

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRI MAYRAS
presentadas el 4 de julio de 1978 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

I. Gracias al completo informe para la vista presentado por el Juez Ponente, el Tribunal de Justicia recuerda, sin duda, los hechos que ocasionaron la presente remisión prejudicial por parte de la Court of Appeal (Criminal Division), así como el texto de las cuestiones presentadas por este órgano jurisdiccional.

Los tres apelantes en el litigio principal fueron acusados ante la Crown Court de Canterbury de haber intentado importar ilegalmente 3.400 Krugerrands al Reino Unido. Dos de ellos, que habían exportado entre el 7 de agosto de 1974 y el 26 de mayo de 1975, 40,39 toneladas de monedas de aleación de plata acuñadas en el Reino Unido, fueron acusados de haber planeado eludir la prohibición, por entonces en vigor, de exportar tales monedas.

Uno de los apelantes se declaró culpable ante la Crown Court pero, a continuación, todos ellos alegaron que no debían respon-

der a acusación alguna dado que las prohibiciones relativas a la importación y a la exportación de dichas monedas eran contrarias a las disposiciones del Tratado de Roma. La Crown Court rechazó esta tesis, sin recurrir al procedimiento del artículo 177.

A continuación, declarándose culpables, recurrieron en apelación y el Tribunal que conoció del asunto en segunda instancia decidió plantear ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

El objeto material del delito son las monedas de oro y de plata.

A. Las monedas de oro son *Krugerrands*. Aún hoy son regularmente acuñadas por la Cámara minera de Johannesburg que, de este modo, da salida a una parte del oro producido en la República de Africa del Sur; constituyen una exportación, nada despreciable de dicho país. En la República Federal de Alemania, es fundamentalmente la International Gold Corporation (Inter-Gold) de Stuttgart quien se encarga de darles salida.

* Lengua original: francés.

El estatuto legal de los Krugerrands es el siguiente: en su país de emisión estas monedas constituyen, en principio, un medio legal de pago. Por lo general, una moneda únicamente se considera como tal en el país en donde ha sido emitida. Puede, no obstante, ocurrir que constituya un instrumento legal de pago en otros lugares (tal es el caso del franco belga en el Gran Ducado de Luxemburgo). Es preciso, sin embargo, atenerse a la realidad de las cosas: en Africa del Sur, para obtener Krugerrands, en cantidad por otra parte limitada, los particulares deben inscribirse con mucha antelación y pagar su contravalor en divisas fuertes, no pudiendo evidentemente utilizar los Krugerrands así obtenidos para pagar sus compras corrientes. Por tanto, estas monedas no se utilizan, de hecho, «normalmente» como medio legal de pago.

El estatuto legal de los Krugerrands dentro de la Comunidad Económica Europea dista mucho de estar claro. En determinados Estados miembros, se pueden comprar y vender libremente en cantidades ilimitadas, con sujeción al pago del Impuesto sobre el Valor Añadido cuando éste sea exigible; en el momento de producirse los hechos, ni la base ni el tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido que gravaba estas monedas era uniforme. Volveré más adelante sobre este punto.

Las operaciones relativas a Krugerrands se realizan, en general, al menos cuando se trata de cantidades considerables, a través de bancos que desempeñan entonces la función de verdaderas bolsas de mercancías, como las que existen para las materias

primas, tales como cereales, azúcar, café, etc.

Dichas operaciones pueden adoptar la forma, bien de adquisición de un certificado que acredita la propiedad de un determinado número de monedas, quedando éstas depositadas en las cajas del banco, o bien de una compra acompañada de la entrega material de las monedas. No obstante, tanto en uno como en otro caso, la operación es fundamentalmente la misma.

B. *En lo que se refiere a las monedas de plata en litigio*, se trata de monedas inglesas de six pence, de 1 shilling, de 1 florín (2 shillings) y de 1 media corona (2 shillings six pence). Todas estas monedas dejaron de acuñarse en 1947, pero aún pueden servir como medio legal de pago en el Reino Unido hasta un determinado importe, con la excepción, desde el 31 de diciembre de 1969, de las medias coronas, aunque el Banco de Inglaterra todavía acepta estas últimas. Todas estas monedas objeto de una activa búsqueda, ya que, con la inflación, el valor del metal puro que contienen sobrepasa su valor nominal. En el presente caso, se trata en total de 40,39 toneladas y el «beneficio» obtenido se elevaría a cerca de un millón de libras esterlinas.

Leyendo la sentencia del órgano jurisdiccional de primera instancia y la del de apelación, parece que los apelantes eran simples traficantes que actuaban por cuenta de la empresa Agosi (Allgemeine Gold- und Silberscheideanstalt), de Pforzheim, en la

República Federal de Alemania, y posiblemente también de otras empresas inglesas de corredores de metales (Bullion Brokers), en concreto Ayrton Metals de Londres.

El campo de actividad de la empresa Agosi abarca la compra y venta de metales preciosos, el refinado y la elaboración de sus aleaciones para todo tipo de usos. La famosa Degussa, antiguamente Roessler, de Frankfurt que, a su vez, ejerce también sus actividades en el campo de los metales preciosos y de los productos químicos, posee el cuarenta por ciento de su capital. Esta empresa presenta, por otra parte, la particularidad de ser un establecimiento bancario autorizado y de ejercer una actividad bursátil. Figura entre el escaso número de empresas cuyos lingotes de oro y de plata puros son aceptados en todos los mercados mundiales y admitidos en las bolsas de metales de Londres, Nueva York y Chicago.

Fue la empresa Agosi quien entregó a los apelantes las monedas de oro de que se trata y parece que los acusados intentaron pasarlos, o tenían que hacerlo, a la empresa Ayrton Metals que, sin duda, debía venderlos, a su vez, a clientes residentes en el Reino Unido.

En cuanto a las monedas de plata, estaban destinadas a ser refundidas por la empresa Agosi para la extracción del metal puro. Dichas monedas le fueron vendidas por los apelantes al precio comercial normalmente aceptado de su valor en plata.

Los apelantes explican que, para el pago del precio, la empresa Agosi utilizó cuatro medios de pago distintos:

- cheque emitido en libras esterlinas con cargo a la cuenta de la empresa en Londres,
- pago en metálico en marcos alemanes,
- transferencia a la cuenta bancaria de uno de los apelantes en Londres,
- en parte, mediante uno de los medios anteriormente citados y, en parte, mediante la entrega a uno de los apelantes de Krugerrands (1.900 unidades).

El precio de venta de los Krugerrands se estableció conforme al precio de mercado al cual dichas monedas circulaban libre y legalmente en aquella época en la República Federal de Alemania.

La empresa Agosi alega, por su parte, que continúa siendo propietaria de los 1.500 Krugerrands restantes, puesto que al parecer los cheques entregados en pago por los apelantes no fueron pagados.

El órgano jurisdiccional de apelación sólo motivó su decisión en lo que se refiere a la primera cuestión planteada al Tribunal de Justicia. En lo que respecta a las cuestiones relativas a la posible aplicabilidad del ar-

título 36 y al alcance de las disposiciones que figuran en el Capítulo 4 del Título III del Tratado de Roma, es decir, sobre la circulación de capitales, debemos remitirnos a la decisión del órgano jurisdiccional de primera instancia.

II. La respuesta a la primera cuestión *determina la solución del litigio*. Mediante esta cuestión, el Juez pide al Tribunal de Justicia que califique estas monedas, los Krugerrands y las monedas de plata inglesas, con arreglo al Derecho comunitario: en una palabra, querría saber si se trata de *mercancías* o de *capitales*. Si se trata de mercancías en el sentido del Derecho comunitario, están sometidas a las disposiciones del Capítulo 2 del Título I de la Segunda Parte, relativas a la supresión de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros y a las medidas de efecto equivalente, que obstaculicen la libre circulación de mercancías, tanto a la importación (artículo 30) como a la exportación (artículo 34), a menos que resulten de aplicación las disposiciones del artículo 36 del Tratado.

Si, por el contrario, se trata de capitales en el sentido del Derecho comunitario, las transferencias relativas a estas monedas están sometidas a las disposiciones del Capítulo 4 del Título III (es decir, de los artículos 67 a 73 del Tratado) y el órgano jurisdiccional inglés querría conocer el alcance práctico de estas normas en el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar al litigio.

No creo posible que el Tribunal de Justicia responda a esta cuestión en la manera directa en que le ha sido planteada. No obstante, haré frente al problema, por razones de claridad.

En apoyo de la calificación de «mercancías», se pueden exponer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, desde el punto de vista del Derecho interno británico, se puede extraer un argumento del propio texto de las normas, tanto en materia de importación como de exportación, que los apelantes fueron acusados de haber infringido.

La Import, Export and Customs Powers (*Defence*) Act 1939, considerada en el contexto político de la época, tenía por objeto «controlar la importación, la exportación, el cabotaje (carriage coastwise) de *mercancías* (goods) y el embarque de *mercancías* como provisiones de a bordo, para facilitar la aplicación de la ley relativa a estos aspectos y la ley relativa al comercio con el enemigo [...]».

Esta «Act» continúa estando en vigor en las relaciones con terceros países, pero debe interpretarse que ha sido derogada, o al menos modificada por la European Communities Act 1972 sobre la adhesión del Reino Unido, en la medida en que sea contraria a las disposiciones del Tratado de Roma.

Basándose en la Act 1939, se adoptó el Statutory Instrument nº 23, de 1954, titulado «*Import of Goods (Control) Order, 1954*» que establece que «sin perjuicio de las disposiciones del presente Decreto, se prohíbe la importación al Reino Unido de toda mercancía».

Evidentemente, el legislador no se quedó ahí, puesto que una norma tan general habría significado la asfixia de un país como el Reino Unido. Por ello, el artículo 2 añade inmediatamente: «No obstante lo dispuesto en el artículo 1, no estará prohibida la importación de *mercancías* bajo licencia otorgada por el Board of Trade con arreglo a este artículo y conforme a los requisitos establecidos a este respecto.»

De este modo, el Ministro estaba habilitado para autorizar *determinadas* importaciones de manera concreta y otras importaciones de manera general.

Tras la entrada en vigor, el 1 de enero de 1973, del Acta de adhesión y en virtud del principio general de la libre circulación de mercancías establecido por el Tratado de Roma, el Secretary of State for Trade and Industry autorizó, de modo general, las importaciones de mercancías (licencia general de importación abierta) el 5 de julio de 1973, con efectos a partir del 15 de julio siguiente. Con arreglo a dicha autorización, la importación de todos los *artículos de oro*, o de lo que llamaríamos «mercancías de oro», quedaba permitida. Pero el 15 de abril de 1975, el mismo Ministerio adoptó una medida (enmienda nº 10) que prohibía, a

partir del 16 de abril siguiente, salvo autorización *especial*, la importación de medallas, medallones, placas y otros artículos de oro con inscripciones o relieves así como las *monedas de oro*.

Consta, por tanto, como por otra parte destacó el órgano jurisdiccional de primera instancia, que, con arreglo al sistema instaurado el 5 de julio de 1973, la importación al Reino Unido de Krugerrands, que constituirían *mercancías* en el sentido de la Act 1939, *no estaba sometida a restricción alguna* y que, con posterioridad al 16 de abril de 1975, la importación de estas mismas monedas fue sometida al régimen de licencias especiales en concepto de importación de *mercancías*, recayendo bajo el ámbito de aplicación del apartado 304 (b) de la Customs and Excise Act 1969 toda importación de dichas monedas que contraviniera las citadas disposiciones.

En lo que se refiere a la exportación, se puede observar una evolución similar.

En virtud del *Export of Goods (Control) Order 1970*, se prohibió salvo autorización general o especial, la exportación de determinados *bienes*.

El 20 de diciembre de 1972, en vísperas de la adhesión, el Secretario de Estado *autorizó, de manera general*, la exportación de numerosos tipos de *mercancías* (Licencia general abierta, de fecha 20 de diciembre de 1972) y entre ellas las monedas, aparente-

mente para adaptar la legislación del Reino Unido a las disposiciones del artículo 34 del Tratado. Esta autorización fue confirmada el 25 de junio de 1973.

No obstante, en virtud de dos medidas adoptadas el 5 de julio y el 20 de diciembre de 1974, se prohibió la exportación de más de cien unidades de monedas de plata como las que constituyen el objeto de litigio (monedas de plata del Reino Unido anteriores a 1974), salvo *autorización especial*.

Consta también, por tanto, que, tras la adhesión del Reino Unido, la exportación de monedas de plata de ese tipo fue, durante cierto tiempo, autorizada con arreglo a la Act 1939 relativa a las *mercancías*; es probable que, al amparo de este régimen, los apelantes pudieran exportar entre el 7 de agosto de 1974 y el 26 de mayo de 1975, más de 40 toneladas de monedas de plata, sin llamar la atención de la aduana.

Por consiguiente, ateniéndose a la calificación de *mercancías*, realizada en su momento por la legislación del Reino Unido, toda restricción cuantitativa a la importación y a la exportación de estas monedas entre la Comunidad, en su composición original, y el Reino Unido, al igual que entre los nuevos Estados miembros, fue suprimida desde el momento de la adhesión. Las medidas de efecto equivalente a tales restricciones debían ser suprimidas a más tardar el 1 de enero de 1975, con arreglo al artículo 42 del Acta de adhesión.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, el Arancel Aduanero Común dispone, según la nomenclatura para la clasificación de las *mercancías* (Convenio de Bruselas de 15 de diciembre de 1950), que las monedas que no tengan el carácter de objetos de colección (72.01) están exentas de derechos de importación, al igual, por otro lado, que los propios objetos de colección (99.05) y que los billetes de banco firmados y numerados (49.07). Esta exención de derechos en favor de las monedas puede explicarse por el deseo de cada Estado de no privarse de entradas de oro o de plata.

III. *Suponiendo* que las monedas de que se trata sean *mercancías*, la segunda cuestión que plantea el Juez nacional al Tribunal de Justicia, consiste en si alguna de las disposiciones del artículo 36 permite justificar las restricciones en el presente caso. A pesar de que, por razones que expondré más adelante, la respuesta a esta cuestión no me parezca necesaria para la solución del litigio, haré a este respecto las observaciones siguientes:

Hay que distinguir según se trate de importación de Kruggerrands o de exportación de monedas de plata.

1) En lo que se refiere a la importación de monedas de oro, siempre admitiendo que puedan calificarse de *mercancías*, pienso que, contrariamente a lo que considera el órgano jurisdiccional de primera instancia, pero de acuerdo, parece, con el Ministerio Fiscal y, en cualquier caso, con la Comisión y con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en concreto, la sentencia de 19

de diciembre de 1961, Comisión/Italia, 7/61, Rec. p. 633), no pueden invocarse las «razones de orden público» que cita el artículo 36.

Efectivamente, el concepto de orden público que utiliza el artículo 36, no puede invocarse en relación con cualquier decisión adoptada por motivos económicos o, cuando menos, sólo se refiere a consideraciones que, presentando un interés predominante para cada Estado miembro, no poseen, o sólo poseen accesoriamente, un carácter propiamente económico. En el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, no puede invocarse el orden público que contempla el artículo 36 cuando las medidas que se han de adoptar para la salvaguardia del mismo, por razones de urgencia o de oportunidad económica, sean objeto de otras disposiciones del Tratado y cuando, a tal efecto, se hayan establecido disposiciones específicas, como excepción a las normas generales del Tratado, en interés de los Estados miembros o de la Comunidad considerada en su conjunto. Me refiero en concreto a las disposiciones del apartado 2 del artículo 70 y del artículo 73, así como a las que figuran en el Capítulo 2, «Balanza de pagos», del Título II, «Política económica», de la Tercera Parte (artículos 104 a 109).

En otras palabras, el orden público al que alude el artículo 36 no se refiere al orden público *monetario*. Por otra parte, querría evitar dar un matiz *moral* a este concepto de orden público y asimilarlo al concepto de «moralidad pública», a la cual, por otra parte, no parece referirse el Juez nacional.

Suponiendo que la mala gestión monetaria de los propios Estados miembros no pueda justificar el hecho de que se inviertan las rentas disponibles en valores seguros e, incluso si el concepto de «orden público» no está libre de un cierto matiz moral, creo que la preocupación de evitar el atesoramiento o la especulación está comprendida dentro del orden público *monetario*, el cual constituye el objeto de las disposiciones específicas que acabamos de recordar, en concreto del artículo 104, de acuerdo con el cual «cada Estado miembro aplicará la política económica necesaria para garantizar el equilibrio de su balanza global de pagos y mantener la confianza en su moneda, procurando asegurar un alto nivel de empleo y la estabilidad del nivel de precios». El atesoramiento está íntimamente ligado al equilibrio monetario, a la inflación y a la devaluación (Henri Guitton, *La Monnaie*, 1970, p. 276) y el oro «monetario» forma parte de la balanza de pagos (C. Maestriperi, *Cours sur «La libre circulation des capitaux dans la CEE»*, 1973-1975, p. 18).

Como admite el Juez de primera instancia, el recurso al orden público del artículo 36 no podría, pues, justificar *prima facie* las restricciones impuestas a la importación de Kruggerands.

2) Más delicado es el problema que plantea, en relación con el artículo 36, la exportación de monedas de plata del tipo aquí examinado. En la medida en que dichas monedas han sido «desmonetizadas», lo que ocurrió desde finales de año 1969 con las monedas de media corona, podríamos preguntarnos si la preocupación por mantener

la masa de moneda fraccionaria de curso legal en el Reino Unido puede justificar las restricciones a su exportación. Podríamos también preguntarnos si no debe entrar en juego otra consideración—que, por lo demás no ha sido claramente invocada por el Juez nacional— en relación con el artículo 36, a saber la «protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico».

Con arreglo a este razonamiento, las medias coronas estarían comprendidas dentro del concepto de «patrimonio nacional» y sería justo que la plusvalía generada por la fundición del tonelaje exportado beneficiara al «Tesoro Público» más que a los particulares. Pero, aparte del hecho de que estas monedas de plata, originalmente propiedad de la Corona, pasaron de algún modo a integrar el «dominio público», el texto del artículo 36 exige que el patrimonio tenga un valor artístico, histórico o arqueológico. Ahora bien, dudo de que esas monedas satisfagan alguno de estos criterios, a pesar de que, como afirma el Gobierno del Reino Unido, no se haya concedido a los particulares ninguna licencia, con arreglo a la Sección 10 de la Coinage Act 1971, para la obtención de beneficios mediante la destrucción de tales monedas *dentro* del Reino Unido.

Por último, suponiendo que las monedas de plata examinadas sean mercancías, no me parece que su exportación pueda destruir la confianza en la moneda británica; esta exportación es consecuencia de la pérdida de confianza en esta moneda (la mala moneda expulsa a la buena, según la ley de Gresham) y no la causa de dicha pérdida de

confianza, no pudiendo válidamente invocarse como motivo la protección del orden público en el sentido del artículo 36.

IV. Sin embargo, estas consideraciones no agotan el problema. Si bien ciertas monedas de oro y plata constituyen, en determinados casos, mercancías que pueden ser objeto, en algunos si no en todos los Estados miembros, de transacciones bancarias perfectamente legales, sujetas al pago eventual del IVA cuando éste sea exigible, se trata de *mercancías* de un tipo muy especial que, como acabamos de exponer, podían y pueden emparentarse con los «capitales» en función de la coyuntura y de las condiciones y modalidades de transacciones de las que son objeto.

Querría ahora responder a una objeción que sin duda se me planteará. A menudo se ha señalado que, si bien toda moneda es necesariamente una mercancía, al menos en su origen, toda mercancía posee, a determinados efectos, el carácter de capital, desde un punto de vista económico. Este es el caso, por ejemplo, de los diamantes, de los cuadros de los maestros, de los sellos, de la vajilla de plata e incluso del azúcar.

1) Ahora bien, dentro de esta categoría de mercancías de valor «capital» hay algunas que poseen tal carácter de modo predominante y que por sus escasas dimensiones, por la facilidad con que se pueden cambiar, por su carácter duradero son aptas por excelencia, a mi juicio, para la colocación de capitales o para la inversión. Se piensa inmediatamente en los metales preciosos, o

en el oro y la plata «monetarios» que poseen un gran valor en reducidas dimensiones y gozan de propiedades físicas inigualables (inalterabilidad, homogeneidad, divisibilidad). Por otra parte, en los viejos tiempos del «bimetalismo» o del «gold standard» la moneda de oro o de plata reunía a la vez el carácter de mercancía y de símbolo monetario. Existía una perfecta identidad entre el valor de la mercancía y el valor del símbolo monetario, ya que en todo momento estaba garantizada la convertibilidad en «dinero» de los billetes fiduciarios. Esta aproximación aún estaba vigente a principios del siglo XIX (teoría metalista de John-Stuart Mill). De acuerdo con esta concepción realista de la moneda-mercancía, se consideraba que la moneda únicamente poseía valor porque era una «mercancía como las otras». Pero tal concepción ha sido universalmente abandonada en nuestros días: una mercancía convertida en moneda, ya no es una mercancía como las otras y a los defensores de la teoría nominalista no les costó ningún trabajo demostrarlo.

En espera de que volvamos a los felices tiempos del patrón oro, las monedas de este metal aún existen y continúan acuñándose; el oro (y en menor medida la plata), en forma de barras, lingotes o monedas, es una de las escasas formas de capital que conserva, y aun aumenta, su valor de manera casi constante.

Se recurre al oro, especialmente al «oro monetario», para protegerse contra la devaluación. Este oro monetario goza incluso de un cierto «agio» en relación con el oro en barra, a causa del trabajo que implica su

acuñación, pero sobre todo a causa de su manejabilidad.

Por consiguiente, las monedas en curso de oro y de plata pueden considerarse como una forma de inversión o, si se prefiere, de colocar el capital, incluso si las operaciones de las que son objeto adoptan la forma de transacciones «comerciales». En estas circunstancias, no es sorprendente que los poderes públicos se interesen por este oro y esta plata.

2) El Krugerrand ocupa un lugar muy especial entre las monedas de oro que normalmente cotizan y se negocian habitualmente.

A pesar de que generalmente se cotiza por su contravalor en rands, el «Krugerrand» no constituye un medio legal de pago propiamente dicho, ya que la moneda no lleva ninguna indicación de su valor nominal, aparte de la mención bilingüe «una onza de oro fino»; sería más bien un tipo de medalla. Pero, sin duda, no es a causa de la efigie barbuda del «tío Paul» que figura en el anverso, ni del «springbok» acuñado al reverso, por lo que está tan solicitada, sino simplemente a causa del hecho de que pesa 33,93 gramos, que contiene 31,10 gramos de oro es decir 22 quilates o una onza troyana, en una proporción de 916,666 por 1000. Esta atracción se explica por otras dos razones: a principios de 1976, la prima por encima de su valor oro sólo era de un 4%, por el hecho de que todavía se acuñaba a gran escala. Al mismo tiempo, el margen entre el precio de venta y el precio de com-

pra en las ventanillas de los bancos es el más escaso entre las monedas de oro (4,1 %).

Sus fluctuaciones son prácticamente idénticas a las variaciones del precio de lingote de oro, lo que constituye la característica de todas las monedas en las que se invierte o coloca dinero: no circulan como «símbolos monetarios», sino en función de su valor intrínseco. El Krugerrand es un «trozo de lingote».

Durante los cuatro primeros meses del año 1978, se vendieron alrededor de 2,5 millones de unidades, frente a 800.000 durante el mismo período del año anterior. Según una noticia aparecida en el «Wall Street Journal», los alemanes y los suizos compran cerca de 45.000 Krugerrands por semana. Esta «avalancha» refleja sin lugar a dudas el renacimiento del interés demostrado hacia el metal amarillo, el incremento del déficit presupuestario, aumentado por los esfuerzos emprendidos para reanimar la coyuntura, que hacen temer que no pueda frenarse el tipo de depreciación de determinadas monedas (en aquel momento concreto la libra esterlina).

Si he insistido en cierto modo en estas características, que las publicaciones especializadas ponen de relieve, no es para incitar a los miembros del Tribunal a que compren Krugerrands, sino para demostrar que, evidentemente, el Juez nacional no podía dejar de tenerlas en cuenta para resolver el asunto que le fue sometido, dada la fecha y las circunstancias concretas en las

que tuvieron lugar las operaciones en litigio. Recordemos que las importaciones se referían, en total, a más de 100 kg de oro.

3) Encontramos la confirmación del carácter peculiar del oro en la normativa interna del Estado miembro en el cual dichas monedas fueron «despachadas a libre práctica». En la Ley alemana sobre comercio exterior, «Aussenwirtschaftsgesetz», de 28 de abril de 1961, el oro ocupa un lugar especial (sección VI), tras los intercambios de mercancías (sección III), las prestaciones de servicios (sección IV) y los movimientos de capitales (sección V).

De acuerdo con el apartado 24 de dicha Ley, las transacciones de oro entre residentes y no residentes, así como la exportación y la importación de oro, pueden estar sometidas a restricciones con el fin de evitar una disminución del poder adquisitivo del marco alemán o para mantener el equilibrio de la balanza de pagos, sin perjuicio de las restricciones previstas en los apartados 8 a 13, que se refieren a los intercambios de *mercancías*.

De igual modo, el artículo 1 de la Ley belga de 11 de septiembre de 1962, relativa a la importación, exportación y tránsito de *mercancías* dispone: «Para la aplicación de la presente Ley, ha de entenderse:

a) por *mercancías*: todo aquello que se considere como tal para la aplicación de la legislación *aduanera*, con excep-

ción del oro en monedas o en lingotes, de las monedas, tanto metálicas como fiduciarias, de curso legal en Bélgica o en el extranjero, así como todo tipo de valores, belgas o extranjeros, públicos o privados, que posean el carácter de títulos o efectos al portador [...]

En cuanto al artículo XX del GATT, éste establece:

«A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda Parte contratante adopte o aplique las medidas:

- 1) [...] c) relativas a la importación o a la exportación de oro o plata.»

De igual modo, el artículo 12 del Acuerdo sobre la Asociación Europea de Libre Comercio, dispone:

«Siempre que las medidas enumeradas a continuación no se utilicen como un medio de discriminación arbitraria o injustificada entre los Estados miembros o como restricción encubierta a los intercambios entre Estados miembros, ninguna de las normas establecidas en los artículos 10 y 11 impide a un Estado miembro adoptar o aplicar las medidas:

[...]

- f) relativas al oro o a la plata.»

4) A continuación, es necesario averiguar si esta ambivalencia del oro monetario —a la vez mercancía y «valor»— universalmente reconocida por la doctrina económica es o no extraña al Derecho comunitario.

- a) En lo que respecta al propio Tratado, el apartado 1 del artículo 67 establece que los Estados miembros «suprimirán progresivamente entre sí, *durante el período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común*», las restricciones relativas a los movimientos de capitales.

Los artículos siguientes regulan los plazos que han de respetarse y las medidas que deben adoptar los Estados miembros y la Comunidad para la aplicación de este principio general.

Los «capitales» así contemplados se refieren, aparte de a los pagos relativos a los intercambios de mercancías, de servicios y de los propios capitales, a aquellos tipos de factores de producción que constituyen «medios de financiación» o «recursos financieros», que son objeto de transacciones o movimientos intracomunitarios entre bancos e instituciones financieras mediante asientos (dinero bancario), sin ir acompañados de una transferencia material de los símbolos monetarios o de moneda fraccionaria.

Aunque ello no se desprende de las propias disposiciones del Tratado, no está descartado, sin embargo, que por «capitales» se pueda entender determinados «títulos» que poseen intrínsecamente un valor financiero, es decir, no solamente los capitales *financieros* que representan el valor de los «títulos» acreditativos de la propiedad del capital y el capital *real* que sirve para representar la materialidad de los bienes de capital como factores de producción, sino también el capital *monetario* que representa el valor de los bienes de capital expresado en términos de *moneda*.

b) Si bien el propio Tratado no aporta otras precisiones sobre lo que ha de entenderse por «capitales», afortunadamente disponemos de un texto cuya validez no se discute. Dicho texto figura en la Primera Directiva, adoptada el 11 de mayo de 1960 por el Consejo, completada y modificada por una Segunda Directiva de 18 de diciembre de 1962, que son las únicas medidas generales adoptadas hasta la fecha por el Consejo de Ministros para la aplicación del artículo 67 del Tratado, aparte de la Directiva de 21 de marzo de 1972, relativa a la regulación de los flujos financieros internacionales y la neutralización de sus efectos no deseables sobre la liquidez interna.

A pesar de que dichos textos tienen principalmente por objeto concretar el principio establecido por el artículo 67 en relación con las restricciones de cambio con el extranjero, nos parece que los conceptos que incluyen son también válidos en el contexto más amplio de los «capitales». La Directiva de 11 de mayo de 1960 única-

mente implica obligaciones a cargo de los Estados miembros, que pueden generar derechos y obligaciones par los particulares, en lo que se refiere a los movimientos de capitales enumerados en las listas A, B y C de su Anexo I.

Los movimientos de capitales enumerados en la lista D del Anexo I constituyen el objeto de los artículos 4 a 7.

El artículo 4 establece:

«El Comité Monetario procederá, por lo menos una vez al año, a un examen de las restricciones que se apliquen a los movimientos de capitales enumerados en las listas del Anexo I de la presente Directiva; informará a la Comisión acerca de las restricciones que podrían suprimirse.»

El apartado 1 del artículo 5, precisa en concreto:

«1. Las disposiciones de la presente Directiva no limitarán el derecho de los Estados miembros a revisar la *naturaleza* y la *realidad* de las transacciones o transferencias, ni a adoptar las medidas imprescindibles para *impedir las infracciones* de su leyes y regulaciones.»

El artículo 6 prácticamente no hace sino reproducir las disposiciones del artículo 71 del Tratado.

Por último, el artículo 7 dispone, entre otras cosas, que los Estados miembros «darán a conocer (a la Comisión), a más tardar en el momento de (su) entrada en vigor [...] cualquier modificación de las disposiciones que regulen los movimientos de capitales enumerados en la lista D del Anexo I [...]»

Esto es lo que hizo el Reino Unido al notificar a la Comisión, el 15 de abril de 1975, las restricciones a la importación de monedas de oro, que entraron en vigor al día siguiente, así como, el 15 de julio de 1974, las restricciones a la exportación de monedas de plata establecidas en dicha fecha. En apoyo de las restricciones a la importación de monedas de oro, el Reino Unido invocaba las graves dificultades de su balanza de pagos. En lo que se refiere a las restricciones a la exportación de monedas de plata, el objetivo perseguido por dicho Gobierno era impedir la refundición de estas monedas en el extranjero, con el fin de extraer el metal puro, restricción ya vigente dentro del Reino Unido, excepto para la Moneda real, dado que tal refundición no haría sino perjudicar a los contribuyentes del Reino Unido.

Que yo sepa, la Comisión no inició procedimiento alguno por incumplimiento contra el Reino Unido por este motivo.

Los movimientos de capitales enumerados en la lista D se refieren fundamentalmente a las «importación y exportación materiales de valores». Esta expresión se explicita en el Anexo II, que forma parte integrante de la Directiva (artículo 10) e incluye, junto con los «títulos» (no incluidos en la cate-

goría IV) los «medios de pago de cualquier clase» y «el oro», que se prestan a transacciones a corto plazo de carácter particularmente volátil.

Así, pese a que las clases de capital comprendidas en el apartado 1 del artículo 67 abarcan sobre todo los capitales financieros inmateriales y reales, no puede descartarse, a la luz de la Directiva, que este artículo contemple igualmente los capitales *monetarios* definidos en la lista D.

Desde este punto de vista terminológico, añadiré que el término inglés «assets» al cual corresponde, en la nomenclatura anexa a la Directiva, el término francés «valeurs», se tradujo al francés en otros textos comunitarios, por «capital» o «capitaux». Citaré las expresiones «capitaux d'exploitation» (working assets), «revenues des capitaux mobiliers» (income from capital assets), «transfert de capital à l'intérieur et à l'extérieur» (transfer of assets at home and abroad), «formation de capital fixe» (gross fixed asset formation).

c) Con vistas a la calificación de las operaciones en litigio, querría finalmente intentar precisar el tratamiento del oro y de la plata «monetarios» en relación con el Impuesto sobre el Volumen de Negocios.

Según el sistema común de la base imponible uniforme del Impuesto sobre el Valor Añadido están sujetas a este Impuesto en los Estados miembros las entregas de *bienes* y las prestaciones de servicios realizadas a

título oneroso en el interior del país por un sujeto pasivo que actúe como tal, así como las importaciones de *bienes* y la obtención, dentro del país, de prestaciones de servicios [artículo 2 de la Sexta Directiva, de 17 de mayo de 1977, del Consejo en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios (sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme)].

Recordaré que el objetivo que persigue esta Directiva es crear las condiciones para la libre circulación de mercancías, servicios y capitales entre los Estados miembros.

En el proyecto presentado por la Comisión al Consejo el 29 de junio de 1973, se preveía que los Estados miembros *declararían exentas*, junto a determinadas actividades de interés general, las «operaciones bancarias», en particular aquellas relativas a monedas que no poseyeran el carácter de objetos de colección o al *oro monetario*, así como las relativas a transferencias y giro de fondos [letra h) del punto B del artículo 14].

Esta medida tenía por objeto suprimir el arancel de tipo cero (que implica el mantenimiento del derecho de deducción) para reducir las distorsiones de la competencia internacional. Se explica por el hecho de que las transacciones bancarias no se refieren a mercancías; a pesar de que las operaciones que conllevan tienen, bajo cierto punto de vista, carácter comercial y dan lugar al cobro de comisiones por los servicios prestados, normalmente se considera

que, en realidad, se trata de transacciones que no añaden valor alguno a la propia operación, por ejemplo a la suma que constituye el objeto de un crédito o de un préstamo. El Impuesto sobre el Valor Añadido es un impuesto sobre el consumo que únicamente grava los productos y servicios y las operaciones sobre oro monetario no se incluyen en esta definición.

En la propuesta modificada, presentada por la Comisión al Consejo el 12 de agosto de 1974, el oro monetario se definía como «el oro de un contenido mínimo de 900 por mil, destinado a las instituciones financieras autorizadas».

No obstante, si bien las propias *operaciones* relativas a monedas que no tuvieran el carácter de objetos de colección, o al oro monetario tal como se ha definido, estaban exentas en sí mismas al no ir acompañadas de la entrega material de un «bien», en el sentido mercantil común, según la última versión del texto propuesto por la Comisión al Consejo, «la presente exención no se aplicará a las «*prestaciones de servicios*» relativas a tales operaciones».

El artículo 13 del texto definitivo adoptado por el Consejo el 17 de mayo de 1977, establece:

«B. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, los Estados miembros *eximirán*, en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previs-

tas a continuación y de evitar *todo* posible fraude, evasión o abusos:

[...]

d)

- 4) Las operaciones, incluidas la negociación relativa a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago, con excepción de las monedas y billetes de colección; se considerarán de colección las monedas de *oro, plata* y otro metal, así como los billetes, que no sean utilizados normalmente para su función de medio legal de pago o que revistan un interés numismático.»

Así, las operaciones relativas a monedas de colección, incluso las realizadas en las ventanillas de los bancos, se consideran operaciones mercantiles, sujetas al IVA; por el contrario, dentro de los Estados miembros, las operaciones relativas al oro o a la plata «monetarios» están exentas. Además, con el fin de estimular la cuenta de capital, la *negociación* de las operaciones bancarias o de crédito está en sí misma exenta de los impuestos específicos sobre el volumen de negocios.

Efectivamente, hay que señalar que el texto ya no se refiere al *oro* monetario, sino a monedas que sean medios legales de pago, contemplando así específicamente las monedas de oro o *plata* que sean «utilizados *normalmente* para su función de medio legal de pago».

Las *importaciones* y *exportaciones* de oro efectuadas por los Bancos centrales, que sin duda constituyen «movimientos de capitales» en sentido amplio, están exentas en virtud de la letra j) del apartado 1 del artículo 14 y del apartado 11 del artículo 15.

Se trata, por tanto, de saber qué se entiende por «monedas que sean medios legales de pago» y por «monedas de oro, plata [...] que no sean utilizadas normalmente para su función de medio legal de pago [...]». Esta cuestión es interesante, no sólo para evitar las distorsiones de la competencia internacional, sino también desde el punto de vista de los recursos propios ya que, como el Tribunal de Justicia sabe, en la actualidad, una parte del IVA debe ingresar en las arcas de la Comunidad: el respeto del plazo de 1 de enero de 1978 lleva automáticamente consigo el destinar a favor de la Comunidad Económica Europea una parte de los ingresos del Impuesto sobre el Valor Añadido como tal recurso propio y condiciona, por tanto, su autonomía financiera. Ello debe ser motivo de reflexión para el Tribunal de Cuentas. Por otra parte, esta Directiva puede generar derechos y obligaciones para los particulares.

Las respuestas que la Comisión ha dado a las cuestiones que el Tribunal de Justicia le ha formulado a este respecto, me parecen sumamente vagas e incompletas, cuando no inexactas. Si he entendido bien, las explicaciones que se nos han dado, parecería que sólo dos Estados miembros han cumplido, hasta la fecha, las normas de la Sexta Directiva.

En el Gran Ducado de Luxemburgo, Estado miembro en el que tiene su sede permanente el Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 1 del Reglamento del Gran Ducado, de 24 de diciembre de 1977:

«La exención del Impuesto sobre el Valor Añadido [...] se aplicará exclusivamente:

[...]

- 2) a las entregas y a las importaciones de monedas de oro que, en el momento en que se realice la operación, constituyan medios legales de pago en su país de origen;
- 3) a las entregas y a las importaciones de monedas de oro distintas de las contempladas en el apartado 2), siempre que dichas monedas se coticen *regularmente* y no constituyan piezas de colección de carácter numismático [...]

He comprobado que dicha excepción se aplica, en efecto, a las operaciones relativas a los Krugerrands.

La Comisión nos ha dicho, por otra parte, que la República Federal de Alemania proyecta someter al IVA las operaciones relativas a monedas de oro que, a pesar de constituir medios legales de pago, es decir, oro monetario, sean objeto de intercambios fundamentalmente debido al valor de su metal precioso o por su valor numismático.

Esto abarcaría, en concreto, determinadas monedas que constituyen medios legales de pago en su país de origen, como los Krugerrands.

En el ámbito del presente procedimiento, no corresponde al Tribunal de Justicia declarar si, y por parte de quién, no se ha aplicado correctamente la Directiva del Consejo de 17 de mayo de 1977.

Por mi parte, me limitaré a señalar que, en estos momentos, los Krugerrands responden a la definición de oro monetario; que las operaciones relativas a estas monedas, incluyendo la negociación, en los Estados miembros en que ésta se permite, están exentas de IVA dado que se trata de «*medios legales de pago* en su país de origen» o de monedas «que se cotizan regularmente»; que, además, la Comisión no ha iniciado procedimiento alguno por incumplimiento por este motivo; que las monedas de plata inglesas son *medios legales de pago* en su país de origen; que, tanto unos como otros están implicados, al menos en parte, en una operación a la cual las partes han dado la apariencia de un «trueque bimetálico» —trueque que ni siquiera se llegó a realizar puesto que la empresa Agosi se considera aún propietaria de 1.500 Krugerrands— y que constituyen en todo caso «*medios de pago de cualquier clase*» en el sentido de la Directiva de 1960.

Si admitimos que los Krugerrands son «*medios legales de pago*», al menos en su país de origen, lo mismo ha de decirse de las monedas de plata de six pence, un shilling,

y dos shillings que son, cuando menos *de jure*, medios de pago, a pesar de que, de hecho, no fuera su valor nominal lo que le interesaba a la empresa Agosi, así como las monedas de media corona que aún pueden cambiarse en el Banco de Inglaterra y que sirvieron, al menos parcialmente, *de facto*, como «medios de pago».

Por el contrario, las transacciones relativas a las monedas de colección de carácter numismático están sujetas al IVA, al prevalecer su carácter de «mercancías» sobre el carácter de «capital», a pesar de que la frontera entre la numismática, la joyería y la «colocación de capitales» sea a veces imprecisa.

V. A continuación, es necesario volver sobre el alcance de los artículos 67 y 71. Esta última disposición establece:

«Los Estados miembros *procurarán* no introducir dentro de la Comunidad ninguna nueva restricción de cambio que incida en los movimientos de capitales y en los pagos corrientes relacionados con tales movimientos ni hacer más restrictivas las regulaciones existentes.»

De lo que eran en el momento de la entrada en vigor del Tratado, es decir, para el Reino Unido, antes del 1 de enero de 1973. De acuerdo con el párrafo segundo de dicho artículo, los Estados miembros «se declaran *dispuestos* a sobrepasar el grado de liberalización de capitales previsto en los precedentes artículos, en la medida en que su

situación económica, especialmente la situación de su balanza de pagos, se lo permita». Está claro que ninguna de estas dos disposiciones genera derechos en favor de los particulares.

El artículo 67 somete la supresión progresiva de las restricciones a los movimientos de capitales a una condición temporal y a una condición permanente. Admitiendo que el período de transición para la supresión de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación de *mercancías*, es también aplicable a la supresión de las restricciones en materia de libre circulación de capitales, es decir, que había transcurrido el 1 de enero de 1975, la cláusula «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común» conserva un alcance permanente, incluso tras la expiración de dicho período. El mismo criterio de «buen funcionamiento del mercado común» debe también inspirar la actuación de la Comunidad, por ejemplo, en materia de aproximación de las legislaciones nacionales [letra h) del artículo 3].

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 67, tras la entrada en vigor del Acta de adhesión y después de la expiración del período transitorio que ésta establece, caso de subsistir restricciones a los movimientos de capitales, el hecho de mantenerlas sólo es contrario al Tratado si su supresión es *necesaria* para el *buen* funcionamiento del mercado común. Me abstendré de pronunciarme sobre la cuestión de si el *buen* funcionamiento del mercado común *exige* que la «colocación de capitales» y la «inversión»,

que eran y aún son una realidad que necesariamente tolera la ley dentro de las fronteras de cada Estado miembro, puedan ser factibles a escala comunitaria y sin discriminación, gracias a la libre circulación en el resto de la Comunidad del oro monetario admitido en libre práctica en un Estado miembro; prefiero confiar esta cuestión a la apreciación del Tribunal de Justicia.

Es cierto por tanto que, si bien los Krugerrands y las monedas de plata en litigio no son sino el «sustrato» físico de movimientos de capitales, el artículo 67 no puede ser válidamente invocado por los apelantes y la expiración del período transitorio no afecta al valor permanente de la restricción derivada de la cláusula de buen funcionamiento del mercado común.

El hecho de que, en determinados Estados miembros, puedan negociarse libremente las monedas de que se trata y de que todos los Estados miembros favorezcan el atesoramiento y la especulación al «reacuñar» monedas de oro, constituye evidentemente una discriminación, en cierto modo como en la sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, → Rec. p. 1337), pero, precisamente, el artículo 67 o impide el mantenimiento, incluso tras la expiración del período transitorio, de las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales, si la supresión de estas discriminaciones no es *necesaria* para el *buen* funcionamiento del mercado común.

En definitiva, corresponderá al Juez nacional apreciar si los movimientos financieros que acompañaron a la circulación de las monedas objeto del litigio corresponden a intercambios y a movimientos materiales de mercancías, en el sentido normal del término, pero, a mi juicio, a pesar de que el Gobierno británico haya utilizado un instrumento poco ortodoxo, aunque muy eficaz (los textos adoptados en aplicación del Act 1939, que regula los movimientos de *mercancías*) para controlar estas transacciones monetarias, no es menos cierto que podría haberse intentado lograr dicho objetivo en el marco de los artículos 67 y 104 del Tratado.

En estas circunstancias, me parece inútil responder a la última cuestión planteada y concluyo proponiendo al Tribunal de Justicia que declare:

- 1) Por capitales, en el sentido del Derecho comunitario, también han de entenderse las monedas de oro y de plata que constituyan medios legales de pago o «medios de pago de cualquier clase».
- 2) Tampoco tras la expiración del período transitorio establecido en el artículo 42 del Acta de adhesión, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 106, están obligados los nuevos Estados miembros a suprimir entre ellos y en sus

relaciones con la Comunidad, en su composición original, las restricciones a los intercambios de capitales así definidos, pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales, salvo en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común.