad*, que permite descubrir en qué medida la norma estatal restrictiva es necesaria para la consecución del interés legítimo esgrimido, y que, a su vez, conoce una variable en la indagación de medidas alternativas menos restrictivas (*no less restrictive measures test*). El Tribunal de Justicia ha utilizado indistintamente estos criterios, aunque en su última jurisprudencia ha mostrado una cierta preferencia por la búsqueda de medidas alternativas menos restrictivas.

La aplicación de este razonamiento lógico-deductivo nos permite identificar una discriminación justificada, cuando presenta una fundamentación objetiva y razonable resistente al test de proporcionalidad, y una discriminación injustificada, cuando adolece de esos requisitos, y cuya incompatibilidad comunitaria demanda su expulsión del ordenamiento comunitario. Este genérico proceso lógico-deductivo, que se ha inspirado en la cláusula de igualdad y la interdicción de la discriminación de los sistemas jurídicos nacionales, se aplica a las libertades de circulación, cualquiera que sea la modalidad de restricción/discriminación enfrentada.

Este método analítico es el que ha utilizado la reciente Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2021 para concluir que la medida fiscal adoptada es desproporcionada.

3. La libertad de circulación de capitales (art. 258 TFUE) como límite negativo a la lucha contra el fraude fiscal: la Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19

El pasado 27 de enero de 2022 se ha publicado la Sentencia del TJUE recaída en el asunto C-788/19, mediante la cual se ha resuelto el recurso interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España de 23 de octubre de 2019, por el incumplimiento sistemático de los artículos 63 del TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (Acuerdo EEE).

3.1. El origen del conflicto, el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, y la Ley 7/2012, de 29 de octubre

La Sentencia de 27 de enero de 2022 trae causa del requerimiento efectuado el 20 de noviembre de 2015 por la Comisión Europea advirtiendo a las autoridades españolas sobre la eventual incompatibilidad de algunas de las medidas introducidas por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria en la prevención y lucha contra el fraude, que tras las respuestas dadas por el Reino de España, así como del dictamen motivado efectuado por la Comisión en fecha 15 de febrero de 2017, desembocó en la interposición del recurso por incumplimiento del Derecho de la Unión (*infringement procedure* previsto en el art. 258 TFUE) interpuesto por la Comisión Europea ante el TJUE en fecha 23 de octubre de 2019.

Con anterioridad a la Ley 7/2012, de 29 de octubre, se creó la denominada declaración tributaria especial (modelo 750), que fue adoptada mediante la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, a través de la cual se pretendió estimular a la regularización voluntaria de los bienes y derechos ocultos de los contribuyentes ante la Administración tributaria, en la denominada «amnistía fiscal»⁶.

⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional número 73/2017, de 8 de junio, declaró inconstitucional y nula la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, estableciendo la siguiente doctrina constitucional:

Como vimos, el IRPF y, en su integración con él, el impuesto sobre sociedades (con el complemento, uno y otro, del impuesto sobre la renta de no residentes), constituyen los pilares estructurales del sistema tributario a través de los cuales se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad. Esto los convierte en figuras impositivas primordiales para conseguir que el sistema tributario atienda tanto a la justicia tributaria, que exige el artículo 31.1 CE, como a los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad, que imponen los artículos 131.1 y 138.1 CE. [...] Debe concluirse, en

Por medio del indicado mecanismo, se permitió que los contribuyentes pudieran aflorar bienes y derechos que no se correspondieran con sus rentas declaradas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el impuesto sobre la renta de no residentes y en el impuesto sobre sociedades, consiguiendo tras su declaración un tratamiento fiscal común y usual, como si de bienes y derechos que jamás hubiesen estado ocultos al fisco se tratase. El coste fiscal de la regularización efectuada a través de la declaración tributaria especial era de un 10 % del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos ocultos en los que se hubieran invertido las rentas no declaradas procedentes de periodos no prescritos, sin llevar aparejada sanción, interés o recargo alguno, con el límite temporal para su presentación voluntaria hasta el 30 de noviembre de 2012.

De forma complementaria con la anterior medida, la Ley 7/2012, de 29 de octubre, estableció el reverso tenebroso de la regularización voluntaria que se pretendió mediante la declaración tributaria especial, habida cuenta de que creó el «efecto estimulante» para que los contribuyentes aflorasen voluntariamente las rentas y bienes ocultos, pues en caso de que fuesen descubiertos por la Administración tributaria, el régimen que correspondería aplicar sería extremadamente gravoso⁷.

La más reconocida medida implementada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, consistió en el establecimiento de la declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero (modelo 720), que se incorporó como disposición adicional decimoctava en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), estableciendo una nueva obligación formal de carácter informativo y no liquidativo mediante el cual se suministraba a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) el conocimiento de cuentas corrientes y depósitos abiertos en entidades bancarias, valores, derechos, seguros y rentas, bienes inmuebles y derechos sobre los mismos ubicadas en el extranjero, debiendo ser presentadas con carácter general entre el 1 de enero y el 31 de marzo.

En paralelo al establecimiento de esa nueva obligación de carácter formal, se creó un riguroso régimen sancionador para el caso de incumplimiento o cumplimiento tardío de dicha obligación formal consistente en:

suma, que con esta medida normativa se ha afectado a la esencia misma del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el artículo 31.1 CE, al haberse alterado el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes, en unos términos que resultan prohibidos por el artículo 86.1 CE.

⁷ En acertadas palabras de Sánchez Pedroche (2016, pp. 53-112):

la íntima conexión entre una norma que pretendía impulsar la recaudación a través de una regularización voluntaria, con un gravamen atenuado de los bienes y derechos ocultos, y otro conjunto de normas –extraordinariamente disuasorias e intrusivas, hasta unos límites ciertamente desconocidos en nuestro ordenamiento tributario– que se aplicarían en el caso de falta de declaración de aquellos bienes integrados en patrimonios sitos en el exterior.

- La modificación de los artículos 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) y 134 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) (actual 121 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, LIS), que incorporaron un nuevo apartado segundo y sexto, respectivamente, mediante los cuales se estableció la consideración (en todo caso) como una ganancia patrimonial no justificada, integrándose en el periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos, si se descubrieran por la AEAT bienes y derechos respecto de los que no se hubiera cumplido el plazo establecido de presentación de la declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero (modelo 720).
- Junto con la anterior medida, la disposición adicional primera de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, implementó una nueva infracción para el caso de que resultasen de aplicación las previsiones del artículo 39.2 de la LIRPF o 134.6 del TRLIS (actual 121.6 LIS) mediante la imposición de una multa pecuniaria proporcional del 150 % del importe resultante de la cuota íntegra como resultado de la aplicación de los citados artículos.
- Asimismo, también se incorporó mediante la creación de una nueva disposición adicional decimoctava en la LGT, nuevas infracciones para el caso de incumplimiento de la obligación formal de declaración sobre bienes y derechos en el extranjero (modelo 720), consistentes en multas pecuniarias fijas de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos, con un mínimo de 10.000 euros, o de 100 euros por cada dato o conjunto de datos, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración.

Esta tríada sancionadora que acabamos de exponer y que fue implementada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, destinada a combatir la evasión fiscal, fue el origen de las discrepancias entre la Comisión Europea y el Reino de España, que han concluido con la reciente Sentencia de 27 enero de 2022.

3.2. Los precedentes a la Sentencia de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19: la Sentencia de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (*X y Passenheim-van Schoot*), la Sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto C-267/09 (*Comisión/Portugal*) y la Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (*Haley*)

El cuerpo jurisprudencial creado por el TJUE a lo largo de los años ha permitido conocer con detalle los criterios a seguir en múltiples disciplinas que afectan a la diferente legislación de ámbito comunitario, no siendo una excepción la materia tributaria y menos aún,

la doctrina que se ha desarrollado en torno al principio de la libre circulación de capitales reconocida por el artículo 63 del TFUE.

Los tres principales antecedentes que disponíamos de la célebre y exquisita jurisprudencia que emana del más Alto Tribunal comunitario han sido también relacionadas y citadas en la Sentencia de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19, de las que destacamos (entre otras citadas), la Sentencia de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (*X y Passenheim-van Schoot*), la Sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto C-267/09 (*Comisión/Portugal*) y la Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (*Haley*). De todas ellas, el TJUE destaca su extraordinaria similitud con el presente caso (apartado 15 de la sentencia) la Sentencia de 11 de junio de 2009 (*Comisión/Países Bajos*) y la de 5 de mayo de 2011 (*Comisión/Portugal*), en este último procedimiento cumple recordar que el Reino de España participó activamente como parte coadyuvante de la demandada (Portugal).

En la Sentencia de 11 de junio de 2009, asuntos C-155/08 y C-157/08 (*Comisión/Países Bajos*) o también conocida como caso *X y Passenheim-van Schoot*, el TJUE ya analizó la adecuación de la normativa aprobada por los Países Bajos por la que se establecía un plazo general de prescripción de 5 años para los bienes y derechos ocultados a la Administración tributaria, pero que se ampliaba hasta los 12 años, para el caso de que los bienes y derechos procediesen de otro Estado miembro. El TJUE estableció al respecto en los apartados 39 y 40 de la sentencia que reproducimos lo siguiente:

39. Por estas razones, la aplicación a los contribuyentes que residen en los Países Bajos de un plazo ampliado para la liquidación complementaria, en lo que respecta a los activos que poseen fuera de este Estado miembro y a los rendimientos que de ellos obtienen, puede hacer menos atractivo para estos contribuyentes transferir activos a otro Estado miembro, con el fin de beneficiarse de los servicios financieros allí ofrecidos, que mantener dichos activos y obtener servicios financieros en los Países Bajos.

40. De ello resulta que **una legislación como la cuestionada en el litigio principal supone una restricción tanto a la libre prestación de servicios como a la libre circulación de capitales, prohibida, en principio, respectivamente por los artículos 49 CE y 56 CE** (la negrita es nuestra).

En el mismo sentido también se pronunció el TJUE en la Sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto C-267/09 (*Comisión/Portugal*), en la que se analizó la adecuación al acervo comunitario respecto a la obligación que se estableció en la normativa nacional portuguesa, que obligaba a los no residentes en Portugal a designar a un representante fiscal residente en Portugal, así como a los residentes que se ausentasen por un periodo superior a 6 meses. Para la Comisión Europea, dicha obligación era contraria a la libre circulación de capitales y la consideró tanto discriminatoria como desproporcionada en relación con el objetivo de consecución de un control fiscal eficaz y de lucha contra la evasión fiscal.

En el presente caso el TJUE consideró que la República Portuguesa había incumplido el artículo 56 del TCE (actual art. 63 TFUE) con base en las siguientes apreciaciones:

42. Sobre este punto procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, **solo cabe admitir una justificación basada en la lucha contra el fraude fiscal cuando tenga por objeto montajes puramente artificiales destinados a eludir la norma fiscal, lo que excluye toda presunción general de fraude.** Por lo tanto, una presunción general de evasión o fraude fiscal no puede bastar para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los objetivos del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia ELISA, antes citada, apartado 91 y jurisprudencia citada).

43. La obligación de designar un representante fiscal, al imponerse, en particular, a todos los contribuyentes no residentes que perciben rentas sujetas a la presentación de una declaración fiscal, **hace recaer en toda una categoría de contribuyentes, por el mero hecho de no ser residentes, una presunción de evasión o fraude fiscal que no puede por sí sola justificar el menoscabo de los objetivos del Tratado que dicha obligación supone.**

44. Por otro lado, cuando se han hurtado al conocimiento de las autoridades fiscales de un Estado miembro determinados elementos imposables y estas no disponen de ningún indicio que les permita iniciar una investigación, **la obligación de designar un representante fiscal no implica por sí misma la revelación de tales indicios ni suple las supuestas carencias de los instrumentos de intercambio de información resultantes de la Directiva 77/799.**

[...]

46. De lo anterior se deriva que **la obligación de designar un representante fiscal excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de lucha contra el fraude fiscal y que**, en consecuencia, la Comisión puede válidamente afirmar que dicha obligación constituye, para los contribuyentes no residentes que perciban rentas que requieran la presentación de una declaración fiscal, **una restricción injustificada a la libre circulación de capitales consagrada en el artículo 56 CE** (la negrita es nuestra).

El último de los precedentes que también ha sido recordado en la Sentencia de 27 de enero de 2022 (apartados 20 y 22) es el relativo a la Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (*Haley*), en la que el TJUE también fijó criterio respecto a una medida adoptada en relación con el impuesto sobre sucesiones en el Reino de Bélgica, que se concretó en el establecimiento de distintos plazos de prescripción según existiese discrepancia en la valoración de los bienes (en este caso acciones de compañías mercantiles) según su radicación en Bélgica o fuera de ese país.

En el análisis sobre la doble vertiente que efectuó el TJUE, sobre la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales y sobre la justificación de la restricción a la libre circulación de capitales, la sentencia sostuvo:

23. En cuanto a la legislación controvertida en el litigio principal, se desprende de la resolución de remisión que esta legislación conduce a que se establezca **una distinción por lo que se refiere al plazo de prescripción para la valoración de acciones nominativas, a efectos de tributación de una sucesión, en función de la ubicación de la sede de la dirección efectiva de la empresa emisora, habida cuenta de que el plazo de prescripción para la valoración de las acciones emitidas por una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en Bélgica es de dos años, mientras que, cuando las acciones se poseen en una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro, dicho plazo de prescripción es de diez años.**

24. Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción superior a los herederos titulares de acciones de una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro distinto al Reino de Bélgica **puede tener por consecuencia disuadir a los residentes belgas de invertir o de mantener las inversiones en activos situados fuera de dicho Estado miembro**, dado que sus herederos se encontrarán durante más tiempo con la incertidumbre de poder ser objeto de una liquidación tributaria complementaria.

25. **Por consiguiente, dicha legislación nacional constituye una restricción a la libre circulación de capitales, en el sentido del artículo 63 TFUE, apartado 1.**

[...]

31. No obstante, **una restricción a la libre circulación de capitales solo puede aceptarse por dicho motivo si es idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo** (véase, en particular, la sentencia de 28 de octubre de 2010, *Établissements Rimbaud*, C72/09, Rec. p. I-0000, apartado 33 y jurisprudencia citada).

32. Ahora bien, aun suponiendo que la legislación nacional controvertida en el litigio principal sea adecuada para alcanzar los objetivos relativos a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales y de combatir el fraude fiscal, **procede destacar que tal legislación va más allá de lo necesario para alcanzarlos.**

33. **En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el plazo de liquidación en caso de que se oculten a las autoridades tributarias activos procedentes del ahorro o de rendimientos derivados de esos activos resulta que deben distinguirse dos hipótesis, la primera correspondiente a una situación en la que los elementos imponibles se han ocultado, y dichas autoridades no disponen de indicio alguno que permita emprender una investigación, y la segunda correspondiente a una situación en la que las autoridades tributarias disponen de información relativa a dichos elementos imponibles** (sentencia de 11 de junio de 2009, *X y Passenheim-van Schoot*, C155/08 y C157/08, Rec. p. I-5093, apartados 62 y 63).

[...]

39. Se sigue de lo anterior que la aplicación de un plazo de diez años para valorar las acciones que se poseen en una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en un Estado miembro distinto al Reino de Bélgica no está justificada en la medida en que la aplicación general de tal plazo no depende en modo alguno del lapso de tiempo necesario para recurrir eficazmente a mecanismos de asistencia mutua o a otros medios alternativos que permitan averiguar el valor de dichas acciones.

40. Del conjunto de consideraciones anteriores resulta que procede responder a la cuestión planteada que **el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que en materia de derechos de sucesión establece un plazo de prescripción de diez años para la valoración de acciones nominativas de una sociedad de la que el causante era accionista y cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro, mientras que ese mismo plazo es de dos años cuando la dirección efectiva está establecida en el primer Estado miembro** (la negrita es nuestra).

El resultado de la Sentencia de 27 de enero de 2022 dictada por el TJUE era el esperado a tenor de la jurisprudencia preexistente por parte del TJUE, lo que supone un toque de atención al legislador español, por cuanto el establecimiento de algunas medidas adoptadas por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, ya eran en el momento de aprobación de la indicada ley conocidas por ser contrarias al Derecho de la Unión. Pero no por esperada ha sido menos sorprendente, en especial tras las conclusiones efectuadas por el abogado general del TJUE, presentadas el 15 de julio de 2021, en las que destacó la ausencia probatoria, así como una deficiente motivación y justificación de las denuncias planteadas por parte de la Comisión Europea; conclusiones que hicieron temer un desenlace muy distinto al acontecido pero que, a la luz de la jurisprudencia del TJUE que ya había analizado supuestos prácticamente idénticos con anterioridad, dichos criterios han prevalecido por encima de las conclusiones efectuadas por el abogado general.

Las tres Sentencias del TJUE reproducidas y que han sido consideradas por el propio tribunal en la Sentencia de 27 de enero de 2022 hubiesen podido constituir una valiosa advertencia para el legislador español cuando se iniciaron los trabajos de redacción normativa correspondientes previos a la aprobación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, habida cuenta de que todos los pronunciamientos del TJUE sobre la adecuación al principio a la libre circulación de capitales (art. 63 TFUE) de todas aquellas medidas tendentes a la ampliación sin justificación de los plazos de prescripción, así como también de aquellas medidas que, bajo la apariencia de lucha contra el fraude fiscal, imponen obligaciones desmesuradas a contribuyentes residentes fiscales en un Estado miembro de la UE respecto a residentes en otros Estados miembros de la UE, ya habían sido censuradas con anterioridad por el propio TJUE.

3.3. Las conclusiones alcanzadas por la sentencia respecto a la libertad de circulación de capitales (art. 258 TFUE) como límite negativo a la lucha contra el fraude fiscal

En la Sentencia de 27 de enero de 2022, el TJUE efectúa el mismo doble análisis de adecuación a los principios y derechos reconocidos en el TFUE, como realiza de forma habitual en sus sentencias; por un lado, analiza la posible existencia de una restricción de los movimientos de capitales (art. 63 TFUE), y en caso afirmativo, posteriormente analiza la justificación de la medida adoptada por el Estado miembro que permita o avale la restricción a la libre circulación de capitales (por todas, la Sentencia de 28 de octubre de 2010, asunto C-72/09, *Établissements Rimbaud*).

Respecto a la posible existencia de una restricción de los movimientos de capitales el TJUE sostiene (apartados 18 a 20):

18. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, constituyen, en particular, restricciones a los movimientos de capitales, en el sentido del artículo 63 TFUE, apartado 1, las medidas impuestas por un Estado miembro que pueden disuadir a los inversores de ese Estado de realizar inversiones en otros Estados, o que pueden impedirles o limitar sus posibilidades de hacerlo [véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C478/98, EU:C:2000:497, apartado 18; de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania, C112/05, EU:C:2007:623, apartado 19, y de 26 de mayo de 2016, NN (L) International, C48/15, EU:C:2016:356, apartado 44].

19. En el caso de autos, la obligación de declarar los bienes o derechos situados en el extranjero mediante el «modelo 720» y las sanciones vinculadas al incumplimiento o al cumplimiento imperfecto o extemporáneo de dicha obligación, que no tienen equivalente en lo que respecta a los bienes o derechos situados en España, establecen una diferencia de trato entre los residentes en España en función del lugar de localización de sus activos. Esta obligación puede disuadir a los residentes de ese Estado miembro de invertir en otros Estados miembros, impedirles hacerlo o limitar sus posibilidades de hacerlo y constituye, por tanto, como ya declaró el Tribunal de Justicia en relación con una normativa que tenía como objetivos garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar contra el fraude fiscal derivado de la ocultación de activos en el extranjero, una restricción a la libre circulación de capitales, en el sentido de los artículos 63 TFUE, apartado 1, y 40 del Acuerdo EEE (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de junio de 2009, X y Passenheim-van Schoot, C155/08 y C157/08, EU:C:2009:368, apartados 36 a 40).

20. El hecho de que esta legislación vaya dirigida contra los contribuyentes que ocultan sus activos por motivos fiscales no desvirtúa esta conclusión. En efecto, el hecho de que una normativa tenga como objetivos garantizar la eficacia de los controles fiscales y luchar contra el fraude fiscal no es óbice

para que se declare la existencia de una restricción a los movimientos de capitales. Estos objetivos únicamente se cuentan entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar el establecimiento de tal restricción (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de junio de 2009, X y Passenheim-van Schoot, C155/08 y C157/08, EU:C:2009:368, apartados 45 y 46, y de 15 de septiembre de 2011, Halley, C132/10, EU:C:2011:586, apartado 30) (la negrita es nuestra).

Y en relación con la posibilidad de que la normativa discutida justifique suficientemente la restricción a la libre circulación de capitales, ha establecido (apartado 24):

24. En el caso de autos, dado que la información de que disponen las autoridades nacionales en relación con los activos que sus residentes fiscales poseen en el extranjero es, globalmente, inferior a la que poseen en relación con los activos situados en su territorio, aun teniendo en cuenta la existencia de mecanismos de intercambio de información o de asistencia administrativa entre los Estados miembros, la normativa controvertida resulta adecuada para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos. No obstante, debe comprobarse si no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

A partir del análisis preliminar de adecuación a los principios fundacionales de la UE, el TJUE procede a analizar la tríada sancionadora denunciada por la Comisión Europea ante el TJUE, así como su adecuación a los principios fundacionales de la UE (test de proporcionalidad).

A) Sobre la proporcionalidad de la calificación de los activos poseídos en el extranjero como ganancias patrimoniales no justificadas, sin posibilidad de acogerse a prescripción

En relación con las medidas de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, que significaron la incorporación de los apartados segundo y sexto de los artículos 39 de la LIRPF y 134 del TRLIS (actual 121 LIS), que en definitiva suponían la integración en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen de imprescriptibilidad, respecto de aquellos bienes y derechos que no hubiesen sido declarados en tiempo en el modelo 720, generando una presunción *iruis et de iure* de fraude fiscal, el TJUE efectúa dos precisiones importantes con referencia a su propia jurisprudencia que rigen la toma de decisión sobre esta cuestión.

En primer lugar, nos recuerda el TJUE según su reiterada jurisprudencia que por el mero hecho de que un contribuyente posea bienes o derechos fuera del territorio de un Estado miembro, no puede sostenerse una presunción general de fraude o evasión fiscal, recordando al efecto las conclusiones alcanzadas en su Sentencia de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02 (*Lasteyrie du Saillant*), en la que estableció que «el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión

fiscal. La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro, ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado», o también en su Sentencia de 7 de noviembre de 2013, asunto C-322/11 (K), en la que concluyó que «la mera circunstancia de que un contribuyente residente adquiera un inmueble situado en otro Estado miembro, que transmite posteriormente con pérdidas, no puede invocarse para justificar una presunción general de fraude fiscal ni servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado».

Seguidamente, el TJUE analiza los diferentes aspectos previstos por los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS (actual 121.6 LIS), sosteniendo que dichos mecanismos permiten en realidad proceder a la Administración tributaria sin límite temporal de sujeción, y aun considerando la posibilidad de aplicación de la doctrina de la *actio nata*, o conocida por el brocardo latín *actio nondum nata non praescribitur* (que habilitaría a la Administración desde el momento que tuviese un conocimiento tempestivo de la disposición de bienes y derechos por el contribuyente en el extranjero), produce en la práctica un efecto de imprescriptibilidad o en las propias palabras del tribunal «equivalgan a prolongar indefinidamente el periodo durante el cual puede efectuarse la imposición o que permitan dejar sin efecto una prescripción ya consumada».

Al efecto como ya se estableció en la Sentencia de 11 de junio de 2009, asuntos C-155/08 y C/157/08 (X y Passenheim-van Schoot), el legislador nacional ha errado en la configuración de un régimen de prevención y lucha contra el fraude fiscal que establece e incorpora una medida que prolonga la prescripción *ad infinitum*, pues con dicho plazo ampliado (o infinito) la legislación del Estado miembro va más allá de lo necesario para la consecución de los objetivos contra el fraude fiscal, ya que suponen una clara vulneración flagrante del principio de seguridad jurídica (apartado 39 de la sentencia).

B) Sobre la proporcionalidad de la multa del 150 %

Respecto a la infracción regulada en la disposición adicional primera de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, que conlleva la imposición automática de una sanción del 150 %, el TJUE advierte, nuevamente, que si bien los Estados miembros están facultados para definir las sanciones que consideren oportunas para la materialización de la lucha contra el fraude fiscal, dichas deben respetar los principios generales del Derecho de la Unión y, en consecuencia, el principio de proporcionalidad intrínseco al establecimiento de cualquier disposición sancionadora, como ya advirtió en la Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-262/99 (Louloudakis).

El TJUE valora negativamente el establecimiento de una multa con un tipo proporcional (150 %) como el establecido, en el que, además, se acumularían no solo el propio efecto de

la regularización tributaria, previsto por los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS (actual 121.6 LIS), sino que además también se deberían computar las sanciones de carácter fijo por el incumplimiento de la presentación tempestiva y correcta del propio modelo 720, lo que tendría como consecuencia que el incumplimiento objetivo de la obligación sobre bienes y derechos en el extranjero llegase a superar el 100 % del valor de esos bienes o derechos. En estas circunstancias para el TJUE resulta evidente y probado que dichas medidas no son proporcionales y suponen una evidente restricción a la libre circulación de capitales reconocida por el artículo 63 del TFUE.

C) Sobre la proporcionalidad de las multas de cuantía fija

El último de los aspectos analizados por el tribunal se corresponde con el régimen sancionador incorporado por la disposición adicional decimoctava de la LGT, por el que se estableció el régimen infractor relativo a los incumplimientos formales vinculados con la cumplimentación y presentación del modelo 720.

En este caso el tribunal pone de relieve la diferencia de trato existente entre las sanciones establecidas por el incumplimiento de las obligaciones declarativas, bien por ser incompletas, inexactas o extemporáneas, pero en las que no existe un perjuicio económico para la Hacienda pública (arts. 198 y 199 LGT), con unos importes fijos de cuantía muy inferior, en comparación con las previstas para idénticos incumplimientos de una obligación declarativa y no liquidativa como es el modelo 720, pero que afecta a los bienes y derechos que se tengan en el extranjero.

El TJUE concluye que siendo comparables las conductas previstas en ambos tipos infractores, la vulneración del principio de proporcionalidad resulta evidente en la comparación de las consecuencias sancionadoras que comportan cada tipo infractor, lo que supone una restricción desproporcionada a la libre circulación de capitales.

4. Conclusiones

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, el principio de libre circulación de capitales y su necesario respeto se erige como un auténtico límite al establecimiento de cualquier medida o decisión por parte del legislador de cualquier Estado miembro que motive una medida de lucha contra el fraude fiscal.

El Tribunal de Luxemburgo aplica el razonamiento jurídico esquematizado en el presente estudio, para la toma de la decisión basada en: a) análisis de la comparabilidad de situaciones; b) identificación de un tratamiento diferenciado; c) ausencia de causa de justificación; d) test de proporcionalidad. Por tanto, la ausencia de justificación de una auténtica causa que vaya más allá de la genérica lucha contra el fraude y la evasión fiscal en la adopción de

medidas por parte de los Estados miembros, así como la necesaria superación del test de proporcionalidad entre el fin perseguido y la medida adoptada, se erigen como indispensables para la validación de la medida legislativa. Este análisis metodológico ha sido el que, nuevamente, ha seguido el TJUE en la Sentencia de 27 de enero de 2022, asunto C-788/19, relativa al modelo 720 y su tríada sancionadora.

Para el TJUE, las presunciones generales de fraude o evasión fiscal no son admisibles en el ordenamiento jurídico comunitario y la adopción de cualquier tipo de medida en tal sentido ha sido proscrita por el tribunal en múltiples pronunciamientos, como en la Sentencia de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02 (*Lasteyrie du Saillant*), debiendo efectuar el preceptivo análisis de comparabilidad (caso por caso) como también se establece, entre otras, en la Sentencia de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97 (*Centros*).

A partir de la correspondiente identificación del tratamiento diferenciado, el tribunal analiza si se producen las correspondientes causas de justificación entre el fin perseguido por la normativa y la conculcación del principio fundamental que pueda ser vulnerado, como, entre otras, encontramos en los apartados 33 a 36 de la Sentencia de 7 de noviembre de 2013, asunto C-322/11 (*K*) o también en los apartados 55 y siguientes de la Sentencia de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 (*Haribo Lakritzen*) y C-437/08 (*Österreichische Salinen AG*).

Por último, si se aprecia que la normativa del Estado miembro pueda significar un quebrantamiento de los principios fundamentales (como la libre circulación de capitales), corresponde efectuar el test de proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin perseguido, habida cuenta de que, aun siendo apropiada para dicho objetivo, no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo, como encontramos, entre otras, en la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 (*Manninen*), de 14 de septiembre de 2006 (*Musicologia Walter Stauffer*) o de 11 de octubre de 2007, asunto C-451/05 (*Elisa*).

En definitiva, la metodología utilizada por el TJUE (reiterada de forma pacífica e incontestada en su jurisprudencia) permite al legislador del Estado miembro conocer con carácter preliminar si las medidas legislativas que vayan a ser adoptadas por dicho Estado constituyen una singularización razonada y objetiva que permita matizar el cumplimiento de las libertades fundamentales que preconiza el TFUE o si, por el contrario, en caso de encontrarnos ante una discriminación injustificada, la medida aprobada será incompatible con el ordenamiento comunitario, erigiéndose en una norma estéril ya *ab initio* cuyo recorrido será irremediablemente la expulsión del marco normativo comunitario, con las consecuencias inherentes a efectos de la responsabilidad legislativa en las que haya incurrido el Estado infractor.



Referencias bibliográficas

Juan Casadevall, J. de. (2009). La cláusula comunitaria de no discriminación en la tributación directa: el enfoque analítico del TJCE. *Quincena fiscal*, 21, 13-34.

Juan Casadevall, J. de. (2010). *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa*. Thomson Reuters Aranzadi.

García Prats, F. A. (1998). *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. Tecnos.

Sánchez Pedroche, J. A. (2016). Modelo 720 o la flagrante vulneración del Derecho Comunitario y la CE. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 404, 53-112.