

SOLUCIONES AL PROBLEMA DE LOS PARAÍOS FISCALES: PROPUESTAS DEL G20, LA OCDE Y LA UE

José Luis Escario Díaz-Berrio (Fundación Alternativas)

1) Introducción: los paraísos fiscales en el contexto internacional

La reciente crisis de 2008 ha servido para poner de manifiesto los efectos nocivos de los paraísos fiscales sobre la economía y sobre las finanzas públicas de la mayoría de los Estados.

En abril del 2009, los líderes mundiales reunidos en el G20 de Londres anunciaron que “la era del secreto bancario había terminado” y consideraron que la lucha contra la evasión y elusión fiscal debía incluirse en la agenda de este foro de cooperación económica global como uno de los factores que han contribuido a la crisis. Se denunció que los paraísos fiscales dan cobertura, bajo una impunidad y opacidad completas, a ciertas prácticas de empresas, bancos e individuos destinadas a eludir un principio básico de cualquier sistema democrático: el que todas las personas, físicas y jurídicas, deben contribuir al sostenimiento del Estado en proporción a sus respectivas capacidades.

Sin embargo, ese impulso inicial ha ido perdiendo fuerza. Las conclusiones de los sucesivos G20s (especialmente a partir de la cumbre de Toronto) se han reducido casi siempre a declaraciones de buenas intenciones y han postergado continuamente la adopción de medidas concretas y efectivas para acabar con esta lacra de la economía. Los paraísos fiscales continúan floreciendo y, aunque se ha producido un cierto progreso en materia de transparencia y en la regulación e imposición de los flujos de capitales ilícitos, queda todavía mucho por hacer a nivel internacional.

Este florecimiento se debe en gran parte a los efectos de la globalización (además de a una ausencia de voluntad política por parte de los Estados). En la propia Unión Europea (UE), las nuevas adhesiones han producido un incremento de la competencia fiscal entre los Estados. Así, en 2007 el tipo

impositivo del impuesto de sociedades en el grupo de los 15 estaba entorno al 29,5%, mientras que en los nuevos Estados miembros (EEMM) apenas sobrepasaba el 20%.

El incremento de la competencia crea las condiciones idóneas para la evasión y elusión fiscal, especialmente por parte de las corporaciones multinacionales (MNs). Unos datos recientes salidos en prensa son bastantes significativos. Por hablar de algunas de las empresas más importantes del mundo, el diario El País publicó hace un año que Google paga el 3% de impuesto de sociedades en España (y similares cantidades en Francia y Reino Unido, según Le Figaro y The Guardian). Más recientemente el propio diario El País subrayó que Apple y Exxon Mobile pagan unas cantidades muy por debajo de lo que les correspondería si no hubiese esa gran disparidad y lagunas en las legislaciones nacionales e internacionales.

La riqueza escondida en paraísos fiscales es, según un reciente y muy completo informe de *Tax Justice Network* (TJN) de 22 de julio de 2012, de 21 billones de dólares, lo cual representa la suma de los PIB de EEUU y Japón juntos. Y esta sería una estimación conservadora, ya que la suma podría elevarse hasta los 32 billones si tenemos en cuenta no sólo los activos financieros, sino también las propiedades inmobiliarias, yates y las colecciones de arte.

Para hacernos una idea de la magnitud del problema, si esos 21 billones de dólares produjeran una rentabilidad del 3% anual y se le aplicara a ese beneficio un impuesto del 30%, se generarían ingresos fiscales por valor de 190.000 millones de dólares, cifra muy superior a lo que los países de la OCDE destinan cada año a la AOD, por ejemplo.

Otras estimaciones menos recientes señalan que en el Reino Unido tan sólo un tercio de las empresas británicas pagaron impuestos en 2009 (The Guardian, 14 de marzo 2011), lo cual supuso una pérdida para el Estado de 16.000 millones de libras. En este mismo sentido, otras fuentes apuntan a que el 25% de las MNs francesas no pagaron ningún impuesto en Francia durante 2009 (The Irish Times, 11 de febrero de 2011). En España, según el estudio del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa correspondiente a 2010, el 80% de las empresas del IBEX 35 tiene presencia, a través de sociedades participadas, en un paraíso fiscal.

2) Consecuencias negativas de las prácticas fiscales nocivas.

Como se ha señalado antes, el volumen de dinero que mueven estas jurisdicciones *offshore* ha adquirido tales proporciones que, durante tras la irrupción de la presente crisis, los líderes mundiales reconocieron de que este problema amenaza ya la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. Un dato significativo es que en los últimos años, mientras que se ha producido un aumento general de los productos de alto riesgo o *hedge funds* del 15%, en los paraísos fiscales el incremento ha sido del 27%.

Por otro lado, este problema ha contribuido a que en muchos países, como España, exista una preocupante tendencia a la baja en la recaudación del impuesto de sociedades, mucho mayor de la que corresponde por la caída de los beneficios de las sociedades como consecuencia de la crisis.

Estas pérdidas de ingresos muy importantes que sufren los Estados han contribuido a la crisis de deuda soberana que viven los países periféricos en la UE, ya que ha obligado a sus gobiernos a recurrir de forma creciente a fuentes de financiación externa (deuda pública) ante el desplome de los ingresos tributarios, con las consecuencias desastrosas (especialmente desde el punto de vista de elevadísimos intereses) que estamos viviendo en la actualidad.

Con las cifras que se han comentado, podemos afirmar que si pagaran todos los sujetos en función de su capacidad económica se verían sustancialmente atenuados los recortes de derechos que están sufriendo los ciudadanos, así como los aumentos de impuestos. La evasión fiscal pone en entredicho el contrato social entre el Estado y los ciudadanos, en virtud del cual éste presta unos servicios a aquéllos a cambio de los impuestos que los primeros le pagan. Tales prácticas fiscales nocivas además suponen una competencia desleal entre aquellos actores económicos que tienen una mayor movilidad de sus rentas (grupos multinacionales) y los que no la tienen (trabajadores y pymes).

3- Evasión y elusión fiscal en la UE

“..no existe margen de maniobra: la transparencia y la confianza es la norma y nadie puede robar la base tributaria o los ingresos fiscales a sus vecinos”

Algirdas Semeta (Comisario Europeo de Fiscalidad)

El fenómeno de competencia fiscal se acentúa especialmente en el interior de la UE debido al alto grado de integración alcanzado tras la consecución del mercado interior y la implantación del euro.

Integración que no ha alcanzado el ámbito de la fiscalidad, respecto a la cual existe una competencia exclusiva de los EEMM que deja a la UE un papel y la completamente subsidiario. Además las decisiones en materia de fiscalidad que se toman en la UE según el principio de unanimidad.

En resumen, no es función de la UE uniformizar los sistemas impositivos nacionales sino hacerlos compatibles entre sí y con los objetivos de los Tratados. Esto comporta dos aspectos: (i) que las medidas fiscales nacionales no afecten al mercado único (libre circulación mercancías, servicios y capitales); (ii) y que no falseen la competencia (afectando, por ejemplo a las decisiones de inversión)

Se parte, por tanto, de una gran heterogeneidad de los sistemas fiscales nacionales en la UE. Ello, junto a la exigencia de unanimidad en la adopción de decisiones, ha favorecido la proliferación de *free riders* dentro de la propia UE (territorios dependientes del Reino Unido, Luxemburgo, países del Este, Países Bajos), que hacen muy difícil cualquier intento de armonización.

Ciertos autores (CH. Kellerman y A. Kammer) distinguen cuatro grupos de países dentro de la UE: (i) los antiguos miembros de la UE continental, como Francia y Alemania, que tienen un importante nivel de presión fiscal y unos sistemas relativamente progresivo y redistributivos, con un IRPF e impuesto de sociedades relativamente altos; (ii) los países que siguen el modelo anglosajón, liderados por el Reino Unido, con un alto grado de especialización y formalización de las prácticas fiscales (v. gr. legislación británica sobre la fiscalidad de las empresas) y muy reticentes a cualquier tentativa de coordinación o armonización por los elevados costes de adaptación que ello supondría; (iii) los países escandinavos, Italia, Bélgica y Austria, con una alta presión tributaria y un importante nivel de redistribución mediante las cotizaciones a la Seguridad Social, y que han optado por disminuir la presión fiscal sobre el capital y en incrementarla sobre las rentas del trabajo; (iv) y los nuevos Estados miembros, cuyo nivel impositivo es más bajo en relación a su PIB y con sistemas fiscales más regresivos y orientados a atraer inversión externa mediante competencia fiscal (muchos han establecido un sistema fiscal tipo "flat tax", con un tipo impositivo generalizado que suele ser bajo).

Este escenario ofrece las condiciones idóneas para que se de una competencia fiscal entre Estados miembros, especialmente en lo relativo a la base y al tipo del impuesto de sociedades. En este sentido, se ha criticado, por ejemplo, el hecho de que Irlanda disponga de un tipo del 12% en el impuesto de sociedades. Otra forma de hacer competencia fiscal consiste en establecer diferencias importantes entre el tipo el tipo nominal y tipo efectivo de dicho impuesto. Así, en Alemania y Reino Unido el tipo nominal es de aproximadamente del 30%, pero el tipo efectivo es del 22,9 % y del 23,9 %, respectivamente. La proliferación en numerosos sistemas fiscales nacionales de bonificaciones y exenciones fiscales y de regímenes especiales a ciertas sociedades, muchas veces con la intención de captar inversiones, es la causa de estos desajustes entre tipo nominal y efectivo.

4. Los paraísos fiscales

Pero el caso de competencia fiscal más extremo es el de los llamados paraísos fiscales. Según *Tax Justice Network* (TJN), los paraísos fiscales han pasado de veinticinco en los años 70 a más de setenta en la actualidad. Oficialmente no hay criterio unánime para establecer qué es un paraíso fiscal. De hecho los países han confeccionado listas de paraísos fiscales que divergen entre sí.

Un intento importante de uniformización de la definición de paraísos fiscales lo ha llevado a cabo la OCDE, por encargo del G20 de Londres (cumbre de abril 2009). La OCDE distinguió tres listas de territorios: (i) una lista negra de cuatro jurisdicciones que no habían mostrado hasta el momento ningún deseo de evolucionar hacia mayor transparencia;¹ (ii) una lista gris de jurisdicciones dispuestas a cumplir con los estándares de transparencia y de intercambio de información fiscal de la OCDE, pero que aún no habían realizado los progresos necesarios para lograr ese objetivo; (iii) una lista blanca de jurisdicciones que ya habían aplicado sustancialmente los estándares de transparencia de la OCDE, gracias a la firma de doce acuerdos bilaterales con otras jurisdicciones.

El criterio de esta distinción se basa, pues, en los estándares de la OCDE de transparencia e intercambio de información, que se caracterizan por dos rasgos: el intercambio bilateral y previo requerimiento.

En efecto, la cooperación promovida por la OCDE se articula mediante acuerdos bilaterales, que pueden adoptar, a su vez, dos formas. En primer lugar, tenemos los acuerdos de doble imposición. Tratados cuyo objetivo principal es impedir que los ingresos o beneficios provenientes de la actividad económica internacional sean gravados dos veces. Basados en el art. 26 del Convenio sobre Ingresos y Capital del Modelo OCDE (Modelo OCDE, en adelante). La última versión de este artículo 26 (2005) legitima el intercambio de información cuando ésta sea “previsiblemente relevante” (expresión que sustituye a “necesaria”)

En segundo lugar, la cooperación puede tener lugar mediante tratados de intercambio de información fiscal (TIFs), que son acuerdos internacionales con un alcance más limitado que los de doble imposición, pero con una regulación más detallada en materia de intercambio de información. Los TIFs están basados en un modelo de la OCDE publicado en 2002 por el Foro Global Fiscal.

El modelo de intercambio previo requerimiento preconizado por la OCDE implica que los Estados interesados en obtener información fiscal han de solicitarla y que existirá obligación de concederla cuando, como se comentó, aquélla sea previsiblemente relevante para la administración solicitante. La

¹ Costa Rica, Malasia, Filipinas y Uruguay.

carga de la prueba recae sobre la administración requirente de la información y la, en la práctica (dado la vaguedad de la expresión “previsiblemente relevante”), decisión la adopta más o menos discrecionalmente el país requerido. Muchas veces, los paraísos fiscales bloquean los requerimientos de información basándose en tecnicismos jurídicos y en complicidad con los complejos procedimientos previstos en los acuerdos.

Este sistema de intercambio de información ha suscitado fuertes críticas. En la práctica, la cooperación o no del paraíso fiscal dependerá mucho del poder y capacidad de intimidación del país requirente. No es lo mismo que solicite la información a Suiza EEUU que Mali, como se ha visto claramente en el caso de solicitud de información fiscal al banco UBS.

Otra crítica muy extendida es que el umbral de firmar doce tratados para salir de la lista negra es muy bajo y, prueba de ello, es que dicha lista se vació al poco tiempo de publicarse (muchos paraísos fiscales firmaron acuerdos entre sí).

Existe pues una necesidad de una nueva definición de los criterios para considerar a una jurisdicción como “no cooperativa”, que tenga en cuenta el que exista un intercambio de información efectivo con otras jurisdicciones y que adopte un modelo multilareal de cooperación.

Con el fin de mitigar las fuertes críticas que había levantado el sistema de listas descrito, el Foro Fiscal Global de la OCDE² instauró en marzo de 2010 el llamado proceso de “revisión entre pares” (*peer review process*), en el que unos países se evalúan a otros con el fin de: (i) controlar la aplicación efectiva intercambio de información; y (ii) los marcos regulatorios de las jurisdicciones.

Hasta el 2014 este sistema debería permitir a los países miembros ser evaluados en dos fases desde estos dos puntos de vista. Se han hecho ya públicos diversos informes de evaluación, algunos de los cuales han obligado a los países examinados a rectificar sus legislaciones y prácticas

Otro foro importante que está adquiriendo cada vez más relevancia, y que lleva camino de convertirse en un marco multilateral de referencia para el intercambio de información fiscal a nivel mundial, es “El Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Aspectos Fiscales”, firmado entre la OCDE y el Consejo de Europa en 1988. Su ámbito de aplicación se ha ido ampliando para acoger entre sus miembros a los países en desarrollo y, tras el G20 de Los Cabos, parece que también a jurisdicciones más conflictivas estarían dispuestas a adherirse al Convenio. Este es un dato importante ya que dicho

² El Foro Fiscal Mundial de la OCDE ha ido adquiriendo más importancia, tras su última ampliación a 91 miembros, en la que están incluidos todos los los integrantes del G20, la OCDE y los paraísos fiscales.

convenio generaliza un sistema multilateral y automático de intercambio de información, más efectivo que el de la OCDE y su Foro Fiscal Global descrito anteriormente (de carácter bilateral y previo requerimiento).

5. El sistema de intercambio automático de información fiscal en la UE

La UE es también pionera en este ámbito y lleva aplicando un sistema automático de intercambio de información fiscal desde el 2005, con la Directiva 2003/48/CE sobre la Fiscalidad del Ahorro (STD, por sus siglas en inglés).

El ámbito de aplicación de la STD se extiende a todos los EEMM de la UE, sus territorios dependientes o asociados (Jersey, Gibraltar, Antillas Holandesas, Anguilla, etc.) y otras jurisdicciones que han acordado participar en la Directiva (Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza).

Con esta norma se pretende paliar un problema que generan ciertas rentas del capital, que son una de las bases imponibles más móviles que existen y, por tanto, susceptibles de competencia fiscal. Se trata de la tributación de capital que los residentes comunitarios ubican en otros países de la UE (por ejemplo, un español que abre una cuenta en Holanda).

Con el intercambio automático, los no-residentes (el ciudadano español con cuenta en Holanda) se ven obligados a pagar impuestos en su país de origen (España), ya que el país donde las cuentas bancarias está ubicadas (Holanda, en nuestro ejemplo) está obligado a enviar anualmente y sistemáticamente los detalles relativos a dicha cuenta al país comunitario de residencia del titular de la cuenta (España).

En efecto, la STD obliga a los bancos de los países que acogen depósitos de los no-residentes (banco holandés) a transmitir la información fiscal a las autoridades fiscales del país de origen (España).

Debido a la resistencia mostrada por varios países, la STD ha permitido ciertas excepciones temporales. Austria, Luxemburgo y once de las quince jurisdicciones no pertenecientes a la UE que participan en la directiva se benefician de no estar obligados a proveer automáticamente los datos sobre las cuentas y sobre la información fiscal de los no residentes. A cambio, dichas jurisdicciones pueden practicar retenciones en origen, sobre las cuentas de los no-residentes en su territorio.³

Los ingresos de la retención se reparten entre el Estado de la fuente (35%) y el de residencia del perceptor de la renta (65%). Este sistema supone menor recaudación para los Estados de residencia que la que resultaría de la aplicación de un intercambio automático.

³ Es decir, en vez de que el impuesto sea pagado por el residente en su país de residencia (España en el ejemplo escogido), esta opción garantiza el pago de una retención, que probablemente será menor que la responsabilidad fiscal que se hubiera tenido en el país de residencia.

Por otro lado, hay que decir que, hasta la fecha, a STD ha tenido un impacto bastante modesto sobre las prácticas fiscales nocivas llevadas a cabo en territorio europeo. Ello se debe a que se puede sortear su aplicación de diversas formas: (i) transfiriendo los fondos a un depósito a nombre de una sociedad, *trust* o fundación, ya que la STD sólo se aplica a personas físicas; (ii) sacando los fondos de la cuenta corriente bancaria y colocándolos en otra forma de inversión (por ejemplo en acciones); (iii) moviendo las sumas depositadas a una jurisdicción no cooperativa en la que la STD no sea aplicable (por ejemplo Singapur).

La directiva 2011/16/EU sobre Cooperación Administrativa, entre otras muchas cosas, intenta colmar la primera de las lagunas de la STD ampliando el intercambio automático a otros tipos de ingresos (como los dividendos, las acciones, los productos de seguro o las regalías), aunque lo hace escalonadamente en dos fases: la primera el 2015 y, la segunda, el 2018.

Queda, sin embargo, sin resolver el problema de la extensión a los *trusts* y a las personas jurídicas del mecanismo automático de intercambio de información. Y aquí nos enfrentamos una de las principales cuestiones de la evasión fiscal: El abuso de ciertas estructuras jurídicas para ocultar la identidad real del beneficiario real del dinero.

Se calcula que billones de euros se ocultan al fisco mediante la creación de este tipo de estructuras complejas, compuestas por *trusts*, sociedades pantalla y/o fundaciones.

Quizá el mecanismo más perfeccionado para ocultar la identidad de los beneficiarios reales sea el de los llamados *trusts* (similar a las fiducias de Derecho español). Se trata de una figura de origen británico pero ampliamente utilizada hoy en día a escala mundial. Se calcula que millones de euros de dinero oculto utilizan los “*offshore trusts*” para fines que ya no son los perseguidos en su origen, relacionados con el Derecho de familia. Por ejemplo, esta figura se puede utilizar legítimamente a efectos sucesorios. En este caso el una persona crea un *trust* para transferir los activos a un futuro heredero menor de edad (beneficiario) para que un administrador especial gestione los bienes a su favor hasta que estos bienes acaben siendo distribuidos al beneficiario (heredero).

El *trust* es un contrato entre tres partes: (i) el *settlor* (fideicomitente) que crea el *trust* y transfiere el control sobre unos bienes determinados a otra persona, (ii) el *trustee* (fideicomisario) para que los gestione en favor de (iii) un tercero, el beneficiario (el menor de edad, en el ejemplo anterior).

Las instrucciones sobre cómo debe gestionar el *trustee* los bienes y activos vienen recogida en el *trust deed*, acuerdo del que depende la extensión del mandato del gestor o *trustee*. Mandato que puede ser muy amplio e implicar un

poder de disposición sobre los bienes y activos (venta de inmuebles, constitución de hipotecas, préstamos).

Las consecuencias fiscales de crear un *trust* es que puede darse la circunstancia de que nadie pague impuestos por los bienes y activos del mismo, a pesar de que se siga disfrutando y disponiendo de los mismos. Así, el *settlor*, una vez que se han transferido los activos al *trust*, deja de responder fiscalmente por los mismos. El *trustee*, a pesar de ser el propietario legal de los activos temporalmente, no está sujeto a tributación por los mismos, ya que no pertenecen a su patrimonio. El beneficiario, por su parte, sólo tributará una vez que los activos y fondos del *trust* le hayan sido distribuidos.

Por otro lado, algunas legislaciones se conceden “poderes extraordinarios” al *settlor* quien, de esta manera, sigue manteniendo el poder de disposición sobre los bienes transferidos al *trust* sin responder fiscalmente por ellos. Ejemplos de poderes extraordinarios en este sentido son la capacidad de tomar decisiones sobre inversión, nombrar y cesar a *trustees*, revocar un *trust* y reclamar la propiedad de los activos transferidos o recibir la distribución de los activos.

Esto reduce a la figura del *trustee* a un mero hombre de paja que oculta la identidad de beneficiario real, que sigue teniendo en realidad el control y la disposición de los activos del *trust*.

“La ventaja” del *trust* es que es un mero contrato entre tres partes y que carece de personalidad jurídica propia, lo cual implica que en muchas jurisdicciones no sea necesario ni siquiera su registro. Para solventar esta cuestión una medida eficaz sería promover el establecimiento obligatorio en todos los Estados miembros de la UE de un registro de *trusts*, fundaciones, sociedades creadas en su territorio, que pueda desembocar eventualmente en un registro europeo, con información sobre cuentas, beneficiarios reales, intermediarios, gestores y fideicomitentes (*settlers*).

Otro instrumento jurídico de ocultación del beneficiario real de bienes y activos son las sociedades pantalla, esto es, aquéllas que no realizan ninguna actividad productiva en el territorio donde los activos y fondos se encuentran situados. En ocasiones son meros buzones al servicio de la empresa madre del grupo, ubicada en territorios de más alta fiscalidad.

En efecto, las leyes de ciertas jurisdicciones hacen muy fácil y barato su creación. A veces en cuestión de minutos y por internet (como ocurre en EEUU en el Estado de Nevada) puede crearse este tipo de sociedades. Los requisitos de identidad son mínimos en ciertos casos para abrir una cuenta corporativa a nombre de estas estructuras.

He aquí algunos datos significativos sobre su proliferación. Tres países en el mundo tienen más empresas que población: Liechtenstein, las Islas Vírgenes y

las Islas Caimán. En las Islas Caimán existen 70.000 sociedades registradas y 54.000 habitantes censados en 2009, según datos facilitados por el Departamento de Estado de EEUU. En Isla Mauricio nueve personas administran 1.550 compañías, conforme a una investigación llevada a cabo por el Parlamento Europeo y dirigida por la eurodiputada francesa del Partido Verde Eva Jolly.

Muy frecuentemente se crean estructuras en cascada compuestas por *trusts* y un entramado de sociedades, ubicados cada uno en distintas jurisdicciones. Estas estructuras se rigen por acuerdos, frecuentemente secretos (cláusulas de redomiciliación), que tienen por objetivo trasladar el dinero de un país a otro en cuanto se inicia la mínima inspección fiscal, impidiendo de esta manera a las autoridades fiscales tener cualquier trazabilidad de los flujos del dinero.

Una declaración de un proveedor de servicios *offshore* citada por el profesor de la Universidad de Giphit (Australia), Robert Sharman, en su obra *Shopping for anonymous Shell Companies: A Study of Anonymity and Crime in the the International Financial System*, ilustra muy bien este fenómeno:

“La estructura anónima que ofrecemos es completamente segura pues nosotros gestionamos esa cuenta corriente en nombre del propietario. El nombre del propietario no aparece en ningún lugar. Al utilizar esta estructura ningún investigador podría determinar la verdadera propiedad de la estructura... Ofrecemos seguridad adicional por el hecho que podríamos cambiar la naturaleza de la estructura y reubicarla en otras jurisdicciones en cuestión de minutos, si fuera necesario”

La clave, pues, es separar al propietario real (el que disfruta y controla los fondos de activos y consigue anonimato) de quien aparece en los documentos formalmente como propietario legal.