

“Desmantelar progresivamente todas las formas de paraísos fiscales, jurídicos y bancarios que no son más que refugios de la criminalidad organizada, la corrupción, y todo tipo de tráfico, fraudes y evasiones fiscales, operaciones delictivas de grandes empresas e incluso de gobiernos.” ( Porto Alegre 2005)

## **Introducción.-**

La justicia fiscal internacional nace como concepto necesario de la mano de la mundialización de la actividad económica, característica esencial de la actual fase de desarrollo capitalista.

Los sujetos económicos, léase grandes empresas y grandes patrimonios, trascienden los límites geográficos de los Estados en su búsqueda de la eficiencia en la asignación de los recursos con la finalidad de maximizar sus beneficios o rentabilizar sus inversiones.

A este objetivo se ha plegado la Organización Mundial de Comercio (OMC) al adoptar medidas tendentes a la desregulación de los mercados, en especial, del mercado de capitales; y a este objetivo, igualmente, deben su razón de ser las desarmonizaciones en el ámbito tributario que se traducen fundamentalmente en figuras tales como la competencia fiscal internacional, el secreto bancario y los paraísos fiscales.

La colisión entre los intereses de las grandes empresas y patrimonios, a los que se unen de forma identitaria los de la delincuencia organizada internacional, y los de la ciudadanía mundial en general, es evidente en la medida en que los privilegios fiscales de los primeros se traducen en una merma de los ingresos de los Estados y, en definitiva, en el deterioro del Estado del Bienestar para los mas afortunados y en la imposibilidad de su construcción para el resto.

No es ajena en absoluto a esta realidad, la implantación de la liberalización o desregulación de los mercados financieros, que ha permitido la creación de un mercado planetario del dinero.

No es casual que el valor de las operaciones financieras internacionales se cincuenta veces superior al valor del comercio internacional de bienes y servicios, es decir, que la mayor parte de las operaciones financieras internacionales se corresponden con operaciones puramente especulativas. Tampoco es casual el hecho de que el volumen de las transferencias electrónicas de dinero,

efectuadas por medio de las redes internacionales de mensajes cifrados (SWIFT, FEDWIRE, CHIPS, etc.), se haya triplicado en un plazo de cinco años.

La trascendencia de estos acontecimientos para el sistema económico internacional es notoria en la medida en que están contribuyendo al agrandamiento de la brecha entre los países desarrollados y los subdesarrollados, al desmantelamiento del Estado del Bienestar en los países desarrollados y al establecimiento de unas nuevas bases de funcionamiento del capitalismo como sistema económico único.

La liberalización del mercado de capitales, no solo ha abierto débiles mercados financieros de los llamados países emergentes al capital especulativo, introduciendo en sus economías el más elevado factor de desestabilización (desplome de los llamados dragones asiáticos en la década de los ochenta debido a la grave crisis monetaria provocada por la especulación contra sus monedas), no solo ha contribuido al espectacular crecimiento de su deuda privada externa, sino que ha facilitado la salida de capitales nacionales sin que sea posible distinguir entre aquellos que se han querido situar fuera del control fiscal de aquellos otros que han sido originados en actividades ilegales. Es decir, la desregulación de los mercados financieros es un instrumento más que idóneo para la comisión de fraudes fiscales y de blanqueo de capitales.

En la medida en que el desarrollo de los pueblos muestra una relación directamente proporcional con los recursos de sus respectivos Estados, se pone de manifiesto la necesidad de arbitrar a nivel internacional un conjunto de medidas fiscales tendentes a mejorar la distribución de la renta global. Estas medidas deben pasar necesariamente por la armonización de las figuras impositivas que gravan las distintas fuentes de renta, con especial atención a las rentas del capital, por la eliminación del secreto bancario y por la desaparición de los paraísos fiscales como territorios de baja o nula tributación.

“Abundancia e injusticia han sido los rasgos salientes del siglo XX. En los últimos cuarenta años el PIB mundial se duplicó mientras se triplicaba la desigualdad económica entre el centro y la periferia del planeta. El 25% de los más ricos consumen el 80% de los recursos disponibles, mientras casi 2.000 millones de personas subsisten con menos de 2 dólares diarios”, decía el Presidente de Brasil en enero de 2005.

Por otra parte, los datos siguientes ilustran esa desigualdad y permite comprender algunas de las causas de la misma. Según la organización suiza Declaración de Berna, los grandes patrimonios depositados y administrados en los bancos suizos tienen su origen, principalmente, en Argentina, Brasil, Líbano, Arabia Saudita, Liberia y Pakistán por un importe total de 22.761 millones de francos

suizos. Ante esta realidad el Tratado de la Unión Europea, según expresa su Preámbulo, impulsa un espacio de libertad, seguridad y justicia a partir de la promoción del “progreso social y económico de sus pueblos” y del “principio de desarrollo sostenible”. 1.e). Dichas previsiones, serían necesarias no solo en Europa sino en toda la comunidad internacional. Debe recordarse que rige un principio casi absoluto de libertad de movimientos de capitales que, en el marco europeo, ha llevado a establecer una expresa prohibición de cualquier restricción sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países (artículo 56.2 del Tratado constitutivo de las CCEE). Sin perjuicio, de las facultades de las autoridades nacionales en materia tributaria, de supervisión de las entidades financieras, completamente insuficientes, y de la declaración de ciertos movimientos de capital a efectos meramente estadísticos. (artículo 58 del Tratado constitutivo de CCEE).

Es decir, estamos ante una economía liberalizada, internacionalizada, con una interdependencia de los mercados, donde la facilidad de desplazamientos, la inmediatez de las comunicaciones y transacciones, los avances tecnológicos y la asimetría de los ordenamientos nacionales, favorecen la actividad delictiva cuando se produce desde o a través de las grandes corporaciones (Corporate Crime).

La globalización, pues, genera un espacio económico carente de una regulación efectiva, sobre todo, como ahora veremos, en la actividad bancaria. Y, paralelamente, la ausencia de una respuesta punitiva y administrativa uniforme. Los delincuentes se aprovechan de que, ante formas similares de criminalidad económica continua habiendo distintos niveles de reproche social, de represión penal y de gravedad de las penas.

En este contexto se producen, periódicamente, grandes escándalos financieros, la mayoría de ellos con relevancia penal, como Banesto, Elf Aquitaine, Enron, Worldcom, Parmalat y los que afectan al BBVA y al Banco Santander Central Hispano.

La capacidad de las grandes empresas para quebrantar la normativa que regula su actuación y la fragilidad del sistema capitalista dominado por una creciente desregulación y graves deficiencias de sus sistemas de control han favorecido aquellos hechos.

Estamos, pues, ante una realidad que tiene como centro la empresa como sujeto específico de la actividad delictiva. Delitos que atentan contra el orden socio-económico y la estabilidad del sistema financiero (delitos societarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos bursátiles, contra los consumidores, insolvencias punibles, blanqueo de capitales, entre otros). Con una especial atención a los fraudes fiscales en los que, cuando son de gran trascendencia económica,

la banca tiene una intervención relevante, en cuanto dichas conductas punibles dificultan gravemente una justa redistribución de la renta y son, por tanto, un factor generador de desigualdad social.

### Sistemas para la ocultación de rentas y la evasión fiscal.-

El abuso de las personas jurídicas y los productos offshore.

La investigación y la acreditación de esta forma de delincuencia presentan dificultades derivadas de su modo de proceder.

Por una parte, la criminalidad financiera tiene como sujeto principal la sociedad anónima que, por tanto, se constituye y actúa bajo la cobertura de la legalidad formal. Los hechos punibles se presentan como actos lícitos desarrollados en el normal ejercicio de la actividad empresarial bajo un ropaje formal que es extremadamente útil para enmascarar el comportamiento ilícito.

La persona jurídica, con sus diversos órganos de gobierno y dirección, división de tareas y estructura jerárquica, se constituye en el centro de la actividad delictiva y representa un óptimo recurso para velar o cubrir las voluntades y las conductas criminales de las personas físicas que realmente actúan. El problema es aún mayor cuando estamos ante una densa red de sociedades interrelacionadas, con sus respectivos administradores reales o ficticios que dificultan aún más la determinación de quién o quienes son los que toman y ejecutan las decisiones delictivas.

Evidentemente hay recursos jurídicos para penetrar en esa trama tan compleja pero es indudable que la delincuencia económica dispone de una gran ventaja, de una verdadera barrera de protección. La forma de superarla debe ser un régimen jurídico riguroso que garantice la plena transparencia de todas las personas jurídicas, la identificación real del accionariado y de sus administradores y la verdadera naturaleza de las operaciones jurídico-económicas en que interviene.

Es sabido que filiales de entidades bancarias españolas domiciliadas en paraísos fiscales ofrecen a clientes residentes en territorio español estructuras constituidas por entidades domiciliadas en diversas jurisdicciones offshore y onshore aptas para deslocalizar rentas y patrimonios generados en España, a partir de la confidencialidad que se brinda al cliente respecto a la identidad del usuario de tal estructura. La adquisición de los llamados productos fiduciarios *offshore* permite ocultar la identidad de quien percibe una renta, posee un patrimonio, realiza entregas de bienes, prestaciones de servicios o adquisiciones patrimoniales u obtiene incrementos de patrimonio a título lucrativo, y permite, por tanto, la elusión de los impuestos españoles que gravan esos hechos imposables. Es razonable afirmar, por tanto, que la utilización de un producto fiduciario *offshore* conlleva la utilización de personas interpuestas para ocultar la identidad de quienes verdaderamente realizan hechos imposables gravados por impuestos aplicables en España, constituyendo una de las modalidades más graves de fraude fiscal. Estructuras que representan un ejercicio clandestino de la actividad económica que quebrantan flagrantemente el principio de transparencia que debe presidir

el desarrollo de la actividad societaria. Es significativa la contradicción de estas conductas, la comercialización de los productos fiduciarios offshore, con las especificaciones de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, de Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales.

Las medidas adoptadas por la Ley tratan de impedir la intervención en el tráfico mercantil y financiero desde la sombra que presta la denominación social de una sociedad, y se dirigen a hacer efectivo el principio de transparencia en el comercio orientándose, tal como se indica en la exposición de motivos de la Ley 19/1993 "primordialmente a las personas y entidades que integran el sistema financiero". Pues bien, parece que estas conductas, orientadas a la comercialización de productos fiduciarios offshore, siguen precisamente la dirección contraria a la que marca la Ley 19/1993. Mientras la Ley de Prevención exhorta a las entidades a investigar la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan los clientes o personas cuya identificación fuera preceptiva cuando existan indicios de que no actúan por cuenta propia, las entidades que comercializan estos productos articulan los procedimientos idóneos para mantener oculta la identidad de aquellos clientes que así lo demandan.

El problema mereció la atención del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), que en las Recomendaciones 33 y 34 advierte del "uso ilícito de personas jurídicas para el blanqueo de capitales".

Más lejos ha llegado la Convención de NNUU contra la delincuencia transnacional organizada que advierte a los Estados, como medida preventiva de la criminalidad organizada, frente a "la utilización indebida de personas jurídicas" por grupos delictivos organizados. Y, asimismo, recomienda la necesidad de crear "registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas". Esta medida, en cuanto que la Convención ya ha sido ratificada por España, podría ser acordada ya como respuesta ante la problemática que plantea la delincuencia económica, con independencia de su incidencia en las conductas delictivas previstas en la Convención.

Si importante es la transparencia de las personas jurídicas, igualmente lo es disponer de una información veraz sobre el movimiento de capitales.

Decir movimiento de capitales es decir sistema bancario a través del cual se produce la parte más significativa de la delincuencia económica. Precisamente, como consecuencia de un proceso de desregulación bancaria que, objetivamente, ha limitado las formas de control del sistema financiero. Desregulación que está estrechamente vinculada a avances tecnológicos y operaciones financieras que favorecen o directamente persiguen la opacidad sobre los partícipes en dicha operaciones. Ya no es solamente que "la aparición de nuevas tecnologías ofrece riesgos potenciales de blanqueo de dinero", como decía el GAFI en el Informe anual 95-96, es que son el principal instrumento de formas delictivas como, entre otras, la evasión fiscal.

En definitiva, la actividad bancaria, en alguna de sus manifestaciones, constituye un factor de riesgo para la comisión de actos delictivos. Entre otras, pueden referirse la "*correspondent banking*", la

banca privada, la banca *on-line*, las cuentas internas del propio banco, las cuentas bancarias temporales, las "cuentas escoba", las cuentas anónimas, las numeradas y las sociedades filiales de la entidad matriz en el extranjero y, en particular, en jurisdicciones *offshore*. A través de estas formas de actividad bancaria se producen las transacciones sobre divisas, transacciones de las que más del 95% no guardan relación con el comercio de bienes y servicios ni con las inversiones y, por ello, puede decirse que tienen " un carácter puramente especulativo"

El problema es tan grave y extendido que en las Recomendaciones del GAFI, la primera admonición respecto a los Procedimientos de debida diligencia (DDC) sobre las instituciones financieras es que estas "no deberían mantener cuentas anónimas o cuentas bajo nombres evidentemente ficticios" (Regla 5). Como también se advierte, por el GAFI, de la necesidad de identificar y verificar la identidad de los clientes y, en particular, del beneficiario final de la operación, fijando, además, criterios sobre las relaciones de "corresponsalía bancaria transnacional". Todo ello expresa una realidad dominada por un vacío normativo que puede amparar el blanqueo de capitales como otras formas delictivas.

Ante una realidad tan evidente como compleja, la reacción de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional ha sido insuficiente y escasamente eficaz.por estar fuertemente condicionados por el poder y la capacidad de presión de los *lobbies* financieros.

Basta con referirnos a Europa. En efecto, en Schengen se proclamaba la voluntad de las Partes "de reforzar la cooperación entre sus autoridades aduaneras y policiales, en especial en la lucha contra la criminalidad, contra el fraude fiscal y el contrabando", haciéndose una mención explícita a la asistencia mutua contra los "movimientos irregulares de capitales", movimientos nunca definidos y prácticamente nunca investigados.

El problema era tan grave que el Consejo de la Unión Europea, el 4 de abril de 2001, emitió un Informe que señalaba las dificultades para conseguir la identificación de las cuentas bancarias y el seguimiento de sus movimientos. Con seguridad, dicho informe, fue el detonante del Protocolo del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 21 de noviembre de 2001.

El Protocolo se fundamenta en la necesidad de adoptar medidas adicionales para combatir "la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la delincuencia financiera". Para ese fin, los Estados miembros se comprometen a cumplimentar solicitudes de información sobre la titularidad de cuentas bancarias, sobre transacciones y a garantizar el control, durante un período determinado, de las operaciones realizadas en las cuentas que son objeto de investigación. El resultado es que, casi cuatro años después, el protocolo solo ha sido ratificado por nueve Estados,incluido España,con las

significativas ausencias de Reino Unido e Italia, un signo más de la resistencia que ofrece la Comunidad Europea para abordar el control de la banca como cauce y partícipe de la delincuencia económica.

¿Por qué no abordar ya, definitivamente, un registro centralizado de cuentas y depósitos bancarios y activos financieros bajo en control de Banco de España?

### **El secreto bancario.-**

Otro obstáculo importante para la investigación y la cooperación internacional frente a la delincuencia económica es el secreto bancario.que impide acceder al conocimiento de

los movimientos de las cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y otras operaciones activas y pasivas, así como el origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago.

Sin embargo, algunos avances se han producido. El artículo 18.8 de la Convención ya citada de NNUU establece que “los Estados parte no invocarán el secreto bancario para negar la asistencia judicial recíproca”. Y en el ámbito europeo, el citado Protocolo de 2001, en el artículo 7 dice que “ningún Estado miembro invocará el secreto bancario para rechazar una cooperación relativa a una solicitud de asistencia policial de otro Estado miembro”.

Pero, subsisten serias dificultades en la cooperación internacional en la medida en que la confidencialidad bancaria está presente en muchos ordenamientos europeos, en materia fiscal, confidencialidad que termina por proyectarse también en el ámbito penal. Ciertamente, algunos avances se han producido, la Directiva 2.004/56/CE y su incorporación al ordenamiento español a través del Real Decreto 161/2005, de 11 de febrero, representa un avance en la cooperación europea mediante el intercambio de información tributaria pese a que se mantienen restricciones graves como la posible oposición del Estado que facilita la información a que ésta pueda ser revelada en el curso de un proceso penal o si la divulgación de la misma pudiese afectar a un “secreto comercial, industrial o profesional”. Pero, en todo caso, las dificultades siguen presentes. Así se desprende con toda evidencia de la Directiva comunitaria 2003/48/CE, de 3 de junio de 2003, sobre fiscalidad del ahorro. Constata que son frecuentes los casos

de residentes que consiguen eludir toda tributación en su Estado de residencia por los intereses percibidos en un Estado distinto al de su residencia. Reconoce que estos movimientos de capital originan “distorciones que son incompatibles con el mercado interior”. Y admite que “mientras

Estados Unidos, Suiza, Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y los territorios dependientes y asociados pertinentes a los Estados miembros no apliquen todas las medidas equivalentes o idénticas a las previstas en la presente Directiva, la fuga de capitales hacia dichos países y territorios podría hacer peligrar el logro de sus objetivos". La Unión Europea ya había reconocido la realidad de los paraísos fiscales en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículos 182 a 188), pero esta Directiva no solo reconoce explícitamente su condición de territorios privilegiados para la fuga de capitales y la evasión fiscal, sino que reconoce también su condición de países no cooperantes en el suministro de información relevante relacionada con la actividad bancaria.

Es evidente la finalidad fiscal que pretende la Directiva, como también es evidente que la cooperación que se pretende exige el intercambio de información acerca de la identidad de los beneficiarios de los intereses y de su cuenta bancaria. Pues bien, debido a lo que se denomina "divergencias estructurales", que no es otra cosa que el secreto bancario, se otorga un aplazamiento para la aplicación de la Directiva a Austria, Bélgica y Luxemburgo, que así obtienen un trato de favor... En definitiva, se subordina la política fiscal europea a las decisiones finales, casi un veto, de los paraísos fiscales y de los Estados de que dependen. La naturaleza fiscal de la Directiva no puede impedir reconocer que constituye un pésimo precedente, incluso en el ámbito penal, en la lucha contra los paraísos fiscales como veremos al examinar su aplicación por el Gobierno.

Las anteriores consideraciones pueden servir de introducción para abordar el grave problema de los paraísos fiscales.

El centro *offshore*, desde un punto de vista estrictamente económico, podría entenderse como la jurisdicción o territorio que ofrece servicios financieros a clientes cuya actividad principal tiene lugar en otra jurisdicción (es decir *offshore*).

Los centros *offshore* se definen por diversos criterios, dos de ellos de significación económica pero muy significativa: la ratio entre sociedades constituidas y población residente y la ratio entre depósitos de residentes y de no residentes. Los datos disponibles indican que la población residente en dichos territorios, con escasos miles de habitantes, y las características de su economía local en modo alguno podrían generar la actividad financiera que allí se produce, lo que expresa un grave desequilibrio, es decir movimientos de capitales, que de forma importante solo pueden ser fruto de la evasión fiscal y del blanqueo de dinero. Máxime cuando, según datos suministrados por la Declaración de Berna, "las transacciones financieras de cerca de la mitad del comercio mundial pasa por los paraísos fiscales"

Por ello resulta preocupante que la inversión española en dichos territorios, entre 1998 y 2000, constituyera el 3,4% de la inversión española en el exterior, es decir, aproximadamente 1.219 millones de euros.

El centro *offshore* se constituye inicialmente con una finalidad eminentemente fiscal, amparar y proteger rentas procedentes de otros Estados que así eluden sus obligaciones tributarias dado que dichos en centros la tributación es nula o mínima. La realidad de los mismos es grave en si misma ya que rompe la integridad de los sistemas tributarios nacionales, generando lo que se ha llamado competencia fiscal nociva.

El paraíso fiscal es, pues, un espacio privilegiado para esos fines, pero presenta otros rasgos que favorecen el irregular movimiento de capitales. A ellos contribuye la prestación de servicios financieros muy especializados y servicios de telecomunicación muy avanzados.

Según la OCDE son los siguientes:

- a) leyes o prácticas administrativas que impiden un intercambio efectivo de información sobre las operaciones que allí se producen. Es decir, son países o territorios no cooperantes con la comunidad internacional.
- b) El problema que plantea lo que suele denominarse "asimetría en las regulaciones" normativas que, si ya es importante entre los países *onshore*, es mucho más relevante entre estos y los centros *offshore*. Particularmente, en el derecho de sociedades que se erige en la principal barrera para conocer, entre cualquier operación financiera quien sea el destinatario último del dinero.
- c) La vigencia de un derecho societario que elude cualquier exigencia de transparencia en la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles: la posibilidad indiscriminada de sociedades pantalla, la no exigencia de capitales mínimos, la ausencia de verificación de cuentas anuales, la tolerancia con la llevanza de la contabilidad, etc. A ello se añade que dichas sociedades, en cuanto no desempeñan un a actividad económica real, no disponen de locales propios ni de personal exclusivo, sus administradores solo administran formalmente ya que también lo hacen cientos de sociedades y los accionistas son testaferros que ocultan los titulares reales.
- d) Y, finalmente, no rige ninguna exigencia de que la actividad económica que allí se desarrolla sea real, lo que permite concluir que el objeto de esos territorios es exclusivamente atraer inversión y transacciones por motivos puramente fiscales.

En este contexto es lógico que los paraísos fiscales sean uno de los modos fundamentales del blanqueo de capitales. Pero aquí interesa, por encima de otra consideración, su contribución a la delincuencia financiera.

Porque en efecto, como decía el que fuera fiscal del Cantón de Ginebra y actual Magistrado del Tribunal Penal Federal, Bernard Bertossa, :“ El fraude cometido por algunos ciudadanos no es neutro para los demás contribuyentes. El fraude fiscal determina, por un efecto puramente mecánico, que el importe defraudado tenga que ser soportado por los contribuyentes “honrados”...” En efecto, los fondos depositados o remansados en los paraísos fiscales, con un tratamiento fiscal tan favorable, escapan a la economía real de los países de donde proceden, y, por tanto, son sustraídos a la aplicación de políticas sociales perjudicando a las medidas a favor del trabajo, la sanidad, la educación y la protección social.

El problema es de tal alcance que mereció la atención de la OCDE. En 1998 publica un amplio Informe sobre “La competencia fiscal nociva”. En la introducción se dice lo siguiente: “La intención del informe es desarrollar un mejor entendimiento de cómo los paraísos fiscales y los regímenes fiscales preferenciales nocivos, conocidos como ‘prácticas fiscales nocivas’, afectan a la ubicación de actividades fiscales y otros servicios, erosionan las bases imponibles de otros países, distorsionan los patrones de comercio e inversión y minan la justicia, neutralidad y amplia aceptación social de los sistemas fiscales en general. Tal competencia fiscal nociva disminuye el bienestar global y vulnera la confianza de los contribuyentes en la integridad de los sistemas fiscales.” Planteamiento que no puede compatible con el reconocimiento de que la globalización y “la liberalización progresiva del comercio y la inversión ha sido el único y más poderoso impulsor del crecimiento económico y del aumento de los estándares de vida”.

Precisamente por razón de este punto de partida, el Comité de asuntos fiscales plantea el diálogo con los paraísos fiscales si dan una “señal clara” de restringir sus prácticas fiscales nocivas. La pretensión es, según la OCDE, evitar la reducción de las bases imponibles nacionales, la alteración de la estructura de la tributación y las dificultades en el proceso de redistribución.

Sin embargo, la realidad no ha cambiado. El Foro de prácticas fiscales nocivas ha ido publicando informes sucesivos sobre los progresos realizados en la identificación y eliminación de dichas prácticas. En el Informe de junio de 2000 se citan 35 territorios como paraísos fiscales, alguno de ellos asociado a miembros de la OCDE como el Reino Unido, Países Bajos, Estados Unidos y Nueva Zelanda. En esa lista ya no aparecen, entre otros, Bermudas y las Islas Caimanes porque, según dice,

han asumido "el compromiso de modificar sus sistemas fiscales con el fin de dejar de ser paraísos fiscales antes del 31/12/2005".

Paralelamente, otro organismo vinculado a la OCDE, el GAFI, está llegando a conclusiones semejantes, es decir, a suavizar el trato de la comunidad internacional con los paraísos fiscales favoreciendo su mantenimiento bajo la indiscutible presión del poder financiero mundial.

Como es sabido, el GAFI aprobó en 1990 Cuarenta Recomendaciones, actualmente revisadas, que tienen como finalidad establecer directrices para reducir la vulnerabilidad del sistema financiero al blanqueo de capitales, con una especial atención a los paraísos fiscales que son denominados "Países o Territorios No Cooperantes" (PTNC). Pues bien, en junio de 2001 fueron retirados de la lista de paraísos fiscales, a aquellos efectos, las Islas Caimanes, Las Bahamas, República de Panamá y Principado de Liechtenstein, en octubre de 2002 la República de Dominica, y, posteriormente, ha retirado también de la lista San Vicente y las Granadinas. Según dicho Organismo debe suponerse que los citados territorios ya no deben ser considerados paraísos fiscales por su compromiso a aplicar las Recomendaciones. Según el GAFI, a febrero de 2005 sólo quedaban incluidos en la lista los Estados de Nigeria, Myanmar y la Isla de Nauru. Con los criterios aplicados en la aplicación de las Recomendaciones, el GAFI expresa su debilidad y su incapacidad para ser un verdadero instrumento contra los fines más perturbadores de los paraísos fiscales. Porque, en efecto, es un problema que no puede resolverse en modo alguno con el compromiso de dichos territorios de facilitar información, compromiso que con ser importante no es suficiente para abordar en toda su extensión la gravedad de la situación. La actitud del GAFI está reflejándose en algunas Comisiones de Prevención de Blanqueo nacionales que no prestan la debida atención ni reaccionan con la debida energía ante la función de los paraísos fiscales como cauce fundamental de la evasión fiscal. Y, en consecuencia, no actúan con la debida eficacia ante los sujetos obligados cuando el delito base del blanqueo es el delito fiscal. En este sentido, resulta significativo que no figure en los informes y en las relaciones del GAFI un país como Suiza que ocupa una situación dominante en la gestión de fortunas de clientes no residentes (offshore private banking), hasta el punto de que un tercio de dichas fortunas está depositado en la banca de dicho país.

Ante este retroceso generalizado frente a la realidad indiscutible de los paraísos fiscales como refugio seguro del dinero ilícito, el Gobierno español ha iniciado también un grave y significativo repliegue. El Real Decreto 1.080/91 de 5 de julio y la Orden del Ministerio de Economía de 3 de agosto de 2000, que relacionan los paraísos fiscales, a efectos tributarios, sigue conservado su vigencia. Es más, el Real Decreto 116/2003 de 31 de enero ha reiterado la relación inicial que está actualmente constituida por 53 paraísos fiscales. Pero, en esta disposición se incluye una previsión

preocupante. Se admite la posibilidad de que puedan establecerse acuerdos con los paraísos fiscales para

obtener “intercambio de información en materia tributaria” con la consecuencia de que cuando esos acuerdos entren en vigor dichos territorios “dejaran de tener la consideración de paraísos fiscales”. En todo caso, siguen constituyendo, en la letra de las normas, un motivo de preocupación para la política anti-blanqueo y tributaria. Es justo constatar la importancia del Real Decreto 54/05 de 21 de enero, que reforma el Reglamento de Prevención del blanqueo de capitales, en orden a mejorar los instrumentos que deben aplicar la banca y demás sujetos obligados en la identificación de ordenantes, de transferencias internacionales de fondo con inclusión de los supuestos en los que el cliente no está físicamente presente. Igualmente, debe de señalarse la Resolución de la Dirección General de la Agencia Tributaria, de 7 de febrero de 2005, sobre el Plan de Control Tributario de 2005, en las que se señalan los paraísos fiscales “áreas de riesgo de atención prioritaria”, especificándose como objetivo el control de las operaciones realizadas con dichos territorios. Confiamos que la dirección actual de la Agencia Tributaria cumpla dichos objetivos. Porque lo que sí es conocido es que en el período 1998-2002 fue prácticamente nula la actuación en orden a la investigación y denuncia de fraudes cometidos a través de los paraísos fiscales.

#### **La banca española y los paraísos fiscales.-**

En este marco, resulta sorprendente la presencia de la banca española en los paraísos fiscales. Particularmente, cuando estamos ante el fenómeno conocido como de banca privada, consistente en los servicios especializados y personalizados que el banco ofrece a clientes, normalmente de una fortuna personal considerable, residente en España. Asimismo, las sociedades filiales constituidas por las entidades bancarias en los centros *offshore* suele determinar que la cabecera del grupo rechace informar sobre ellas alegando la diferente personalidad jurídica de la filial *offshore*.

La transparencia fiscal internacional (TFI), que se regula en los artículos 92 del Real Decreto legislativo 3/2004 de 5 de marzo sobre el impuesto de la renta de las personas físicas, y 107 del Real Decreto legislativo 4/2004 de 5 de marzo sobre el impuesto de sociedades, trata de evitar la deslocalización de inversiones y actividades que se trasladan al extranjero por motivos fiscales mermando las bases imponibles y la recaudación en España. Para ese fin, la TFI obliga a determinados sujetos pasivos residentes en España a incluir en su base imponible ciertas rentas obtenidas por entidades no residentes en las que participan, por lo general rentas pasivas -que no requieren actividad ni organización empresarial- y algunas rentas empresariales.

En definitiva, las normas españolas de TFI, que tienen un alcance todavía muy modesto, tratan de combatir las conductas lesivas del sistema tributario al situar elementos patrimoniales de carácter mueble bajo la titularidad de entidades no residentes en territorios que disfrutaban de un régimen tributario privilegiado o deslocalizar artificialmente actividades empresariales por motivos fiscales.

Merece una especial atención el status en esta materia de las entidades de crédito españolas que operan en los paraísos fiscales a través de filiales que, ciertamente, quedan al margen de las normas de TFI, si sus operaciones se realizan frente a terceros no vinculados o que estándolo no residan en territorio español, cualquiera que sea el origen de los depósitos recibidos.

Todo ello es consecuencia de la falta de previsión legislativa sobre la supervisión del Banco de España en relación con las filiales de las entidades bancarias en los territorios *offshore*.

Para superar dichas insuficiencias, mientras no se acuerde que la banca abandone toda actividad en dicho territorio podrían adoptarse las siguientes medidas:

- a) Establecer que la autoridad monetaria, como requisito previo para autorizar una entidad de crédito, para operar a través de una filial en un paraíso fiscal exija a la entidad matriz:
  - a.1) que facilite los justificantes y antecedentes relativos a la documentación contable de dichas filiales
  - a.2) que suministre a la autoridad tributaria información con trascendencia fiscal de las operaciones realizadas por residentes en territorio español por medio de la filial, así como las llevadas a cabo por los derechohabientes residentes en dicho territorio

de entidades constituidas de acuerdo con el derecho del paraíso fiscal que realicen operaciones con la filial del banco español.

- b) Establecer el deber de suministrar la identidad de los clientes que hayan constituido, con su intervención o mediación, bajo titularidad directa o fiduciaria, entidades domiciliadas en un paraíso fiscal.

- c) La obligación de suministrar la identidad de los clientes que hayan adquirido, con titularidad directa o fiduciaria, productos comercializados a través de sus filiales en paraísos fiscales, con origen y/o destino, directo o indirecto, en cuentas abiertas en España

d) la obligación de suministrar la identidad de quienes hayan cobrado o ingresado fondos por importe igual o superior a 3.000 euros en cuentas de corresponsal abiertas en España de las filiales radicadas en aquellos territorios.

Con independencia de estas medidas, hay voces autorizadas, como la del Profesor Rosembuj, que mantiene la hipótesis de definir como ilícita administrativamente la mera actuación en un paraíso fiscal en cuanto que “significa ocultación de renta bajo la tutela de una jurisdicción que garantiza secreto y opacidad”.

Pero se ha producido una importante inflexión. El Banco de España, en la Memoria de supervisión bancaria correspondiente a 2003, llama la atención sobre la expansión internacional de la banca a través de los “establecimientos *off-shore*”.

El Banco de España admite la realidad de los paraísos fiscales como espacio de la actividad bancaria. Pero no solo los admite sino que reconoce oficialmente la presencia de la banca española en los mismos. En el documento, que no contiene referencia alguna al marco legal aplicable, continua sin plantear una reforma legal para garantizar el control de esa actividad bancaria. Sin embargo, reconoce el problema como grave en cuanto puede afectar a los “posibles riesgos de reputación” de las entidades por su actuación en los “centros financieros *off-shore*”. El Banco de España da una definición de dichos centros que coinciden sustancialmente con las características ya conocidas, como posibilidad de operar sin presencia o con escasa presencia física, secreto bancario, ventajas fiscales y las diferencias legales en el trato a residentes y no residentes.

El Banco de España reconoce lo que es un secreto a voces, que la banca desarrolla a través de sus filiales en dichos centros actividad propia de banca privada con residentes españoles, que los fondos captados en dichos centros se “remansan” en el mismo y que hay serios problemas en “la identificación precisa y documentada del cliente final” de los depósitos fiduciarios constituidos por las filiales *offshore* del grupo en la entidad matriz.

Tras un reconocimiento de patentes irregularidades cometidas por las entidades de crédito en dichos territorios, hace ciertas recomendaciones que tiene un común presupuesto: el propósito de “minimizar los riesgos legales y de reputación en que se incurre con las actividades realizadas en establecimientos *off-shore*”. En realidad las recomendaciones que formula, en cuanto carecen de una base normativa, quedan a la discrecionalidad de los Consejos de administración, situación que revela una vez más la falta de control sobre dicha actividad. No obstante, lo cierto es que requiere a la banca para que el “objeto social y las actividades que puedan llevarse a cabo en un centro *offshore* deban estar claramente identificados y definidos”. Insta a que se establezcan servicios que garanticen

una información periódica y detallada de las actividades del establecimiento y sus riesgos, particularmente en la actividad de las filiales “con clientes residentes en España”. Y, finalmente, requiere una mayor transparencia en la información sobre esa actividad en las Memorias anuales.

La posición del Banco de España, por su autoridad, es relevante, pero sigue admitiendo una realidad con un importante vacío normativo y no se advierten qué sanciones podrían recaer si las cabeceras del grupo no se ajustan estrictamente a las recomendaciones formuladas. Por tanto, está contribuyéndose a consolidar el sistema de los paraísos fiscales, eso sí, aconsejando a la banca cautelas que mejoren su reputación y reduzcan los riesgos económicos. En todo caso, resulta inadmisibles que la comunidad internacional, particularmente Estados Unidos, Gran Bretaña y los Estados europeos ya mencionados, mantengan el principio de la disparidad fiscal y toleren y acepten los paraísos fiscales, fuente de injusticias y de desigualdades, mediante un ejercicio abusivo y perverso del principio de soberanía cuando están en juego, como es el caso, principios básicos de la convivencia internacional. Máxime, desoyendo llamadas constantes de colectivos académicos y jurisdiccionales contra los paraísos fiscales como *L'appel de Genève* (octubre de 1996), la *Declaración de París* (junio de 2003) y las conclusiones de penalistas del *Programa Grotius* (abril de 2002).

Pero no parece bastante ante la presión del poder financiero mundial y, en especial, de la gran banca. Sin embargo, periódicamente, la cuestión estalla y entonces, solo entonces, se hacen llamadas apresuradas y escasamente creíbles para afrontar una realidad tan evidente como pernicioso.

Así, con motivo de la crisis empresarial de la sociedad italiana Parmalat, el Parlamento Europeo, el 19 de febrero de 2004, aprueba una resolución que, entre otras consideraciones, dice lo siguiente:

- a) “pone de manifiesto la falta de transparencia y el conflicto de intereses en la relación entre bancos, auditorías y sociedades”
- b) “que se aceleren las negociaciones en los foros internacionales (Foro sobre la estabilidad financiera del G8, OCDE, GAFI y otros), encargados de establecer directrices sobre los centros territoriales y otros paraísos financieros opacos”
- c) solicita a la Comisión que “consideren la conveniencia de revisar las normas y principios de la OCDE sobre [...] la liberalización de los movimientos de capital para reforzar la protección de los inversores”.

Es sorprendente tal pronunciamiento precisamente cuando acaba de aprobarse la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro, en los términos que hemos visto, y cuando el GAFI, días después, exactamente

el 27 de febrero, mostró una evidente debilidad ante los paraísos fiscales al reducir la lista negra de los mismos después de excluir, entre otros, a las Islas Caimanes.

### **La aplicación en España de la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro.-**

El desarrollo de la Directiva puede significar el comienzo de la aceptación en España de la realidad de los paraísos fiscales en su actual configuración con ligeros retoques.

En efecto el Gobierno de España, en el curso de los últimos meses ha celebrado diez Tratados Internacionales- con la denominación de Canjes de Nota- con otros tantos paraísos fiscales para la puesta en marcha de aquella Directiva el 1 de Julio de 2005. Los Canjes de Nota se han producido entre le Gobierno español y Holanda, en representación de las Islas Aruba y las Antillas holandesas, con el Reino Unido, en representación de las Islas Caimán, Islas Vírgenes británicas, Anguila, Montserrat y las Islas Turcas y Caico y directamente con las autoridades de Jersey, Guernsey y Man. El objeto de cada uno de dichos Tratados es la aplicación de dicha Directiva, es decir el intercambio de información sobre pagos de intereses de créditos por las entidades financieras a las **personas físicas** que resulten beneficiarios efectivos de dichos intereses, con la salvedad de que algunos de dichos territorios han sustituido, por un período transitorio, la información por una retención a cuenta. Llama la atención que el Estado español celebre Tratados con territorios que según el ordenamiento nacional- R.D. 1080/91- están incluidos en una **lista negra** en calidad de paraísos fiscales, sospechosos, por tanto, de servir de cobertura al fraude fiscal internacional. Podría afirmarse que la firma de dichos Tratados expresa el propósito de dichos territorios de iniciar una estrategia económica que supere la tradicional y contundente opacidad que los caracteriza. Sin embargo, entendemos que ello no es así, pues el alcance real de dichos Tratados es muy limitado, casi irrelevante, y por tanto es compatible con el mantenimiento de dichos territorios como espacios seguros para el refugio del dinero ilícito procedente de toda clase de delitos. Conviene recordar que la Directiva sólo se aplica a rendimientos generados por los créditos excluyendo "las imposiciones de pensiones y prestaciones de seguros." Por otra parte, sólo puede afectar a las personas físicas que hayan verificado dichas operaciones, limitación importante en la medida en que las inversiones que pretenden gravarse suelen hacerse, como ya se ha expuesto, a través de estructuras jurídicas y societarias muy complejas que impiden la identificación del beneficiario real los Acuerdos otorgan a la información que, en su caso, se suministre una rigurosísima protección a través de cláusulas de "confidencialidad" o "secreto" que garantizan su uso casi exclusivo por las autoridades responsables de la imposición directa y solo excepcionalmente podrá utilizarse en

procedimientos judiciales . Así mismo, es preocupante la firma de los Acuerdos, tanto por la aceptación como interlocutores directos e inmediatos de los paraísos fiscales como por el riesgo de que dichos Tratados constituyan el inicio de un proceso que conduzca a que el Gobierno deje de considerarlos como tales a tenor de la previsión contemplada en el R.D 116/03. Finalmente será necesario saber cómo va a hacerse compatible esta relación con los paraísos fiscales con las previsiones de la Autoridad Tributaria española, que los considera zona de “riesgo fiscal” y con las advertencias ya examinadas del Banco de España sobre la presencia de la banca en dichos territorios.

La decisión de aplicar dicha Directiva y la celebración de dichos Tratados no conduce a la deslegitimación y aislamiento de los paraísos fiscales sino a su reconocimiento y consolidación tanto económica como políticamente. Es lo que representa que un Estado como España, haya negociado y pactado con las autoridades de Jersey que se caracterizaron por rechazar la colaboración interesado por la Autoridad Judicial española en la investigación de las cuentas secretas del BBV.

#### **Conclusiones.-**

Estamos, pues, ante un problema de gran alcance que precisa de respuestas nacionales y multilaterales como condición necesaria para un desarrollo equilibrado y sostenible de los pueblos.

El presupuesto de todas ellas es la constatación de que la línea divisoria entre las conductas punibles de blanqueo de capitales y las distintas formas de delincuencia financiera es prácticamente inexistente. Los paraísos fiscales subsisten como única expresión y a la vez baluarte de los negocios ocultos, del dinero sucio, de un secretismo que impide saber si los flujos económicos que protegen proceden del tráfico de drogas, del tráfico de personas, del tráfico de armas o de la fraudulenta evasión fiscal. En definitiva, “los flujos de evasión fiscal son, por lo común, los mismo flujos que emplean las organizaciones criminales para disimular los beneficios de su tráfico”.

Para hacer frente eficazmente al problema, el Gobierno debe revisar en los términos ya expuestos el sistema de supervisión por el Banco de España y la Agencia Tributaria de las filiales en dichos territorios de las entidades de crédito. A este respecto cabría afirmar, con un sólido fundamento, que España no cumple la Recomendación 23 del GAFI que exige que “Los países deberían asegurarse de que las instituciones financieras están sujetan a una regulación y supervisión adecuadas...”

Igualmente deben revisarse las normas de transparencia fiscal internacional para que lejos de limitarse a denegar algún beneficio fiscal o efectos similares avancen en la línea de sancionar de forma suficiente y disuasorio la conducta de quienes operan en aquellos territorios o, en todo caso, infringen los requisitos que deberían exigirse para operar allí.

En el orden internacional, acaba de plantearlo el Parlamento Europeo y ya es el momento de que la comunidad internacional tome rigurosamente el control de esos micropaíses que prácticamente tiene el jaque la economía internacional.

Cuando se han cumplido sesenta años de los acuerdos de Bretton Woods, los objetivos que entonces se plantearon, mantener la estabilidad económica mundial y erradicar la pobreza, están lejos de alcanzarse. Es pues preciso que el dominio de un mercado cada vez más desregulado sea sustituido por un gobierno democrático de la economía que incluye medidas, que favorezcan la distribución de la renta gravando adecuadamente la renta del capital y, entre otras, la supresión de los paraísos fiscales. Fue una de las conclusiones del Manifiesto de Porto Alegre.

Carlos Jiménez Villarejo

Barcelona Junio 2005