

LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA EVASION FISCAL EN AMÉRICA Y EUROPA: PERSPECTIVA DESDE LAS DOS ORILLAS

The fight against fraud and tax evasion in Europe
and America: a view from both sides

Daniel Coronas Valle

Investigador. Universidad de Málaga (España)

La lucha contra el fraude fiscal cobra cada día mayor relevancia en los sistemas tributarios; desde varias perspectivas (el secreto bancario y los paraísos fiscales) se percibe un cambio de paradigma en el rol de los Estados en esta lucha. Así mediante la cooperación internacional y el intercambio automático de datos se atisba una nueva era en la fiscalidad internacional.

Palabras clave

Sistemas tributarios, Fraude fiscal internacional, Evasión y elusión fiscal, Secreto bancario, Paraísos fiscales, Cooperación internacional, FATCA, CRS, Intercambio automático de información tributaria, Los Papeles de Panamá

Cooperation between tax administrations is critical in the fight against tax evasion and protecting the integrity of tax systems. Bank secrecy and tax havens are involved in this matter. A key aspect of this cooperation is the exchange of information. New standards will provide annual automatic exchange of financial information reported to governments by financial institutions.

Keywords

Tax systems, Tax fraud, Tax evasion, Tax avoidance, Bank secrecy, Tax havens, Financial institutions, International cooperation, FATCA, CRS, Automatic exchange of information, The Panama Papers

El fraude fiscal es una materia tributaria de amplia y tradicional regulación que está sufriendo una fuerte revisión a la luz de la situación de crisis mundial que vive la economía global. Mediante esa regulación no se trata tan solo de recaudar más y mejor sino de que se produzca una recaudación que contribuya a un sistema más equitativo que coadyuve a mantener estándares del Estado de Bienestar que disfrutamos actualmente en gran parte de mundo occidental.

En 1978 el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea (UE) definió el fraude fiscal como la apropiación indebida de dinero o bienes contraviniendo leyes o normas.¹

Por su parte, la Comisión Europea, en abril de 2013, estimó que el fraude fiscal en el conjunto de la Unión Europea puede alcanzar un volumen anual de 1 billón de euros, cifra que superaría el presupuesto comunitario de los próximos siete años.

En idéntico sentido, las cifras que arroja el fraude fiscal en España son alarmantes: entre un 7 y un 8% de nuestro PIB; Estos datos, recogidos en un estudio publicado en 2011 por la Fundación de Cajas de Ahorros (FUNCAS), inspiran comentarios como el del prestigioso economista profesor Victorio Valle al indicar que «es una pérdida de ingresos tan notable que podría, de ser resuelta, hacer desaparecer el déficit público español».²

El Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español, (conocido como Informe Lagares, marzo 2014), publicado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP)³, se ocupa del fraude fiscal al considerarlo como elemento que distorsiona gravemente el valor de las normas tributarias. Tal distorsión se materializa mediante la alteración de la distribución de la renta y la riqueza con graves secuelas para la equidad en favor de los defraudadores, pero además generando ineficiencia en la economía del país a través de una mala asignación de los recursos disponibles.

Resulta sorprendente no hallar menciones y referencias de significación en España anteriores a 1970, situación que experimenta un vuelco con la instauración de la democracia en 1977 y la llegada al gobierno del equipo económico liderado por el profesor Fuentes Quintana.⁴

El fraude fiscal se configura como una materia compleja siendo el fraude fiscal internacional, obje-

to de este estudio, una materia poliédrica que puede ser estudiada desde diversos prismas.

Además, por su naturaleza intrínseca es un objeto de estudio en constante movimiento evolutivo (*moving target*), lo que dificulta su delimitación legal y doctrinal.

Desconocer o ignorar el funcionamiento de otros sistemas jurídicos fiscales internacionales (al menos los más significativos) es un error si pretendemos tener una visión profunda del panorama fiscal internacional.

Un aspecto clave en la dificultad para definir el fraude fiscal es que nos hallamos frente a un concepto que convive en dos sistemas jurídicos diferentes: el anglosajón y el continental, que además poseen figuras legales no siempre extrapolables. Tiene aquí especial relevancia el llamado *soft law* o recomendaciones como método habitual de trabajo dentro del sistema anglosajón que veremos más adelante.

En nuestra opinión, en esta dualidad jurídica radica gran parte del origen del fraude fiscal junto a otras razones menos presentables de política estatal.

Se ha señalado⁵ que precisamente la globalización económica ha terminado provocando un nuevo espíritu de cooperación fiscal donde el intercambio es capital. En nuestra opinión, la crisis financiera ha resultado ser la palanca decisiva, el impulso necesario, para que el intercambio sea la piedra filosofal de una nueva era de las relaciones internacionales.

Por su parte, Almudí Cid y Serrano Antón⁶ han configurado un marco característico de la fiscalidad internacional moderna:

a) Multiplicidad de jurisdicciones fiscales que podemos catalogar en:

- Sistemas tributarios con impuesto sobre la renta que grave los beneficios empresariales y las rentas de capital (habitual en el ámbito OCDE).

- Sistemas tributarios que gravan los beneficios empresariales y rentas de capital de forma atenuada en comparación al resto de rentas: se trata de áreas de baja tributación. (Ej.: Irlanda en la UE).

- Sistemas tributarios normales que contienen determinados regímenes fiscales que permiten una tributación extraordinariamente reducida o nula (Ej.: Delaware o Nevada en Estados Unidos).

- Paraísos fiscales.

b) Principio de independencia y libre competencia

El principio de independencia se recoge en el

1 TRIBUNAL EUROPEO DE CUENTAS: Annual Report concerning the financial year 1978 accompanied by the replies of the institutions, 1979, DOCE de 31 diciembre de 1979 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:1978:313:TOC>.

2 VALLE SANCHEZ, V. Discurso de investidura como doctor Honoris Causa por la UNED, Madrid, 28-2-2013.

3 <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Resumen%20Informe.pdf>, último acceso 23-2-16.

4 FUENTES QUINTANA, E.: "Hacienda Pública, Principios y estructura de la imposición". R. García Blanco (impresor), Madrid, 1990.

5 CALDERON CARRERO, J.M.: "Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias", Documentos del Instituto de Estudios Fiscales nº 16, Madrid, 2001.

6 ALMUDI CID, J.M.: "La normativa contra la elusión fiscal internacional en los Estados Unidos" en M.T. Soler Roch y F. Serrano Antón (directores): "Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario" Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

art.7 del Modelo de Convenio de la OCDE y sostiene que cada sociedad o compañía es gravada por sus beneficios exclusivamente por el impuesto del país en que reside salvo que opere a través de establecimiento permanente en otro Estado, todo ello a pesar de formar parte de un grupo multinacional.

El principio de libre competencia persigue que los beneficios obtenidos por una empresa perteneciente a un grupo multinacional resulten gravados de igual manera que si hubiesen sido obtenidos por una entidad aislada.

c) Libre circulación de capitales

Consagrado en el art. 56 del Tratado de la UE, se trata de uno de los cuatro pilares fundamentales de la UE.

Por lo general esta prohibición de la restricción a los movimientos de capital es predicable de la mayoría de países desarrollados y en vías de desarrollo.

El Derecho fiscal estudia el fraude fiscal.

Dentro de los principios básicos (y comunes) que definen el Derecho fiscal internacional destacan:

a) La equidad tributaria, en su doble vertiente personal y entre Estados.

La equidad tributaria entendida como criterio por el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que estos sean excesivos.

Se encuentra consagrado en el art. 31.1⁷ de la Constitución española (CE), así como el art. 3.1 de la Ley General Tributaria (LGT).⁸

b) El principio de eficiencia, en virtud del cual un sistema jurídico debe proveerse de suficientes instrumentos jurídicos como para salvaguardar la tarea que le ha sido encomendada por la legislación con el agravante en este caso de que si no se garantiza la recaudación de fondos el sistema no podrá funcionar.

Todo sistema fiscal tiene, entre otras, dos finalidades:

De una parte evitar la doble imposición y de otra evitar la elusión del impuesto.

Por lo general, en los impuestos personales se extiende cada vez más el criterio patrimonial de centro de intereses como manifestación de residencia habitual que ofrece ventajas a la hora de verificación y posiblemente mayor justicia que la simple relación física con un territorio.

El criterio básico en fiscalidad internacional a la hora de tributar es la residencia tanto de la persona física como jurídica; el único Estado que sigue el criterio de nacionalidad es Estados Unidos de América si bien en la actualidad en diversos comités del Senado estadounidense se discute fuertemente sobre la continuidad de tal criterio que le aleja de estándares y prácticas comunes internacionales; quizás ésta pueda ser una razón de la urgencia y la fuerza con la que Estados Unidos ha lanzado su iniciativa internacional Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), donde se trata, en esencia, de que los bancos norteamericanos detecten clientes (ciudadanos) norteamericanos y los comuniquen al fisco norteamericano. Por otra parte la conexión con dos o más sistemas fiscales puede provocar o facilitar el fenómeno de la elusión del impuesto, total o parcial, entendiendo ésta como laguna provocada por la inexistencia de coordinación entre los diferentes sistemas tributarios.

Elusión frente a Evasión Fiscal

Partimos de una dificultad terminológica al abordar el significado jurídico y la diferencia entre los términos evasión y elusión fiscal.

La evasión fiscal (*tax evasion*) es un acto ilegal punible por la Ley mientras que la elusión fiscal (*tax avoidance*) es una materia de más difícil definición con zonas grises en su calificación legal, ya que la planificación fiscal con finalidad de pagar menos impuestos no es delito por tanto ¿dónde está el límite de la legalidad en tal conducta? El margen interpretativo de la norma no es fácil de aprehender en numerosos casos.

Gran parte de ambas actuaciones se ejecutan en ámbitos transfronterizos.

En palabras de Denis Healy, ex ministro del Tesoro británico entre 1974 y 1979, la diferencia entre evasión y elusión fiscal «es el grosor de una pared de cárcel».⁹

Un aspecto sí resulta claro; una conducta consiste en no pagar nada (*tax evasion*) y otra en la baja tributación (*tax avoidance*) amparada en un marco legal entendiendo que no deba forzarse el espíritu de la Ley.

La evasión fiscal es toda actuación del contribuyente tendente a no pagar impuestos, es decir, a no llevar a cabo sus obligaciones tributarias ante la administración correspondiente; por su parte en la elusión fiscal lo que el ciudadano pretende es pagar lo menos posible buscando el resquicio legal que le haga cumplir las obligaciones amparándose en

⁷ CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978: Art 31.1: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

⁸ LEY GENERAL TRIBUTARIA: Artículo 3. Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario. "1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad".

⁹ SHAXON, N: "Treasure Islands, tax havens and the men who stole the world", Vintage Books, London, 2011.

el cumplimiento mínimo de éstas tributando alguna cantidad.

En la elusión fiscal internacional se dan dos elementos necesarios:

- de una parte la existencia de dos o más sistemas tributarios
- de otra la posibilidad de elección del contribuyente entre varios sistemas tributarios, pero de manera indirecta, aprovechando las posibilidades indirectas que las legislaciones internas proporcionen junto a la normativa internacional a la búsqueda de un mayor beneficio fiscal.

El necesario papel de los Estados en la lucha contra el fraude fiscal

En la historia del fraude fiscal internacional los Estados han jugado un papel relevante; El objetivo de defraudar, de no pagar tributos, está en la naturaleza humana, pero no se podría haber configurado en un problema de la magnitud actual y con la relevancia que hoy tiene si no fuese porque algunos Estados han contribuido a implantar medidas claramente propiciadoras del fraude internacional para extender su influencia y su riqueza en detrimento de otros; Así desde finales del siglo XIX y especialmente finales del XX, (acrecentado por la descolonización y fuertemente alentado por Gran Bretaña) percibimos un incremento de jurisdicciones y territorios de nula o baja tributación, donde además los controles sobre el origen del dinero recibido son prácticamente inexistentes.

Basta comprobar la lista de paraísos fiscales tanto de la UE como de España para confirmar este origen anglosajón.

Así, siguiendo la lista propuesta por la UE constituida por 30 países y jurisdicciones, 22 son o han sido territorios británicos y pertenecen o han pertenecido a la Commonwealth; Según la lista actualizada por la AEAT, de 32 territorios, 22 serían de origen británico.

Por ello no sorprende que precisamente estos Estados y sus territorios dependientes sean los más activos en la firma de tratados internacionales en la lucha contra la evasión fiscal y el fraude internacional.

En los años 2013 a 2015, 21 países y territorios de la *Commonwealth* firmaron acuerdos FATCA; en el sistema CRS propuesto por la OCDE (evolucionando desde FATCA), de los 54 países *early adopters*, 13 tienen origen británico.

Tampoco debemos olvidar donde se ubica la riqueza y el PIB mundial; por eso también es lógico pensar que el fraude fiscal y la creación de estructuras para su ocultación tengan un origen occidental en su mayoría.

Dos figuras han sustentado el fraude fiscal en su dimensión actual:

- El secreto bancario
- Los paraísos fiscales

Ambas están relacionadas con la comisión de delitos y el incumplimiento de obligaciones fiscales.

La cumbre del G20, celebrada en Londres en 2009, acordó el fin de la era del secreto bancario y para su consecución era y es preciso demoler los paraísos fiscales. En 2015 los pilares de un nuevo ciclo están sólidamente establecidos para lograr un objetivo ambicioso pero factible. El compromiso atañe a la voluntad política de los Estados y a la colaboración de empresas y banca.

El secreto bancario

El secreto bancario es una de las instituciones más características del ámbito bancario. No se encuentra recogido explícitamente en norma legal alguna, pero es admitido comúnmente como derecho de intimidad en el interior de las operaciones financieras que realiza el cliente bancario.

Consiste, a grandes trazos, en la obligación de las entidades financieras de no revelar datos privados del cliente a los que ha tenido acceso mediante la relación comercial entablada. Existen excepciones donde se facilitan esos datos al estar en juego otros intereses dignos de protección (requerimientos de autoridades judiciales o administrativas).

El secreto implica la opacidad de datos que la entidad financiera adopta sobre sus clientes de cara a terceros incluyendo el propio Estado; se trata de un fenómeno contemporáneo diferente del preceptivo sigilo y discreción con el que los operadores bancarios deben actuar diariamente.

Esta figura ha generado no pocas situaciones de desigualdad fiscal, pues aquella persona o sociedad con opciones y recursos se ampara tras él para no tributar o tributar lo mínimo tras cuentas cifradas; en este sentido Suiza es el paradigma del secreto bancario y su industria bancaria ha florecido bajo este argumento; hoy, forzada por escándalos de renombre universal, se ha visto abocada a colaborar en la lucha contra el fraude mediante la firma de diversos tratados internacionales que permiten el intercambio de datos sobre la identidad y el conocimiento de los productos financieros de los clientes de banca en ese país. De hecho, se puede afirmar que el origen de FATCA es precisamente éste; y así en 2001 el ciudadano de origen ruso y residente en EEUU Oleg Olenikoff fue acusado de fraude fiscal en Estados Unidos utilizando estructuras societarias complejas radicadas en paraísos fiscales caribeños a través de sus cuentas en la entidad suiza UBS. La investigación finalizó con un acuerdo (importante sanción) con las autoridades tributarias norteamericanas (Internal Revenue Service, IRS) para evitar una escalada penal del caso contra el banco suizo y con la mayor recompensa jamás

otorgada a un colaborador fiscal (Bradley Birkenfeld, ex gestor de UBS). La información obtenida en el caso permitió una nueva demanda penal contra UBS para que facilitase, en una primera instancia, información sobre 52.000 cuentas corrientes propiedad de ciudadanos norteamericanos. En 2011 los gestores de Credit Suisse fueron demandados y acabaron proporcionando similar información al IRS.¹⁰

Desde ese momento Estados Unidos percibió que su legislación nacional e internacional no era suficiente para atajar con garantías el fraude fiscal y comenzó a pergeñar una normativa en este sentido.¹¹

En la mayoría de países las instituciones financieras deben proteger la confidencialidad de los datos financieros de sus clientes. Esta obligación afecta no solo a la protección sobre la información bancaria contra su divulgación a terceras partes, sino que también incide en el acceso a dicha información por parte de las autoridades gubernamentales, incluyendo las autoridades fiscales. Las entidades financieras tienen la obligación ética y legal de conocer a sus clientes y sus actividades.

Del articulado del Modelo OCDE¹² sobresalen aspectos tales como que el secreto bancario no puede ser alegado como motivo para declinar el suministro de información. Igualmente establece que no existe obligación de facilitar información que pudiera revelar secretos comerciales, industriales o profesionales.

Pero una cuestión es el secreto bancario y otra la confidencialidad de los datos bancarios de un cliente; ésta debe ser siempre preservada.

Los paraísos fiscales

En primer lugar, destacamos que no existe una definición unánime del concepto de paraíso fiscal, al menos en el plano internacional, pero nos aproximamos a la misma cuando nos referimos a un territorio de baja presión fiscal o incluso nula que además no facilita información a terceros países y autoridades. La traducción literal del inglés *tax haven* como puerto o refugio fiscal ya nos arroja luz sobre el campo semántico en el que nos encontramos.

Se ha llegado incluso a afirmar que existen tantas definiciones de paraísos fiscales como paraísos existen.¹³ Habitualmente el impago de impuestos que supone la actuación en un paraíso fiscal va relacionado con prácticas delictivas vinculadas al blanqueo de capitales.¹⁴ La explicación teleológica de los paraísos

fiscales resulta sencilla: el contribuyente busca su beneficio fiscal y su anonimato.

El origen histórico de los paraísos fiscales lo hallamos en la segunda mitad del siglo XX al alcanzarse la internacionalización financiera y económica junto a

Los paraísos fiscales podrían haber acumulado a finales de 2012 una cifra cercana a los 24 billones de euros, es decir, 24 veces el PIB de España

un proceso de liberalización y desregulación (en ese orden) de las actividades financieras específicamente.

La ONG Tax Justice Network¹⁵ está dedicada desde 2003 a la denuncia de casos de corrupción, fraude fiscal (especialmente temas relacionados con evasión y elusión fiscal así como paraísos fiscales) y regulación financiera. Sus trabajos sobre investigación tienen impacto internacional y a menudo son citados por organismos internacionales especializados. De igual manera buscan crear un clima de conocimiento y debate sobre las estructuras tributarias internacionales y promover reformas. No están alineados en ninguna línea política.

Según un informe publicado en su web, los paraísos fiscales podrían acumular a finales de 2012 una cifra cercana a los 24 billones de euros, es decir, 24 veces el PIB de España. Se trata de cifras que no incluyen propiedades inmobiliarias, yates y otros bienes no financieros.

Un documento sumamente esclarecedor al respecto de la relación entre paraísos fiscales y la reciente crisis financiera puede encontrarse en la web de Tax Justice.¹⁶ En el mismo se constata que si bien no son los originadores de la crisis, sí contribuyen poderosamente a la misma expandiendo sus efectos. El informe repasa el papel histórico de paraísos satélites como islas caribeñas y dependencias de la Corona Británica. También se destaca el papel de los centros *off-shore* al aportar exceso de liquidez que contribuyó decisivamente a la crisis financiera.

Por su parte Oxfam, ONG con presencia en más de 90 países dedicada a la ayuda para la cooperación y la lucha contra la pobreza en el mundo, estima en

10 Informe del Senado de EEUU (Permanent Subcommittee on Investigations, Carl Levin, Chairman) de 26- 2-14 "Offshore tax evasion: the effort to collect unpaid taxes on billions in hidden offshore accounts".

11 CORONAS VALLE, D. "El control fiscal de la cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses". Cuadernos de Información Económica num.234 FUNCAS, mayo- junio, Madrid, 2013.

12 OCDE: www.oecd.org/taxation. último acceso 18-3-16.

13 LESERVOISIER, L.: "Les paradis fiscaux", Presses universitaires de France, Paris, 1990.

14 FERRE NAVARRETE, M.: "Los paraísos fiscales y las medidas anti paraíso", Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

15 www.taxjustice.net, último acceso consultado 9-9-2014.

16 www.taxjustice.net/topics/finance-sector/tax-havens-financial-crisis/, último acceso 19-5-15.

2015 que el dinero oculto en estos paraísos asciende a 7,6 billones de dólares,¹⁷ generando pérdidas por ingresos fiscales a los países por valor superior a 190.000 millones de dólares anuales.

No siempre se trata de lugares lejanos y paradisíacos (Bahamas, Barbados, Santa Lucía, etc.), pues en Europa, Luxemburgo, Holanda, Suiza o Reino Unido mantienen legislaciones favorables al no residente con similares efectos.

Si en los paraísos la restricción de información está acotada sobre determinados tipos de entidades o establece regímenes fiscales especiales propios del país, entonces hablamos de regímenes fiscales perniciosos; son por tanto una variante de los paraísos que legislan *ad hoc* para el fraude, para favorecer el mismo.

Los centros *off-shore* son territorios en los que se produce una fuerte actividad inversora por parte de no residentes siendo claramente mayoritaria sobre la nacional.

Si la actividad es muy potente se consideran centros financieros internacionales, no se les denomina *off-shore*.

Superando las cuestiones semánticas, los paraísos fiscales, en su concepción más actual, son territorios de nula o baja tributación que pretenden ofrecer además de anonimato (blanqueo de capitales), ventajas puramente fiscales o rebajar las exigencias jurídicas de capital o solvencia. Ahí radica el interés real, a nuestro juicio, de numerosas multinacionales, incluidas de nuestro IBEX 35, en tener presencia en estos territorios;¹⁸ recordemos por tanto que no siempre hay motivaciones fiscales en su establecimiento. En el caso de los fondos *off-shore*, persiguen dotarse de límites de endeudamiento que no serían factibles con leyes más rígidas en sus Estados de concepción al tiempo que actuar en inversiones de alto riesgo (con el riesgo añadido que puede generar para el sistema internacional) todo ello en un entorno de una tributación dudosa y compleja.

Según cálculos de la OCDE, al menos una décima parte de la economía mundial fluye a través de estos circuitos.

Los rasgos que se reiteran en la mayoría de paraísos son:

- Ventajas fiscales y apoyo que prestan los gobiernos de estas jurisdicciones a dichas ventajas o regímenes. El apoyo gubernativo puede ser tácito o

expreso.

- Notable volumen de operaciones financieras realizado por no residentes.
- Existencia de amplia infraestructura económica, jurídica, bancaria, mercantil y fiscal.
- Opacidad en la información o insuficiente información sobre el funcionamiento del territorio en sí. Nula supervisión del sistema bancario o ineficacia del mismo.

Se ha producido, desde el informe de la OCDE de 1998 que denominaba a estos territorios como regímenes fiscales perniciosos, una evolución en la identificación y eliminación de prácticas que ha logrado eliminar la existencia de los iniciales 35 paraísos existentes incluidos en una lista negra.

En la actualidad y siguiendo orientaciones de la OCDE, existe un concepto más amplio de jurisdicción no cooperativa en el intercambio de datos que engloba a territorios con y sin baja tributación.

Los criterios de la OCDE para que un territorio salga de la lista de paraísos fiscales han evolucionado pasando por suscribir al menos doce acuerdos de intercambio de información, de tal manera que la mayoría de paraísos firmó entre sí estos acuerdos burlando el espíritu de la norma y haciéndola ineficaz.

Esta concepción tiene su origen en los Estados Unidos y su idea de dar libertad a cada Estado para que mantenga su soberanía tributaria y poder atraer libremente inversión (extranjera) siempre que se facilite información sobre la misma a otros Estados.

Por iniciativa de Estados Unidos, en 2001 (la Administración Bush), se considera exclusivamente elemento para ser paraísos la falta de transparencia y de intercambio, eliminándose el concepto de baja o nula tributación. Mantenía EEUU que este criterio pertenece a la esfera de la soberanía nacional de cada Estado. Nótese que este criterio permite que el estado norteamericano de Delaware o Nevada no sean considerados paraísos cuando en realidad ostentan muchas características para serlo; esta doble vara de medir no contribuye precisamente a homogeneizar criterios. Así hábilmente el Estado de Delaware es un territorio de baja tributación sometido a normas de intercambio como todo Estado integrante de la Unión que conforma los Estados Unidos de América, pero durante mucho tiempo fue y estuvo en el parámetro de paraíso fiscal.

En 2003 la OCDE elaboró un Modelo de Acuerdo en versión bilateral y multilateral para el intercambio de información.

Desde esa fecha apreciamos un cambio de estrategia en la forma de trabajo de la organización en la búsqueda por incluir al mayor número posible de países dentro del *global level playing field*. Con tal finalidad se constituye el vigente Foro Global sobre Fiscalidad de la OCDE.

A la hora de actuar en un paraíso fiscal suele ope-

¹⁷ https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp210-economy-one-percent-tax-havens-180116-es_0.pdf, último acceso 29-1-16.

¹⁸ http://www.observatoriorisc.org/Informe_memoriasRSC_ibex_2013_completo.pdf Informe del Observatorio de RSC: Empresas del Ibex 35 en paraísos fiscales en 2013. El Informe revela como Delaware acogía 222 sociedades de estas empresas españolas. En 2013 32 de 35 de nuestras grandes empresas tenían filiales en paraísos destacando estas cifras: ACS 141 filiales, Santander 81, Iberdrola 61 y BBVA 41. último acceso 29-1-16.

rarse mediante la constitución de una sociedad:

a) Una posibilidad es la sociedad base, que es una sociedad constituida en un paraíso fiscal con el objetivo principal de diferir la obligación tributaria. Esta sociedad percibe las rentas correspondientes al contribuyente, con lo cual, hasta que no se distribuyan dividendos al contribuyente no se devenga impuesto en su país de residencia.

En todas ellas es usual el empleo del *trust* o la fiducia como mecanismo de gestión de patrimonio o inversión, ya que dificulta ostensiblemente la identificación de la titularidad real de sus dueños.

b) Sociedades instrumentales conocidas como sociedades pantalla que, o bien no existen, o simulan su existencia mediante una dirección postal. Estamos ante personas jurídicas ficticias a las que se les imputan beneficios obtenidos por una empresa o grupo de las mismas.

Por su parte, la UE mantuvo inicialmente, sobre esta materia, un enfoque algo distinto al de la OCDE.

En 1997 se anunció el Paquete fiscal de medidas para frenar la competencia fiscal perniciosa (diciembre 1997) y se publicó un Código de Conducta sobre fiscalidad empresarial que centra sus esfuerzos en el criterio de intercambio de información.

El Informe Primarolo (1999)¹⁹ identificaba 66 regímenes fiscales perniciosos dentro de la UE y sus territorios dependientes.

Todo ha cambiado con la publicación de la Directiva 2014/107 UE del Consejo que asume los criterios OCDE y los hace propios. Estas actuaciones suponen cambios radicales pues unifican a todo el territorio comunitario, permitiendo identificar de manera comprensible las estructuras fraudulentas para que después sean reducidas.

Ciertos territorios son ejemplo claro de esta situación como Gibraltar o Jersey, que significativamente se han apresurado a firmar acuerdos de intercambio de información tributaria.

En España, el Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio, reformado por el RD 116/2003 y la Disposición Adicional primera de la Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPFF), detallaban una lista (cerrada) de territorios (48) que tenían esa consideración para las autoridades españolas; no obstante nuestra pertenencia a la UE así como a la OCDE mantenían esa lista obsoleta, ya que por la vía de la firma y revisión de Convenios de Doble Imposición con cláusula de intercambio de información, así como por la firma de Acuerdos de Intercambio de Información, el contenido de la misma permanece en constante revisión.²⁰

¹⁹ Dawn Primarolo fue Secretaria del Tesoro del Reino Unido y presidente del grupo de trabajo sobre el Código de Conducta europeo.

²⁰ MARTÍN MORATA, B.: "Los acuerdos de Intercambio de Información", Escuela de Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pág. 117.

Dos nuevos conceptos, que ya hemos estudiado, son introducidos por la Ley 36/2006²¹ para que un territorio sea considerado paraíso fiscal junto a los conceptos del RD 1080/1991:

Por una parte, la nula tributación y, por otra, el intercambio efectivo de información tributaria.

El 23 de enero de 2015 se publica un informe²² de la Dirección General de Tributos de 23 de diciembre de 2014 aseverando la vigencia de la lista actual (RD 1080/1991 modificado por RD 116/2003) de paraísos fiscales respecto a la entrada en vigor de las Disposición final segunda de la Ley 26/2014 de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

El RD 1804/2008 desarrolla la LMPFF determinando los casos en que no existe intercambio efectivo de información tributaria (transcurridos más de 9 meses desde la solicitud de información sin respuesta, negativa sin justificación a aportar datos o entrega de información defectuosa o incompleta).

Las diferentes listas de paraísos fiscales

La UE carecía hasta 2014 de un planteamiento común sobre paraísos fiscales, aspecto solicitado por numerosas voces autorizadas y reclamado por el Parlamento Europeo en mayo de 2013 a través del conocido como Informe Kleva²³; este Informe supone la contribución parlamentaria a la lucha contra el fraude fiscal internacional conteniendo un resumen de los trabajos realizados por la UE al tiempo que un diagnóstico de la situación y una breve descripción de medidas propuestas, a veces con carácter más político que programático.

En junio de 2015 la UE publicó una lista creada a partir de un conjunto de criterios de los países miembros sobre los paraísos fiscales. Cuando un país o jurisdicción figura en al menos diez listas nacionales, aparece en esta lista europea. La lista se denomina lista paneuropea de jurisdicciones de terceros países no cooperativas en materia fiscal, y la componen 30 países o territorios con notables ausencias como Gibraltar o Luxemburgo.

En territorio europeo solo hay cuatro menciones: Guernsey (isla británica del Canal que por otra parte ha firmado FATCA como dependencia británica que

²¹ LMPFF 36/2006: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20843>, último acceso 25-2-16.

²² http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Novedades/2015/Enero/23_01_2015_Informe_de_la_Direccion_General_de_Tributos_de_23_de_diciembre_de_2014_sobre_la_vigencia_de_la_lista_actual_de_pais_la_Ley_26_2014.shtml, último acceso 30-1-16.

²³ Informe de 3 de mayo de 2013 sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales (2013/2060(INI)) Ponente Moka Kleva en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0162+0+DOC+XML+V0//ES>, último acceso 8-9-2014.

es), Andorra (que no tiene consideración de paraíso para España en base a los acuerdos firmados en 2011) y Liechtenstein y Mónaco (caso Falciani²⁴). Estos dos últimos países están tanto en la lista paneuropea como en la española.

Por continentes la distribución es la siguiente:

América (Central y Caribe) aporta 15 presencias, África 4, Asia 2, Europa 4 y Oceanía 5.

El listado español actualizado distribuye así sus 32 menciones:

América aporta 13 menciones, África 2, Asia 6, Europa 5 y Oceanía 6.

La AEAT hizo pública una nota de prensa en octubre de 2015, desglosando la información contenida en el modelo 720 de 2013. Mediante este formulario se obliga a informar a los ciudadanos españoles sobre todos sus bienes y derechos situados en el exterior. Este modelo se prevé en la Ley 7/ 2012 contra el fraude fiscal.

De la información recaba en este modelo destacamos lo siguiente:

a) Cuentas corrientes, imposiciones a plazo, cuentas de crédito, valores y fondos. El total asciende a 15.000 millones de euros, donde Suiza recibe 4.834, Bélgica 1.747, Reino Unido 167 y Andorra 966 millones.

b) Inmuebles por 9.200 millones. Francia, Reino Unido y Alemania concentran el 40% del total.

c) Acciones y participaciones en fondos de inversión por más de 17.200 millones; Luxemburgo 6.286 millones y Suiza con 5.669 suman el 70% del total. Andorra 758.

d) Valores y derechos en el extranjero por 47.000 millones. Suiza y Holanda suman más de 15.000 de los mismos. Luxemburgo 580, Andorra 455.

Resumiendo: Suiza (más de 18.800) y Luxemburgo (casi 10.000 millones) concentran una tercera parte del total de 90.976 millones declarados en el modelo 720.

De los más de 200 países y territorios sobre los que consta información declarada en el modelo, entre los paraísos fiscales Andorra es el 8º territorio receptor de fondos. Panamá el 16º; Uruguay, catalogado como centro financiero, el 18º y el 21º Bahamas con 680 millones, mientras Liechtenstein con 678 mi-

llones ocupa el puesto 22º entre las preferencias de los españoles.

Por su parte, la lista de la OCDE se encuentra vacía de contenido en este momento dado en el que todos los países cumplen mediante la firma de acuerdos con los requisitos exigidos por esta organización para no hallarse en una lista negra.

En suma, tres listas negras con coincidencias y divergencias en los territorios que reciben la consideración de paraíso fiscal generan no solo inseguridad jurídica al ser regulaciones diferentes, sino que propician el fraude habilitando resquicios en el entramado jurídico internacional sin olvidar las constantes actualizaciones del mismo y la consideración que cada país individualmente (además de la mencionada lista española) pueda realizar al respecto.

La ausencia de una lista única, así como de un foro que legisle y actualice estos criterios, supone una evidente debilidad del sistema tributario internacional.

Epílogo: El caso de los Papeles de Panamá

Haciendo buena la máxima que asevera que la mejor realidad supera a la ficción, en las primeras semanas de abril de 2016 hemos asistido a la revelación por parte de un consorcio periodístico de unos documentos contractuales entre un despacho de abogados panameño y una serie de personalidades de relevancia internacional en la esfera política y social (al menos 140 jefes y ex jefes de Estado y de gobierno).

Más allá de la crónica periodística (de innegable interés), que no puede ser objeto de análisis en este trabajo, nos interesa analizar este caso como elemento de laboratorio al contener numerosos ejemplos de lo que hasta ahora hemos expuesto.

Así, a priori, es posible extraer algunas ideas y consecuencias:

1- La información popularmente conocida como «*The Panama Papers*» es un conjunto de datos obtenidos por periodistas de diversos medios y países por medios no lícitos, queriendo decir que, sin negar en absoluto la veracidad de lo contenido en ellos, se han obtenido mediante el hackeo informático y/o pago a fuentes anónimas que los han suministrado; se desconoce cuánto se ha pagado por la obtención de los mismos. Un aspecto esencial es que conociendo el método de obtención de la información es jurídicamente dudoso que pueda ser usado legalmente contra los afectados con mínimas garantías de éxito en una condena firme. Sí es posible y así se está realizando en diversos países como Canadá, Chile, Costa Rica, Nueva Zelanda, Francia, España o el propio Panamá, abrir investigaciones de oficio por parte de las autoridades tributarias y judiciales para revisar las posiciones y declaraciones de los contri-

²⁴ Caso Falciani: La lista Falciani es una relación que contiene los nombres de unos 130.000 potenciales evasores fiscales con cuentas no declaradas en el banco británico HSBC de Ginebra. Recibe el nombre de «Falciani» por Herve Falciani, un informático, ex trabajador del banco, que la filtró desde su puesto de trabajo. Falciani (nacido en Mónaco en 1972, reconocido y recalcitrante paraíso fiscal enclavado en el seno de Europa) es ingeniero informático de nacionalidad italo-francesa y desde 2009 colabora con la autoridades judiciales de varios países (España entre otros) aportando información de cuentas no declaradas por sus titulares en sus países de origen. Fruto de sus experiencias público en colaboración con Angelo Mincuzzi "La caja fuerte de los evasores" en La Esfera de los Libros, Madrid, mayo 2015.

buyentes señalados por este escándalo, así como de otros no afectados. En resumen, habrá de definirse la legalidad de cada caso y nombre involucrado en estos Papeles.

2- Se trata de documentación sobre cuentas *off shore* (abiertas en distintos paraísos fiscales del planeta, no solo en Panamá) procedente de la firma de abogados y asesores tributarios Mossack & Fonseca, un despacho panameño dedicado a la gestión de clientes de alta renta y con dedicación habitual al mundo de la fiscalidad internacional y la minoración de las bases imponibles de sus clientes. Podría afirmarse que más que un despacho en el sentido estricto se trata de una empresa multinacional con sedes en cuarenta países y más de trescientos mil clientes de todo el mundo. Se estima que el número de datos revelados es superior los 11,5 millones de documentos. Las conexiones de este con otros despachos de similares actividades están siendo estudiadas en este momento no sólo por el gobierno panameño, sino por el conjunto de los países con ciudadanos afectados, así como los organismos internacionales avezados en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. No se debe confundir evasión con elusión fiscal. Los papeles de Panamá reflejan en su mayoría casos de evasión donde el defraudador no paga impuestos actuando directamente contra la Ley. Las conductas elusivas son difíciles de apreciar pues aprovechan las grietas del sistema financiero para eludir o minorar las bases imponibles del contribuyente. Por desgracia ambos términos se confunden (significativamente entre la prensa, incluso la especializada) no teniendo el mismo tratamiento legal y creando mayor confusión entre la ciudadanía.

3- No puede, jurídicamente, causar demasiada sorpresa, al menos en España, las revelaciones que provengan de Panamá: para las autoridades tributarias españolas este país estuvo considerado como paraíso fiscal en reiterados listados (históricos) con lo que eso conlleva: control de transferencias, clientes, revisiones de blanqueo de capitales (origen de los fondos), trabajos de *due diligence*, etc. (especialmente desde la aparición en 2013 del modelo 720 que obliga a los contribuyentes españoles a declarar fondos fuera de España). Desde la ya comentada actualización que la Dirección General de Tributos realizó el 23-12-14, Panamá dejó de tener la consideración de paraíso fiscal, sin embargo, sí mantiene tal consideración a todos los efectos en la UE a través de la reciente (2015) publicación de los criterios de territorios «no colaborativos» en un eufemismo fácilmente comprensible incluso para los no expertos en la materia. Nos preguntamos si Panamá, tal y como ha hecho el gobierno francés, volverá a formar parte de la lista negra española de territorios considerados paraíso fiscal. A lo largo de este trabajo ya hemos puesto de manifiesto que la divergencia de criterios

entre diversos organismos internacionales no facilita la identificación y localización de estos territorios beneficiando tan solo a quien mantiene un ánimo defraudatorio. Es absolutamente necesario que se actúe coordinadamente y no se postergue la tan ensalzada, pero nunca del todo lograda, armonización en este campo tan específico. Otra cuestión es saber si la información contenida en el modelo 720 se ha utilizado adecuadamente, si bien hemos de indicar que por lo publicado hasta el momento en numerosos casos se trata de información muy anterior a 2013 (en algunos casos 1990), lo cual es como decir la Prehistoria en la lucha contra la evasión fiscal.

Al mismo tiempo debe señalarse que los datos abarcan un periodo de tiempo extraordinario (1977-2015), aunque se centren con mayor profusión en los últimos quince años.

Sea como fuere, la mayoría de los países sustenta un marco jurídico donde algunas de las conductas denunciadas habrían prescrito.

Panamá ocupa el puesto 16º (entre 200 jurisdicciones) como lugar de preferencia para los inversores residentes en España en su declaración del modelo 720.

De la lista de territorios considerados paraísos por la UE también extraemos dos conclusiones:

- El origen británico de la gran mayoría de los territorios hoy considerados paraísos (entre otras razones por razones históricas relacionadas con los procesos descolonizadores, así como por la reiterada inoperancia de los gobiernos británicos contra estos territorios que siguen manteniendo el vínculo con la otrora metrópoli Londres: la Commonwealth).

- Al menos una tercera parte de los miembros de este poco selecto club son regímenes dictatoriales y otro tercio son gobiernos con nula tradición democrática. Por eso resulta aún más inaceptable que la UE y Estados Unidos mantengan territorios de baja tributación fuera del concepto de paraísos y se limiten a declarar como tales a aquellos que no intercambian información. Se demanda un acuerdo sólido entre Estados Unidos y la UE para controlar y frenar el auge de esta industria de la evasión en estas jurisdicciones. Este acuerdo debe realizarse en términos de igualdad a diferencia de otros hasta el momento firmados con carácter bilateral y que están suscitando dudas en su aplicación práctica. Esto tendrá que ser revisado si no se pretende forjar un nuevo grupo de países generadores de graves distorsiones fiscales internacionales. En el concepto de paraíso fiscal se halla una de las claves a la solución real de este problema. En el criterio de imputación de rentas a sus ciudadanos (residentes y no residentes) se atisba otra posible solución.

4- Consideramos positiva, con todos los matices expresados, cualquier revelación que descubra el fraude fiscal en cualquiera de sus vertientes y aquí se

dan todas: secreto bancario, paraísos fiscales y blanqueo de capitales, en suma, una tormenta perfecta para estudiar conductas antijurídicas.

Es preciso que la sociedad y el gran público, superando la anécdota de nombres conocidos que este caso entraña, conozca que desde hace casi una década existen iniciativas legislativas internacionales muy potentes y decididas en el ámbito de la cooperación internacional que el Derecho Internacional Público proporciona, que están trabajando y desarrollando todo un marco para luchar contra la evasión y elusión fiscal. Las actuaciones del GAFI en Blanqueo de Capitales o de CRS dentro de la OCDE son referentes muy próximos y realidades que sin duda contribuirán a una mejora de la equidad tributaria que todo sistema financiero justo y democrático debe aspirar; esa conciencia internacional es alentadora aunque no suficiente. Se debe seguir trabajando muy especialmente en el ámbito de las estructuras societarias que con actuaciones internacionales ocultan rendimientos al fisco sobrecargando así la presión fiscal de los contribuyentes.

Una lección aprendemos de estos Papeles: fraude fiscal habrá siempre (pues es consustancial a la naturaleza humana), pero la actuación coordinada e internacional es el único medio eficaz para combatirlo.

A lo largo de la Historia los Estados han utilizado los paraísos fiscales como cloacas; es probable que siempre quede de esto un resquicio, pero estas revelaciones limitan el cerco de actuación de estas conductas contrarias a la Ley y el ciudadano debe comprender que lo importante es que hoy existen herramientas y legislación suficiente, además de medios tecnológicos, para combatir esta lacra mediante la inteligencia financiera y un mayor grado de transparencia.

5- Debe recordarse, de nuevo, que la tenencia de una cuenta o posición (tanto a título personal como a través de una sociedad) en un paraíso fiscal no constituye por sí solo una conducta ilícita, ni penal ni fiscalmente. Lo ilícito es no declarar al fisco tales posiciones con el consiguiente ahorro fiscal para quien incurre en tales conductas al evadir el pago de impuestos.

Como se ha expresado, dos pueden ser, entre otras, las causas frecuentes de esta conducta:

- Eludir la tributación o tributar lo menos posible para lo cual y dados los altos costes de contar con los servicios especializados de estos despachos, debemos hablar de grandes cantidades de dinero que compensen la gestión. El ahorro fiscal supone una actuación ilegal que el cliente (bancario o de despacho) conoce y asume en cualquier vertiente (no ha lugar la «sorpresa» de los afectados). Nadie tiene dinero en un paraíso con una finalidad confesable, las razones son espurias.

- Eludir los controles financieros y regulatorios de sistemas legislativos avanzados como el norteamericano y especialmente el europeo. Como ya hemos ilustrado con cifras al tratar esto, son habituales de las listas de paraísos fiscales y centros financieros, conocidas multinacionales (españolas entre otras) que mantienen con esta finalidad filiales en paraísos fiscales.

6- Debemos aprender de los mecanismos defraudatorios para legislar rápida y eficazmente.

Es preciso revisar y actualizar internacionalmente

La tenencia de una cuenta o posición en un paraíso fiscal no constituye por sí solo una conducta ilícita. Lo ilícito es no declarar al fisco tales posiciones

el criterio de consideración de paraíso fiscal. Existen medios contemplados por el Derecho Internacional Público para que esos territorios dejen de serlo.

Insistir en la naturaleza de actuaciones legislativas internacionales coordinadas de enfoque multilateral pues solo estas (con el problema de su coercibilidad) pueden abarcar e incluir soluciones para vehículos jurídicos habituales en el mundo del fraude fiscal mediante los resquicios que dejan su difícil traslación entre sistemas jurídicos muy diferentes (anglosajón y continental). Estos resquicios son aprovechados por los especialistas (provistos de medios materiales casi ilimitados) para la creación de estructuras que propician la evasión fiscal.

7- La grave secuela de toda esta investigación es la merma en la confianza pública. No estamos, por el momento, muy sobrados de esta en el siglo XXI. Los próximos casos que revelen fraude fiscal internacional de gran escala deben ser analizados a la luz de las claves ya expresadas, considerando que desde 2010 existen diferentes instrumentos que luchan decididamente contra esta lacra. Otra cuestión es si desde el otro lado del Atlántico se aplica recíproca y simétricamente estos acuerdos de intercambio de información tributaria, es decir, si el amigo americano está dispuesto a intercambiar información tributaria con ciertos países en plano de igualdad. Ese es el reto y la prueba definitiva que demostrará si hemos entrado en una nueva era en la gobernanza fiscal internacional.