

# REVISIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS PARAÍSO FISCALES Y SU INCIDENCIA EN EL BLANQUEO DE CAPITALES

**CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Jaén*

**LUIS MANUEL LOMBARDEO EXPÓSITO**

*Doctor en Derecho. Teniente de la Guardia Civil.  
Escala Superior de Oficiales*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Teresa SOLER ROCH, don Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, doña Ana MUÑOZ MERINO, don Vicente PÉREZ SÁNCHEZ, don Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Jesús SANMARTÍN MARIÑAS y don Fernando SERRANO ANTÓN.

## **Extracto:**

Los paraísos fiscales suponen un problema pendiente en la consideración internacional del tributo. En el estado actual de cooperación de la comunidad internacional, sorprende el mantenimiento de la opacidad fiscal de dichos territorios y la falta de una mayor presión sobre los mismos de cara a la desaparición de tal opacidad, que debería ser ejercida con mayor determinación desde ciertas instancias internacionales y desde las economías más poderosas, especialmente ante los momentos de crisis y recesión que se están viviendo. Pero ante una solución global en tal sentido en la sociedad internacional, es necesaria una revisión de las medidas impulsadas desde la Unión Europea y un replanteamiento de las medidas adoptadas en nuestro Derecho. La problemática de los paraísos fiscales no sólo debe ser vinculada con la defraudación tributaria, sino también con un problema más amplio, como es el del blanqueo de activos o capitales. Las soluciones con relación al blanqueo pueden incidir en la solución de los demás problemas relativos a los paraísos fiscales y, recíprocamente, las soluciones en materia de paraísos fiscales pueden ayudar a frenar dicho blanqueo de activos. Así, a los tradicionales análisis que en materia tributaria se han venido haciendo de los paraísos fiscales, hay que sumar una nueva perspectiva en su consideración, como es la del blanqueo de capitales.

**Palabras clave:** blanqueo de activos, capitales, paraísos fiscales e impuestos.

# REVIEW OF THE PROBLEM OF TAX HAVENS AND THEIR IMPACT ON MONEY LAUNDERING

**CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Jaén*

**LUIS MANUEL LOMBARDEO EXPÓSITO**

*Doctor en Derecho. Teniente de la Guardia Civil.  
Escala Superior de Oficiales*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Teresa SOLER ROCH, don Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, doña Ana MUÑOZ MERINO, don Vicente PÉREZ SÁNCHEZ, don Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Jesús SANMARTÍN MARIÑAS y don Fernando SERRANO ANTÓN.

## **Abstract:**

**T**AX havens are an outstanding problem in the international consideration of the tax. In the current state of cooperation of the international community it is surprising the maintenance of the fiscal opacity of these territories and the lack of greater pressure on them for the disappearance of such opacity that should be pursued more vigorously from certain international instances and from the most powerful economies, especially in these times of crisis and recession that we are living. But before a comprehensive solution in this regard in the international society, we must a review the measures promoted by the European Union and reconsider the ones introduced by our law. The problem of tax havens should not only be linked to tax fraud, but also to a broader problem, as money and assets laundering. The solutions in related to money laundering may be part of the solution of other problems related to tax havens and, conversely, the solutions in relation to offshore that may help curbing money laundering. This, in addition to the traditional analysis made in tax havens, a new perspective must be added: money laundering.

**Keywords:** asset laundering, capital, tax havens and tax.

# Sumario

1. *Tax haven*: concepto y características; tipología.
  - 1.1. Un error terminológico.
  - 1.2. Origen.
  - 1.3. Concepto.
  - 1.4. Características.
  - 1.5. Tipología.
  - 1.6. Factores que motivan su existencia.
  - 1.7. Peligros que suponen los paraísos fiscales en relación con el blanqueo de activos.
2. La OCDE.
3. La Unión Europea.
  - 3.1. Cuestiones previas.
  - 3.2. El Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.
  - 3.3. Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.
  - 3.4. La jurisprudencia comunitaria y las cláusulas antiabuso.
4. El ordenamiento jurídico español ante la competencia fiscal perniciosa y los paraísos fiscales.
  - 4.1. Medidas antiparaíso en España.
5. Posibles operaciones ilícitas que posibilitan los paraísos fiscales
6. Consideraciones a la luz del blanqueo de capitales

## 1. TAX HAVEN: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS; TIPOLOGÍA

### 1.1. Un error terminológico.

La expresión más común que designa a estos centros financieros, a estas jurisdicciones, es la de paraíso fiscal. Se trata de uno de esos errores que, aceptados comúnmente, acaban formando parte de la lengua. Se trata de un error de traducción, ya que la expresión anglosajona original es *tax haven*, es decir, puerto o refugio fiscal, no *tax heaven*, paraíso fiscal.

### 1.2. Origen.

Con carácter general, el origen de estos centros financieros puede situarse a mediados del pasado siglo, con el proceso de descolonización y el desarrollo económico (acaecido) tras la Segunda Guerra Mundial <sup>1</sup>.

Sin embargo, encontramos algunas otras referencias anteriores. Así, por ejemplo, DEL CID <sup>2</sup> menciona los casos de Delaware y New Jersey, que en 1899 empiezan a atraer negocios de otros Estados más prósperos, ofreciéndoles ventajas tributarias, a condición de que se domiciliasen en su territorio.

### 1.3. Concepto.

El *Diccionario de Administración y Finanzas* de J. M. ROOSEMBERG define a los paraísos fiscales como «países con leyes fiscales muy favorables para el establecimiento de la residencia legal de personas físicas o jurídicas que quieren pagar menos impuestos».

<sup>1</sup> SALTO VAN DER LAAT, D., «Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española», en *Crónica Tributaria*, núm. 93, 2000, pág. 6. Véase también ARES PACOCHAGA, J., *Planificación Fiscal Internacional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 441 y ss.

<sup>2</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*. Ediciones Deusto. Barcelona. 2007, pág. 33.

CARPIZO y SANTAELLA <sup>3</sup> los definen como «aquellas jurisdicciones, de carácter estatal o subestatal, con niveles de tributación bajos o inexistentes, en los que los operadores económicos gozan del anonimato que proporcionan el secreto bancario, mercantil y profesional, garantizados estos últimos por normas de rango legal o constitucional». SALTO <sup>4</sup> lo hace como «(...) aquellos territorios que poseen un sistema fiscal que ofrece una escasa o nula tributación, generalmente en relación con los impuestos directos y que facilita la elusión fiscal de contribuyentes pertenecientes a otras jurisdicciones. ARESPACOHAGA <sup>5</sup> como «sistemas tributarios que integran una fiscalidad baja o nula, principalmente respecto de la imposición directa». PÉREZ RODILLA <sup>6</sup> como «aquellos territorios o Estados que se caracterizan por la escasa o nula tributación a que someten a determinadas personas o entidades que en dichas jurisdicciones encuentran su cobertura o amparo».

En nuestro país, encontramos una definición de paraíso fiscal, a contrario sensu, en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Su apartado 1.º establece que «Tendrán la consideración de paraíso fiscal los países o territorios que se determinen reglamentariamente. Dejarán de tener la consideración de paraíso fiscal aquellos países o territorios que firmen con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen.

Los países o territorios a los que se refiere el párrafo anterior volverán a tener la consideración de paraíso fiscal a partir del momento en que tales convenios o acuerdos dejen de aplicarse».

Es decir, para que una jurisdicción no sea considerada por nuestra legislación como paraíso fiscal, debe firmar con España un convenio que recoja el intercambio de información, con un nivel suficiente de intercambio, según puede deducirse del apartado 3 de la misma disposición adicional.

Así, por tanto, para España, la opacidad, es decir, la no entrega de información a nuestro país, es lo que caracteriza a un paraíso fiscal.

La dificultad de establecer una definición válida para todos los denominados paraísos fiscales, radica en las diferencias que existen entre ellos. Por ello, España había optado, hasta ahora, por establecer una lista de territorios o jurisdicciones que considera paraíso fiscal. Pero actualmente ya está claro qué circunstancia es esencial para la caracterización de una jurisdicción como paraíso fiscal.

<sup>3</sup> CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., «De los paraísos fiscales y la competencia fiscal perjudicial al Global Level Playing Field. La evolución de los trabajos de la OCDE», en *Cuadernos de Formación*, Colaboración 02/07, Volumen 3/2007, Centro de Estudios Fiscales, 2007, pág. 28. (En [http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/Cuadernos/Volumen\\_03\\_07/Colab\\_02\\_07.pdf](http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/Cuadernos/Volumen_03_07/Colab_02_07.pdf), página visitada el 1 de julio de 2009).

<sup>4</sup> SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 7.

<sup>5</sup> ARESPACOHAGA J., *op. cit.*, pág. 441.

<sup>6</sup> PÉREZ RODILLA, G., «Los Paraísos Fiscales. Su regulación en la actual normativa fiscal», en *Información Comercial Española*, núm. 741, mayo 1995, pág. 102.

Debe tenerse en cuenta que la realidad de los paraísos fiscales es dinámica, está en permanente mutación, ya que estas jurisdicciones buscan el equilibrio entre sus propias necesidades y los requerimientos de la comunidad internacional.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, creemos estar en condiciones de establecer un concepto de paraíso fiscal, como aquella jurisdicción caracterizada por no entregar un nivel adecuado de información fiscal a otros países, y que usualmente presenta, como rasgos secundarios, la estancamiento y baja o nula presión fiscal.

#### 1.4. Características.

Para que exista un paraíso fiscal deben concurrir en dicha jurisdicción determinadas características. Para reconocer las comunes a todos ellos, nos encontramos, también, ante ciertas dificultades, ya que, por un lado, como ya dijimos *ut supra*, se trata de estructuras dinámicas, que han ido modificándose a lo largo del tiempo y, por otro, difieren sustancialmente entre sí. No obstante, pueden detectarse ciertos rasgos comunes a todos ellos.

MEINCKE<sup>7</sup> los caracteriza por la ausencia o bajo nivel de imposición de las rentas, el capital y las transacciones; el secreto bancario y comercial; las convenciones fiscales; la ausencia de un régimen de control de cambios; la importancia relativa del sector bancario, y, por último, la fluidez en los medios de comunicación.

Para ESTRAGUÉS, estas circunstancias son la baja o nula fiscalidad directa; la existencia de una legislación mercantil y financiera flexible; la protección del secreto bancario y comercial; la ausencia de control de cambio y de supervisión y control regulatorio y su concepción como regímenes cercados, con vigencia de la estancamiento<sup>8</sup>; la escasa o nula red de convenios de doble imposición. Del mismo modo, cita una serie de características extrafiscales, como la estabilidad política, económica y social, la existencia de una adecuada red de comunicaciones, personal cualificado y un sector bancario y financiero desarrollado<sup>9</sup>.

CARPIZO y SANTAELLA<sup>10</sup> caracterizan a un paraíso fiscal por medio de las siguientes particularidades: es la actitud «activa» de sus respectivos gobiernos la que crea las ventajas fiscales de dichas jurisdicciones. Presentan ventajas fiscales, opacidad en el acceso a la información, secreto bancario y comercial, legislación confusa y muy flexible. No existen límites o controles a los movimientos de capital, con existencia de un doble sistema de controles de cambio, uno para los residentes y otro para los no residentes. Existen gran número de entidades bancarias y despachos de abogados y, por último, sus ventajas no están al alcance de todos.

<sup>7</sup> MEINCKE, M. J., «Blanqueo de capitales. Desde la represión del delito a la prevención», en *Revista Prudentia Iuris*, núm. 57, Buenos Aires, en <http://eldial.com/home/prudentia/pru57/02.asp>, página visitada el 1.º de diciembre de 2007.

<sup>8</sup> La estancamiento consiste en la tributación normal para los residentes y ventajas fiscales para los no residentes.

<sup>9</sup> ESTRAGUÉS, J.L., «Paraísos Fiscales. Competencia fiscal perjudicial y Paraísos Fiscales», en revista *FRC* (Fundació Rafael Campalans), 2002, pág. 1. En [http://www.fundaciocampalans.com/archivos/revista5\\_9.pdf](http://www.fundaciocampalans.com/archivos/revista5_9.pdf) (página visitada el 1.º de julio de 2009).

<sup>10</sup> CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., *op. cit.*

YAGÜE<sup>11</sup> añade «(...) la existencia de un sistema dual, es decir, la coexistencia de procedimientos fiscales diferentes aplicables a los nacionales de ese paraíso o a los titulares de terceros Estados que se amparen en el mismo».

Por nuestra parte consideramos que las características que debe reunir una jurisdicción para ser considerada paraíso fiscal están implícitas en el concepto propuesto en el anterior epígrafe: bajo o nulo intercambio de información, régimen de estanqueidad y baja o nula presión fiscal.

## 1.5. Tipología.

SANTANDER<sup>12</sup> nos propone la siguiente clasificación de los paraísos fiscales:

- Bahamas, Bermudas, Islas Caimán, Vanuatu, Mónaco y Andorra. Son ejemplos de países en los cuales no existe imposición sobre la renta ni sobre la plusvalía de capital.
- Hong Kong, Liberia y Panamá, son ejemplos en los cuales las sociedades no pagan impuestos sobre las rentas o ingresos recibidos fuera del territorio nacional.
- En la Unión Europea hay países como Luxemburgo y Holanda que ofrecen ventajas impositivas a las sociedades *holding* y aquellas que operan fuera del propio territorio. También Irlanda ofrece exenciones fiscales a las sociedades de exportación y a determinados profesionales.
- Estados Unidos, Bélgica y Canadá, que son considerados países con legislaciones fiscales severas, ofrecen ventajas para operaciones específicas.

El informe Ruding, de 18 de marzo de 1992, realizado bajo los auspicios de la Comisión de la Unión Europea, distingue tres tipologías de paraíso fiscal: en primer lugar, los paraísos fiscales clásicos, que son aquellos pequeños países en cuya economía destaca como elemento importante o fundamental el sector financiero dedicado a la venta del producto «no tributación-opacidad». En segundo lugar, los países de fiscalidad normal, que ofrecen regímenes fiscales ventajosos a no residentes que operen en el exterior. Nos encontramos ante lo que normalmente se conoce como regímenes *off-shore* y es en estos casos donde se produce la dualidad del sistema fiscal, con el régimen de estanqueidad. Por último, están los territorios que disponen de centros de servicios muy desarrollados, como son los centros de coordinación existentes en Bélgica.

Se han propuesto otras clasificaciones. Así, CAPORASO<sup>13</sup> efectúa una diferenciación desde un punto de vista «financiero», «(...) en paraísos para las sociedades y paraísos para las personas físicas

<sup>11</sup> YAGÜE, D. «Paraísos Fiscales en Internet», 2001, en <http://www.delitosinformaticos.com/articulos/98543596442778.shtml>, visitada el 1.º de julio de 2009.

<sup>12</sup> SANTANDER, R. A., *El blanqueo de capitales*, pág. 13, en [http://www.iefpa.org.ar/criterios\\_digital/monografias/santander.pdf](http://www.iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/santander.pdf), visitada el 23 de febrero de 2008.

<sup>13</sup> CAPORASO, G. *España y los paraísos fiscales*, 2000, en <http://www.injef.com/revista/apuntes/paraisos.htm> (visitada el 15 de diciembre de 2007).

o naturales. De gran importancia son también los Países de Tránsito Monetario (PTM), que no pueden considerarse paraísos fiscales, pero que, por sus tratados de doble imposición o leyes, favorecen el uso de los paraísos fiscales».

Los centros *off-shore* no constituyen una modalidad específica de los paraísos fiscales. *Off-shore* es una expresión inglesa, utilizada como adjetivo o adverbio, intraducible al español<sup>14</sup>. Nació en los años 30 del siglo pasado, para designar determinadas islas fuera de las fronteras de los Estados Unidos que ofrecían a empresas norteamericanas operar y conducir los negocios con una mínima carga impositiva<sup>15</sup>. Existe cierta confusión terminológica, ya que, en ocasiones, se emplea para designar a la jurisdicción y, en otras, a determinadas entidades financieras enclavadas en la misma. En la práctica, paraíso fiscal y centro financiero *off-shore* se emplean como expresiones equivalentes<sup>16</sup>.

La «banca *off-shore*» tiene su «coartada» en la progresiva necesidad de movilidad del capital así como su facilitación. La actividad financiera *off-shore* no es otra cosa que el servicio financiero que es facilitado por un banco u otros agentes a no residentes<sup>17</sup>. Los bancos *off-shore* pueden llevar a cabo una multiplicidad de operaciones: préstamos en divisa foránea, depósitos, emisión de *securities (for investment: garantías)*, derivados negociables para propósitos especulativos y de administración de riesgos, y la gestión de los activos financieros de los clientes. En cuanto a los préstamos en divisas, éstos pueden ser originados en el mismo centro *off-shore*, o en otro país y financiados y registrados en el centro *off-shore*, normalmente por razones contributivas. La aceptación de depósitos de clientes individuales es una actividad especializada en algunos de los centros *off-shore*<sup>18</sup>.

Desde otro punto de vista, estos centros financieros presentan unas características propias, especializándose algunos de ellos en determinadas operaciones o negocios.

Así Panamá<sup>19</sup> exime a las sociedades mercantiles internacionales registradas en este país de tributos en el mismo. Sólo deben pagar una exigua tasa anual de mantenimiento de la inscripción. Para registrar una sociedad, deben aparecer los nombres de los accionistas o de sus representantes legales. Registrada ésta, las posteriores transferencias de las acciones de la misma, no precisan inscripción en el registro. Los propietarios de la sociedad pueden llevar a cabo todas sus operaciones a través de abogados locales, que no están obligados a revelar el nombre de aquéllos. No tienen restricciones a las transferencias bancarias internacionales y no se gravan las rentas generadas fuera del país. Además<sup>20</sup> constituye una de las mayores zonas de libre comercio en América, por lo que es normal que las empre-

<sup>14</sup> Literalmente significaría «cerca de la costa» o «en aguas territoriales».

<sup>15</sup> ESTRAGUÉS, J.L., *op. cit.*, pág. 8.

<sup>16</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 33.

<sup>17</sup> FILIPPI, L. y RICHARD, E. H., *Actividad bancaria ilícita «off-shore» y procedencia de aplicación de la normativa societaria*, Ponencia del III Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, 2006, pág. 5 (en <http://www.fam.org.ar/agenda.asp?id=400>, visitada el 1 de marzo de 2008).

<sup>18</sup> FILIPPI, L. y RICHARD, E. H., *op. cit.*, pág. 6.

<sup>19</sup> *Vid.*, SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 9; ARRABAL, P. *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1992, págs. 204-205 y SANTANDER, R. A., *op. cit.*, pág. 13.

<sup>20</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 47.

sas reciban y envíen grandes cantidades de dinero. Cuenta con 34 bancos *off-shore*, 370.000 IBC, se permiten las acciones al portador y concede licencias para casinos virtuales <sup>21</sup>.

En Liberia, como en Panamá, no se gravan las rentas obtenidas por una sociedad internacional, siempre que no desarrolle actividad en el interior del país y ésta debe pagar sólo una escasa cantidad de mantenimiento en el registro. Al crearse la compañía deben inscribirse el nombre y domicilio de los miembros del consejo de administración, pero no es necesario comunicar los posibles cambios. El nombre y el domicilio del socio fundador deben aparecer en el documento de constitución, pero puede hacerse representar por un abogado local <sup>22</sup>. Se permiten las acciones al portador y se conceden licencias para casinos virtuales <sup>23</sup>.

Respecto a Hong Kong (en la actualidad ya bajo soberanía de la República Popular China), en este territorio tampoco tributan las rentas obtenidas fuera del mismo por las compañías internacionales. Los fundadores de la sociedad pueden estar representados por abogados locales, que no pueden ser obligados a revelar los nombres de aquéllos. Las reuniones de los órganos sociales (consejo de administración y junta de accionistas) pueden llevarse a cabo en cualquier lugar del mundo <sup>24</sup>. Existen unas 500.000 IBC radicadas en este territorio <sup>25</sup>.

En cuanto a Mónaco, carece de imposición directa sobre las personas físicas residentes. Se trata de una jurisdicción especializada en la denominada banca personalizada o privada, que se ocupa básicamente de la gestión del patrimonio de personas acaudaladas. La renta de las sociedades está sometida a un tipo de gravamen similar al español, salvo que se trate de sociedades de gestión, trasladadas desde otra jurisdicción, en cuyo caso sólo tributan por el 8% de sus gastos locales de funcionamiento <sup>26</sup>.

Respecto a Andorra, este país es interesante para algunos, ya que carece de imposición directa y no tiene IVA, al no pertenecer a la Unión Europea. Su normativa protege el secreto bancario. Al igual que Mónaco, está especializada en la banca personalizada o privada <sup>27</sup>.

Campione es un pequeño enclave italiano en territorio suizo. Los residentes en Campione no pagan el impuesto sobre la renta, por los costes administrativos que su recaudación generaría al Estado italiano. No es una exención de Derecho, sino una situación de hecho <sup>28</sup>.

<sup>21</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 237. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>22</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 205-206 y SANTANDER, R. A., *op. cit.*, pág. 13.

<sup>23</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>24</sup> ARRABAL, P. *op. cit.*, págs. 206-207; SANTANDER, R. A., *op. cit.*, pág. 13. y SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 9.

<sup>25</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>26</sup> SANTANDER, R. A., *op. cit.*, pág. 13; SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 9.; Revista PYMES. Entrevista con Juan HERNÁNDEZ VIGUERAS, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05. (En [http://www.profesionalespc.org/\\_php/MuestraArticulo.php?id=4577](http://www.profesionalespc.org/_php/MuestraArticulo.php?id=4577), visitada el 20 de febrero de 2008) y ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 207-208.

<sup>27</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 208-209 y Revista PYMES. Entrevista con Juan HERNÁNDEZ VIGUERAS, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.*

<sup>28</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, pág. 209.

Por lo que se refiere a la Isla de Man, es un territorio que no forma parte del Reino Unido, considerándose un protectorado de la Corona Británica, aunque sí forma parte del territorio de la Unión Europea a efectos aduaneros. Para inscribir una sociedad, no es preciso que figure el nombre de los fundadores, que pueden hacerse representar por abogados locales, que tienen deber de confidencialidad. Las sociedades mercantiles pueden emitir acciones al portador. Por último, añadir que están exentas de impuestos por todos los ingresos obtenidos fuera de la isla por no residentes, debiendo abonar únicamente una pequeña cantidad por mantenimiento de la inscripción registral<sup>29</sup>. Ejerce atracción sobre empresas de informática y telecomunicaciones. En su territorio existen 57 bancos *off-shore* y se otorgan licencias para casinos virtuales<sup>30</sup>.

Las Islas Caimán están ubicadas en el mar Caribe. Carecen de impuestos directos. Las sociedades internacionales pueden emitir acciones al portador. Estas sociedades sólo tienen prohibidas las actividades bancarias y de seguros. Su normativa protege la confidencialidad de la representación por un abogado local. Los consejeros de las compañías allí registradas no necesitan ser residentes y sus cuentas no serán auditadas<sup>31</sup>. En este territorio están ubicados 580 bancos *off-shore* y unas 30.000 IBC y se otorgan licencias para casinos virtuales<sup>32</sup>.

Incluimos aquí a Holanda, no por constituir un paraíso fiscal, sino por ser considerado uno de los principales países de tránsito. Mediante la propiedad de una sociedad anónima de tenencia de acciones (*holding*) holandesa y aprovechando los convenios para evitar la doble imposición, pueden transferirse los beneficios societarios a Holanda, con un tipo reducido y desde allí remitirlos a donde se desee, con un tipo impositivo muy bajo. Sumando ambos, la cantidad es inferior al tipo impositivo que correspondería por transferir directamente los beneficios societarios al territorio que se deseara<sup>33</sup>.

En las Bahamas, ubicadas en el Caribe, no existe imposición de la renta ni de las plusvalías de capital. Las Bahamas se especializan en las banderas de conveniencia para que los buques registrados en otro país se gestionen sin trabas legales, sin controles sobre la seguridad del buque y sin normas laborales para las tripulaciones. Para constituir una sociedad, si los propietarios lo desean, en toda la documentación sólo aparecerán los nombres de los representantes locales, garantizándose la confidencialidad. Las sociedades internacionales, como en las Islas Caimán, tienen prohibido el sector bancario y de los seguros. No pueden llevar a cabo actividades económicas en las Bahamas, ni poseer inmuebles, excepto alquilar una oficina para la administración de la sociedad. Existe una gran libertad respecto al diseño organizativo de la sociedad<sup>34</sup>. Existen 301 bancos *off-shore* y 47.040 IBC y se otorgan licencias para casinos virtuales<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 210-211.

<sup>30</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>31</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 211-212 y *Revista PYMES*. Entrevista con Juan HERNÁNDEZ VIGUERAS, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.*

<sup>32</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 237. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>33</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 212-213 y SANTANDER, R. A., *op. cit.*, pág. 13.

<sup>34</sup> SANTANDER, R. A., *op. cit.*, pág. 13.; SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 9; *Revista PYMES*. Entrevista con Juan HERNÁNDEZ VIGUERAS, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.* y ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 214-216.

<sup>35</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 237. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

En las Islas Vírgenes para crear una empresa debe figurar un dirigente que no necesita vivir en esta jurisdicción. Su normativa básica sobre la materia es la Ordenanza de 1984, que regula las International Business Company, las cuales pueden emitir acciones al portador. Abogados locales pueden prestar sus nombres en lugar de los propietarios, garantizándose la confidencialidad. Las IBC están exentas de impuestos. No pueden dedicarse a la banca ni a los seguros y sus actividades deben realizarse fuera de esta jurisdicción. Tampoco pueden adquirir inmuebles<sup>36</sup>. Radican en ellas 13 bancos *off-shore* y unas 360.000 IBC.

Liechtenstein es un diminuto principado ubicado entre Suiza y Austria. Las sociedades no residentes están exentas del impuesto sobre sociedades, debiendo abonar anualmente una tasa por el mantenimiento de la inscripción registral. Las sociedades anónimas pueden emitir acciones nominativas o al portador. Pueden crearse entidades de representación por un abogado local, el cual no está obligado a revelar la identidad del mandante. Son posibles las fundaciones para la tenencia de bienes (inmuebles, valores, etc.). El fundador permanece ignorado, salvo para su mandatario, un abogado local<sup>37</sup>. En este diminuto país radican 17 bancos *off-shore* y 75.000 IBC y otorga licencias para casinos virtuales<sup>38</sup>.

En las islas Seychelles, las sociedades mercantiles internacionales están exentas de los impuestos exigibles a las sociedades locales. Las sociedades no residentes no pueden desarrollar actividades dentro de las islas, salvo mantener cuentas corrientes en los bancos de éstas. Las acciones pueden ser nominativas o al portador. Los propietarios pueden permanecer en el anonimato, si nombran un representante legal. La ley garantiza la confidencialidad de este mandato<sup>39</sup>.

Respecto a Luxemburgo, sólo es un paraíso fiscal para las sociedades *holding*, de tenencia de acciones. Están reguladas por una Ley de 31 de julio de 1929. Sus beneficios están exentos del impuesto sobre sociedades, debiendo abonar una tasa anual de mantenimiento de la inscripción registral<sup>40</sup>.

Las islas del Canal o islas Anglonormandas comprenden Jersey y Guernesey. Se constituyen como protectorados británicos desde el siglo XI. En Jersey se permiten las cuentas cifradas. En ambas, las compañías no residentes están exentas del pago de impuestos locales, salvo una tasa anual de mantenimiento de la inscripción registral, y en Guernesey, además una pequeña tasa de actividad. Pueden crearse sociedades bajo el nombre de un abogado local, garantizándose la confidencialidad de su relación con el o los verdaderos propietarios. En Guernesey se ha incrementado la actividad de las compañías aseguradoras<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Revista PYMES. Entrevista con Juan HERNÁNDEZ VIGUERAS, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros off-shore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.* y ARRABAL, P., *op. cit.*, pág. 223.

<sup>37</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 216-218.

<sup>38</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>39</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 218-220.

<sup>40</sup> SANTANDER, R. A., *op. cit.*, y ARRABAL, P., *op. cit.*, pág. 220.

<sup>41</sup> NABA, R. *Los paraísos fiscales*, <http://www.tlaxcala.es/pp.asp?reference=3407&lg=es> (consultada el 16 de diciembre de 2007) y ARRABAL, P. *op. cit.*, págs. 220-222.

Nauru se caracteriza por eximir a las sociedades internacionales inscritas en su Registro mercantil del pago de impuestos. No pueden dedicarse ni a la actividad bancaria ni aseguradora <sup>42</sup>. En este país se produce la venta de pasaportes <sup>43</sup>.

En Samoa Occidental, las compañías no residentes están exentas de impuestos locales. Los datos del Registro son confidenciales según la ley. En ningún caso serán revelados a terceras personas ni a autoridades fiscales de otros países. Las sociedades no residentes sólo están excluidas de la actividad bancaria y aseguradora <sup>44</sup>. En su territorio están establecidos 8 bancos *off-shore* y 7.553 IBC, permitiéndose las acciones al portador <sup>45</sup>.

Panamá, Costa Rica o Hong Kong no gravan las rentas que se generen fuera de su territorio <sup>46</sup>. Además, en Costa Rica, han establecido su domicilio un sinnúmero de portales web de apuestas ingleses y norteamericanos, merced a la falta de regulación legal, mano de obra barata y buenas telecomunicaciones. Suiza y Liechtenstein aplican tipos bajos a las sociedades *off-shore* <sup>47</sup>.

Las Bermudas tienen registrada la mayor parte de las reaseguradoras, sobre todo, las aseguradoras llamadas cautivas, porque prestan servicio a un grupo de empresas como filiales de la casa matriz, al ser la legislación local más flexible, requerirse menos reservas y las primas apenas pagan impuestos <sup>48</sup>. Además, las Bermudas se han lanzado al comercio *on-line* <sup>49</sup>.

En Gibraltar, los no residentes pueden crear sociedades exentas de tributación, que a cambio de un impuesto anual fijo, quedan exentas del pago de otros impuestos. Existen 18 bancos *off-shore* y 8.464 IBC y esta jurisdicción concede licencias para casinos virtuales <sup>50</sup>.

Delaware, uno de los Estados que conforman los Estados Unidos permite la constitución de sociedades *off-shore*. Están exentas de tributar en los Estados Unidos, por las operaciones llevadas a cabo fuera de los Estados Unidos. La inversión en el capital de una sociedad constituida en nuestro país por una sociedad constituida en dicho Estado no exige su previa declaración al «Registro de Inversiones» en la Dirección General de Comercio e Inversiones. Si Delaware fuese considerado un paraíso fiscal por la legislación española, esta declaración sería obligatoria, así como la comunicación de los titulares últimos de la inversión. Cuando se constituye la sociedad, puede hacerse sin acciones, que podrían activarse posteriormente. Si esto no ocurriese, el control de la sociedad y su posible transmisión se realiza mediante un documento de fiducia. En este documento privado el

<sup>42</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 224-225.

<sup>43</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>44</sup> ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 225-227.

<sup>45</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

<sup>46</sup> SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 9.

<sup>47</sup> Véase nota anterior.

<sup>48</sup> Revista PYMES. Entrevista con Juan HERNÁNDEZ VIGUERAS, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros off-shore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.*

<sup>49</sup> NABA, R., *op. cit.*

<sup>50</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

director de la sociedad, que es un fiduciario, declara quién o quiénes son los tenedores últimos de la compañía (*shareholders*), así como quién o quiénes son los beneficiarios de los activos de la misma en caso de fallecimiento de los anteriores. La transmisión de la sociedad se llevaría a cabo fuera del control de la legislación española, por lo que no está sujeta a las formalidades que ésta establece. No deben llevar contabilidad o libro alguno. Su única obligación es contar con un representante en Delaware ante las autoridades de dicho Estado. Mediante dicha opacidad se elude el Impuesto sobre Sucesiones si fallece el verdadero titular (*beneficial owner*) y el IVA o el ITP si se produce la transmisión de los activos, así como el IRPF o el IRNR, por las rentas generadas.

Delaware no es, sin embargo, un caso único. El Estado de Nevada, por ejemplo, presenta los mismos atractivos que Delaware, excepto que sí se exige un número mínimo de acciones, pero no exige impuestos estatales sobre los beneficios, ni sobre las licencias, permite las acciones al portador y no comunica información a la Agencia Tributaria de los Estados Unidos. Wyoming presenta las ventajas combinadas de Delaware y Nevada, junto con alguna otra <sup>51</sup>.

## 1.6. Factores que motivan su existencia.

Si actualmente los paraísos fiscales tienen alguna importancia ello se debe a que ofrecen posibilidades que son lo suficientemente atractivas para que determinadas personas hagan uso de ellos. Básicamente, hay dos motivos que pueden llevar a la utilización de un paraíso fiscal. El primero es que constituyen un interesante instrumento para la planificación fiscal, e incluso para la elusión fiscal. El segundo es que en determinados supuestos también se constituyen en instrumento para el blanqueo de activos procedente de la comisión de delitos.

Llegado este punto, debe introducirse una importante precisión terminológica, procediéndose a diferenciar la elusión fiscal y la evasión fiscal. La elusión fiscal (*tax avoidance*) o planificación fiscal consiste en minimizar la carga tributaria mediante el empleo de los recursos legales disponibles. La evasión fiscal (*tax evasion*) consiste en sustraer, mediante medios fraudulentos, el hecho generador al control fiscal y, por tanto, no pagar los impuestos. Es decir, la elusión consiste en satisfacer menos impuestos que los que debería satisfacerse caso de organizar (la persona) sus negocios de otra manera, si esa organización está permitida por la ley <sup>52</sup>.

Para ESTRAGUÉS <sup>53</sup>, tres son los factores reales que propician el desarrollo actual de los paraísos fiscales y centros *off-shore*. En primer lugar, la globalización del comercio y la inversión implican el establecimiento de prácticas fiscales destinadas a atraer bases tributarias de otras jurisdicciones. En segundo lugar, las mejoras en los medios de comunicación, en especial el desarrollo de comercio electrónico, facilitando la movilidad del capital. Por último, la ingeniería fiscal, con diseño de operaciones sofisticadas destinadas a apartar beneficios localizándolos en paraísos fiscales.

<sup>51</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 238.

<sup>52</sup> En este sentido, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La responsabilidad de operadores jurídicos, asesores fiscales y agentes mediadores en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales*, en [http://www.datadiar.com/actual/novedades\\_05/penal/blanqueo/d\\_may\\_02b.htm](http://www.datadiar.com/actual/novedades_05/penal/blanqueo/d_may_02b.htm), consultada el 4 de marzo de 2008, pág. 3.

<sup>53</sup> ESTRAGUÉS, J.L., *op. cit.*, pág. 1.

SALTO VAN DEER LAAT<sup>54</sup> establece una diferenciación en el uso de paraísos fiscales según el usuario sea una persona física o una persona jurídica. De este modo, las personas físicas buscan jurisdicciones en las que la imposición sobre la renta, patrimonio y sucesiones sea baja o nula, o bien jurisdicciones con sistemas tributarios basados en el principio de territorialidad. Así sólo se gravarían las rentas generadas en la propia jurisdicción y no la que procediera de otros territorios.

Las personas jurídicas buscarían una de estas jurisdicciones para modificar su obligación personal de contribuir por una obligación real. Según el citado autor se valen de distintas modalidades, tales como empresas de administración de patrimonios por medio de las cuales se transfiere la titularidad de activos ubicados en un país de alta tributación hacia paraísos fiscales, o bien *holdings*, es decir, sociedades de tenencia de acciones de otras sociedades. También de sociedades de servicios, seguros y reaseguros, banca *off-shore*, fideicomisos o fondos de inversión, así como sociedades instrumentales.

Para el logro de ciertas finalidades ilícitas, tales como el blanqueo de activos, la evasión fiscal o, incluso, la financiación del terrorismo, pueden emplearse determinados instrumentos, relacionados en muchas ocasiones con los paraísos fiscales. Son éstos las sociedades extraterritoriales u *off-shore*, los *trust*, fideicomisos o sociedades fiduciarias y, por último, las fundaciones<sup>55</sup>.

En estas jurisdicciones pueden crearse bancos *off-shore* que prestan determinados servicios orientados a los no residentes, aprovechando las circunstancias que concurren en estos territorios, tales como inexistencia de determinados tributos, opacidad, ausencia de control de cambios, etc. Estos bancos *off-shore* pueden adoptar diversas modalidades, que revisten dificultades de supervisión<sup>56</sup>, tales como los *shell banks* (bancos pantalla), bancos sin presencia física en la jurisdicción que le ha otorgado la licencia, donde pueden estar representados por un agente, que se encarga sólo de prestar servicios legales en esa jurisdicción. No puede, por tanto, supervisarse la actividad del banco, ya que su dirección efectiva se encuentra fuera de la jurisdicción que otorgó la licencia, y la jurisdicción donde efectivamente radica la dirección de la entidad bancaria desconoce esta circunstancia.

También podemos encontrarnos las «sucursales operativas» (*booking branch*), que se diferencian de los bancos pantalla en que pertenecen a un banco ubicado en otra jurisdicción. Dicho banco está regulado en la jurisdicción de su país de origen y la sucursal ubicada en la jurisdicción *off-shore* estará sometida a supervisión en dicha jurisdicción, si consiste en algo más que en un simple agente local.

Así mismo, pueden existir filiales operativas (*booking subsidiaries*) y bancos de propiedad paralela (*parallel-owned banks*).

## 1.7. Peligros que suponen los paraísos fiscales en relación con el blanqueo de activos.

El principal peligro que presentan estas jurisdicciones es la posibilidad de que lleven a cabo operaciones de blanqueo de activos. La asociación paraíso fiscal-blanqueo no debe ser mecánica,

<sup>54</sup> SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 15.

<sup>55</sup> *Id.*, en este sentido, DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 36-37.

<sup>56</sup> DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 38-40.

pero es obvio que algunos territorios considerados paraísos fiscales son también estimados por la comunidad internacional como centros reales o potenciales de blanqueo de activos.

Debe tenerse en cuenta que los paraísos fiscales son, en su mayoría, empleados para actividades financieras, especialmente en torno a la banca y los seguros, y sus características les hacen ser considerados, en general, como territorios de competencia fiscal perjudicial y potencialmente, como centros de blanqueo, especialmente por la opacidad que les caracteriza y su escasa disposición al intercambio de información.

La conexión entre el fraude y la evasión fiscal, por un lado, y el blanqueo, por otro, se da habitualmente, ya que la evasión origina la existencia de unos fondos que, forzosamente, han de ser blanqueados para poder ser reutilizados. Si se examina, por ejemplo, el Informe Preliminar de la Oficina para el Control de las Drogas y la Prevención del Delito de las NN.UU., publicado en mayo de 1998, bajo el título «Financial Havens, Bank Secrecy and Money Laundering», se observa que los Gobiernos de dichos territorios emplean estas características de su normativa interna (la opacidad), como una política para atraer capitales que, sin dicho aliciente, no acudirían a dichos territorios. También se plantea una reflexión sobre como algunos países emplean su soberanía para permitir que ciudadanos de otras naciones puedan burlar las leyes del Estado a que pertenecen <sup>57</sup>.

Los ejemplos relativos a la instrumentación de paraísos fiscales para el blanqueo de activos, incluso, para la financiación del terrorismo, son múltiples. Así, podría citarse el caso de la sociedad financiera Al Taqwa. Fue fundada en el año 1988 por dos hombres de negocios cercanos a los Hermanos Musulmanes y a la familia de Bin Laden. A pesar de que estos hombres de negocios aparecieron en la lista de terroristas de las NN.UU. en el año 2001 y 2002, la sociedad, establecida en Suiza, pudo proseguir sus operaciones, ya que no era más que un *holding* de numerosas empresas registradas *off-shore* en Liechtenstein. Sólo en el año 2003, la sociedad fue puesta en liquidación y sus activos se esfumaron <sup>58</sup>.

El problema puede ser tan serio que, según DEL CID, algunas jurisdicciones *off-shore* «venden» su ciudadanía a cambio de determinadas inversiones en su territorio. Si a esto unimos la inexistencia de tratados de extradición, la persecución de algunos delincuentes puede tornarse bastante dificultosa <sup>59</sup>.

Si nos ceñimos a las estrategias de planificación fiscal internacional, algunos datos pueden ayudarnos a comprender la importancia que han cobrado los paraísos fiscales en los últimos tiempos. Entre 1997 y 2003, diversas compañías aumentaron sus filiales en paraísos fiscales: Boeing pasó de 10 a 31, Sara Lee, de 14 a 26, Xerox, de 6 a 23, J.P. Morgan, de 11 a 27, Pepsi, de 14 a 29, etc <sup>60</sup>.

<sup>57</sup> «Los paraísos fiscales y el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias», en *Boletín AFIP* N.º 44, 1 de marzo de 2001, pág. 293, en [http://eco.unne.edu.ar/finanzas/catedras/reg\\_tribu/Cuadernos/Los%20Paraísos%20Fiscales%20y%20el%20Control.htm](http://eco.unne.edu.ar/finanzas/catedras/reg_tribu/Cuadernos/Los%20Paraísos%20Fiscales%20y%20el%20Control.htm) (página visitada el 27 de junio de 2008).

<sup>58</sup> Vid., LE BIANC, *Le dispositif international de lutte contre le financement du terrorisme est-il crédible*, pág. 4, en [www.college.interarmes.defense.gouv.fr/pdf](http://www.college.interarmes.defense.gouv.fr/pdf) (página visitada el 1 de noviembre de 2007).

<sup>59</sup> Vid. DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

<sup>60</sup> Vid. DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 40.

En el mismo sentido, dado que las empresas de los Estados Unidos no tributan en dicho país por los beneficios de sus operaciones realizadas desde el exterior del país con el resto del mundo, algunas han optado por trasladar su sede social a un paraíso fiscal, constituyéndola como matriz de la filial de los Estados Unidos. Se trata de un desplazamiento sólo aparente, pero que provoca un importante ahorro fiscal a la empresa <sup>61</sup>.

También pueden las empresas radicadas en los Estados Unidos decidir cuándo desean tributar por los beneficios obtenidos por sus operaciones en el exterior, ya que no deben tributar en ese momento por los mismos cuando los reinvierten en el exterior.

Otro procedimiento de ahorro fiscal, rayano en la evasión, es el empleo de los precios de transferencia, distribuyéndose los beneficios de un grupo empresarial entre sus filiales en distintas jurisdicciones, buscando una menor tributación. También pueden adquirirse mercancías o materias primas entre distintos componentes del grupo, a precios distintos a los reales, en función de los intereses tributarios del grupo.

Ciñéndonos al Derecho vernáculo, debe tenerse en cuenta que el principio de capacidad económica enunciado en el artículo 31.1 de la CE debe ser considerado la regla básica en el reparto o distribución de la carga tributaria <sup>62</sup> y el uso de estas jurisdicciones para implementar políticas de planificación fiscal lleva a la quiebra del mismo. No digamos ya si en vez de referirnos a la citada planificación, nos acercamos a la evasión y fraude fiscal o al blanqueo de activos.

## 2. LA OCDE <sup>63</sup>

Como señalan GUTIÉRREZ y RODRÍGUEZ <sup>64</sup>, «La globalización económica ha provocado una notable internacionalización de los sistemas fiscales nacionales, ha influido en la configuración de determinados aspectos de los tributos y del sistema mismo en su conjunto, ha modificado los principios en aras de la eficiencia económica y ha replanteado el sistema de fuentes».

Siendo la OCDE, sin duda alguna, la organización más activa en el planteamiento de debates sobre la adecuación del ejercicio del poder tributario a la nueva realidad actual y en la formulación de

<sup>61</sup> Vid. DEL CID GÓMEZ, J. M., *op. cit.*, pág. 41.

<sup>62</sup> PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 35.

<sup>63</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo. Cuenta actualmente con 30 Estados miembros. Su órgano de decisión es el Consejo, compuesto de un representante de cada Estado y otro de la Unión Europea. Cuenta con un Secretariado, cuyo titular preside también el Consejo, y varios Comités, entre los que destaca, para la finalidad de este trabajo de investigación, la actividad del Comité de Asuntos Fiscales. Tiene su sede en París y dispone de aproximadamente 2.500 funcionarios. La finalidad de la OCDE gira en torno a la promoción del empleo, el crecimiento, la mejora del nivel de vida, la expansión económica y el comercio mundial. El principal instrumento para conseguir estos objetivos es la liberalización del movimiento de capitales y servicios.

<sup>64</sup> GUTIÉRREZ LOUSA, M., y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., *Las consecuencias fiscales de la globalización*. Documento núm. 8/07, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pág. 6.

propuestas de actuación<sup>65</sup>, era lógico que adquiriese un enorme protagonismo en el tratamiento de los paraísos fiscales.

El 20 de enero de 1998, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE adoptó el Informe «Competencia Fiscal Perjudicial: un asunto global urgente»<sup>66</sup>. En el mismo se establecen los criterios para determinar qué países poseen regímenes fiscales perjudiciales. También se fijan los criterios para considerar a un territorio como paraíso fiscal<sup>67</sup>.

Dichos criterios son, en primer lugar, la inexistencia de imposición o imposición meramente nominal. En segundo, debe darse la ausencia de efectivo intercambio de información. En tercer lugar, debe existir ausencia de transparencia en el ámbito legal o administrativo. Por último, ausencia de obligación de ejercer una actividad sustancial en el país.

Respecto a los regímenes fiscales perjudiciales, se caracterizan por una nula o baja tributación, conjuntamente con una de las tres circunstancias siguientes: estanqueidad, limitación del intercambio de información o posibilidad de negociar individualmente una aplicación favorable de las disposiciones legales<sup>68</sup>.

En junio del 2000, la OCDE publicó un nuevo Informe denominado «Progreso realizado en la identificación y eliminación de las Prácticas Fiscales Perjudiciales». En éste, además publica una lista de paraísos fiscales no cooperativos (35 en total)<sup>69</sup>, que debían ser objeto de medidas antiparaíso fiscal, aplicadas colectivamente por todos los países de la OCDE. Las medidas «defensivas» propugnadas por la OCDE en relación con los paraísos fiscales caminan en una doble dirección: por un lado, «atacan» a los propios paraísos fiscales, impidiendo, por ejemplo, que se celebren acuerdos de doble imposición en ellos. Por otro, actúan contra las personas que se relacionan en su actividad con dichas jurisdicciones.

En el Informe de la OCDE «Progreso 2001» se especifica que los países que no deseen aparecer en la lista de paraísos fiscales no cooperativos deberán asumir el compromiso de eliminar la falta de transparencia y estar dispuestos al intercambio efectivo de información. Se había producido un cambio de orientación por la influencia de los Estados Unidos<sup>70</sup>. Ya no se considera la nula o baja

<sup>65</sup> GARCÍA PRATS, F.A., *Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. Derecho Tributario Global*, Documento núm. 3/07, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pág. 6.

<sup>66</sup> OECD, «Harmful tax competition: an emerging global issue», aprobado por el Consejo de la OCDE, el 9 de abril de 1998. Sus secuelas son «OECD Towards global tax cooperation», 2000; «The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 progress report», 2001, y «The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report» ([www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf), página visitada el 11 de noviembre de 2007).

<sup>67</sup> En este sentido, ROSER SAMPLON, S., «Los paraísos fiscales y la lucha contra el fraude fiscal», en *Cuadernos de Formación*, Colaboración 14/07, Volumen 3/2007, Centro de Estudios Fiscales, 2007, pág. 206.

<sup>68</sup> En este sentido, ROSER SAMPLON, S., *op. cit.*, pág. 206.

<sup>69</sup> Se identificaron otros seis, que se avinieron a dismantlar sus sistemas perjudiciales antes de publicarse el informe, por lo que no fueron incluidos.

<sup>70</sup> En este sentido, ROSER SAMPLON, S., *op. cit.*, pág. 207.

tributación como un elemento perjudicial. Lo realmente peligroso es la falta de intercambio efectivo de información y de transparencia.

La lista definitiva, publicada el 18 de abril de 2002 por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, deja reducida a siete los paraísos fiscales no cooperativos: Andorra, Liechtenstein, Mónaco, Liberia, Islas Marshall <sup>71</sup>, Nauru y Vanuatu. Eso no quiere decir que no haya más paraísos fiscales. La decisión del Comité hace referencia a que las otras 31 jurisdicciones se han comprometido a mejorar su nivel de transparencia y el intercambio efectivo de información, por lo que pasan a ser consideradas como jurisdicciones cooperantes <sup>72</sup>. La lista negra de los paraísos fiscales quedó reducida a tres países: Mónaco, Andorra y Liechtenstein <sup>73</sup> y desde mayo de 2009, ha sido completamente vacía de contenido <sup>74</sup>.

Actualmente los trabajos de la OCDE giran en torno al concepto «*global level playing field*» <sup>75</sup>, la ejecución de las medidas conjuntas de la OCDE respecto de los *tax haven* al momento en que dicha ejecución tenga lugar en relación con los propios miembros de la OCDE <sup>76</sup>. Para lograr alcanzar esta situación se propugnan tres tipos de medidas: por un lado, medidas individuales, de modificación de la legislación, para garantizar un efectivo intercambio de información. Por otro, medidas bilaterales, estableciendo acuerdos de intercambio de información entre jurisdicciones. Para finalizar, medidas multilaterales, implicando en la consecución del concepto a «centros financieros significativos» que no se habían comprometido. El resultado práctico de estas medidas es bastante pobre, ya que sólo 5 jurisdicciones se comprometieron con los principios de transparencia e intercambio de información. Además, como muy bien señala ROSER SAMPLÓN <sup>77</sup>, la regla *global level playing field* hace también referencia a la existencia de dos jurisdicciones en el seno de la OCDE (Suiza y Luxemburgo) cuya realidad fiscal se encontraba por debajo de lo que se solicitaba a las jurisdicciones «cooperativas». Ello restaba cierta fuerza moral a la OCDE en sus planteamientos.

En mayo de 2006, se publica el Informe «Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field - 2006 Assessment by the Global Forum on Taxation». Se trata de un informe relativo a 82 jurisdicciones (30 miembros de la OCDE, 34 jurisdicciones cooperativas, 4 no cooperativas y 4 observadores de la OCDE), en el que se detalla su legislación respecto al intercambio de información y a la transparencia.

<sup>71</sup> No se encuentran en la lista española de paraísos fiscales.

<sup>72</sup> En [http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en\\_2649\\_201185\\_2082330\\_1\\_1\\_1\\_1,00.htm](http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en_2649_201185_2082330_1_1_1_1,00.htm), página visitada el 25 de junio de 2008.

<sup>73</sup> APARICI, L., «Paraísos fiscales en peligro de extinción», en *La Razón Digital*, 15.10.07. También en [http://www.oecd.org/document/57/0,3343,fr\\_2649\\_33745\\_31236089\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/57/0,3343,fr_2649_33745_31236089_1_1_1_1,00.html), página visitada el 16 de junio de 2008.

<sup>74</sup> Vid. [http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en\\_2649\\_33745\\_30578809\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en_2649_33745_30578809_1_1_1_1,00.html), página visitada el 1.º de noviembre de 2009.

<sup>75</sup> Condiciones iguales para todos.

<sup>76</sup> En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», Instituto de Estudios Fiscales, *Documento de Trabajo* núm. 11/04, 2004, pág. 17.

<sup>77</sup> ROSER SAMPLÓN, S., *op. cit.*, pág. 208.

### 3. LA UNIÓN EUROPEA

#### 3.1. Cuestiones previas.

Existe tal dinamismo de la vida comercial moderna, por la movilidad de personas y de capitales, que los Estados miembros se han visto obligados a arbitrar esta realidad <sup>78</sup>.

En el seno de la Unión Europea, la fiscalidad constituye un elemento de cada vez de más importancia para la adopción de decisiones económicas, una vez que existe una moneda única y se eliminan riesgos por los tipos de cambio y costos en las transacciones <sup>79</sup>.

Así pues, aquellos Estados de baja tributación ejercerán una competencia fiscal, atrayendo empresas que se establecerán en esa jurisdicción sólo por motivos fiscales. Esto provocará que el resto de Estados deban reducir sus impuestos, con lo que nuevamente se producirá una igualación fiscal, pero en un nivel inferior a la situación de partida y que puede ser un nuevo punto de partida para una nueva reducción, hasta alcanzar el nivel tributación nulo <sup>80</sup>. Se produce lo que ALMUDÍ CID denomina, en afortunada expresión, «una subasta fiscal internacional» <sup>81</sup>.

No todas las consecuencias de la competencia fiscal en la Unión Europea han sido negativas <sup>82</sup>. Se considera que los efectos sobre el total de la Unión Europea pueden ser positivos, llegando a atraerse capitales foráneos. Un efecto secundario (positivo) consiste en la disminución del gasto y de los excesivos sectores públicos de algunos Estados <sup>83</sup>. No obstante, por otro lado, como las necesidades financieras de los Estados no disminuyen, a largo plazo, se produce una excesiva presión sobre el trabajo, al concederse excesivos beneficios al capital, que es el factor de producción más móvil.

<sup>78</sup> VILLA GIL, J.M., «Las relaciones fiscales internacionales: la realidad española», en *Relaciones Fiscales Internacionales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, págs. 85-89.

<sup>79</sup> En este sentido, ESTRAGUÉS, J.L., *op. cit.*, pág. 3.

<sup>80</sup> Sobre este proceso, puede consultarse el excelente trabajo de IBÁÑEZ MARSILLA, S., «La competencia fiscal perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto de las Foreign Sales Corporations», en *Estudios y Notas – Crónica Tributaria* 113. Capítulo La competencia fiscal perniciosa y el derecho de la OMC, 2004, págs. 25 a 33. (En <http://www.uv.es/~ibanezs/ArticuloOMC.pdf>, visitada el 14 de diciembre de 2007). También puede consultarse el modelo desarrollado por ÁLVAREZ GARCÍA, S., DE SOTO BLASS, M.L. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.I., «La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales», *Documento de trabajo* núm. 15/03. Instituto de Estudios Fiscales. 2003. En el mismo se observa que la recaudación total de dos países que compiten por atraer capitales es inferior si compiten entre ellos que si colaboran.

<sup>81</sup> ALMUDÍ CID, J.M., *Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pág. 5.

<sup>82</sup> LAMADRID DE PABLO, A. *El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado*, Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU, Madrid, 2005, pág. 11.

<sup>83</sup> La Comisión, en su Comunicación al Consejo, bajo el nombre de «Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea –paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa–», Comisión de las Comunidades Europeas, COM (97) 495 final de 01.10.1997.

Este problema ha cobrado mayor relevancia en el seno de la Unión Europea en los últimos tiempos, por las últimas ampliaciones, ya que alguno de los nuevos Estados miembros podrían optar por atraer capital con unos impuestos a las empresas menores que los de los otros Estados miembros <sup>84</sup>.

Mediada la década de los 90 del pasado siglo se producía en la Unión Europea una competencia fiscal entre los Estados y una progresiva rebaja de la imposición sobre las rentas del capital <sup>85</sup>. Con esta competencia se trataba de atraer empresas, especialmente las dotadas de mayor movilidad. Las consecuencias de la posible deslocalización de las mismas eran para los países que éstas abandonaban, una reducción de los ingresos tributarios, y ante la necesidad de mantener el nivel de gasto de los Estados, se provocaba un incremento de la presión sobre el factor trabajo. Así, entre 1980 y 1994, el tipo medio de imposición implícita sobre el trabajo asalariado se ha incrementado del 34,7% al 40,5%, mientras que el de otros factores de producción (como el capital) se redujo del 44,5% al 35,2% <sup>86</sup>.

La reacción de la Unión Europea ante este problema cristalizó con la adopción de una serie de medidas. Por un lado, mediante la adopción de medidas regladas, tales como la Directiva 2003/48/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DOCE n. L 157, de 26 de junio de 2003) y la Directiva 2003/49/CE, del Consejo, relativa un régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DOCE n. L 157, de 26 de junio de 2003). Por otro, se elaboró el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

La aprobación de estas tres medidas estuvo condicionada a que se aprobasen las tres y que se adoptase su contenido por países terceros, para evitar la deslocalización de capitales de la Unión Europea hacia los mismos.

### 3.2. El Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

El artículo 94 del Tratado CE exige la regla de la unanimidad en materia de imposición directa. Ello, unido a la desconfianza que los Estados sienten hacia una nueva cesión de soberanía, la relativa a la imposición directa, hace extraordinariamente difícil el poder armonizar esta imposición.

Algunos Estados de la Unión Europea, con una presión fiscal elevada, opinaban que si otros Estados miembros establecían una menor presión fiscal, su conducta era asimilable al otorgamiento de ayudas de Estado, que se encuentran prohibidas en el artículo 87 del Tratado CE.

Por ello se ha recurrido a un tipo de norma sui géneris, como es el Código de Conducta, que carece de fuerza vinculante <sup>87</sup>.

<sup>84</sup> En este sentido, LAMADRID DE PABLO, A., *op. cit.*, pág. 4.

<sup>85</sup> En este sentido, LAMADRID DE PABLO, A., *op. cit.*, pág. 10.

<sup>86</sup> COM (96) 546 final, pág. 3.

<sup>87</sup> *Vid.*, entre otros, GARCÍA MONCO, A., *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 226; HERRERA MOLINA, P.M., «Nuevas perspectivas de armonización fiscal», Comentario a la nota sobre «Panorama sobre el proceso de armonización fiscal» elaborado por el Grupo de Intercambio sobre asuntos

Al objeto de evitar la competencia fiscal perniciosa en el seno de la Unión Europea, se elaboró el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas <sup>88</sup>, que es un compromiso político cuyo objetivo es la supresión de las medidas fiscales perniciosas, entendiendo por tales las que influyen o pueden influir de manera significativa en la radicación de la actividad empresarial dentro de la Comunidad, con el riesgo que ello comporta de pérdida de ingresos fiscales y de generación de efectos contrarios al empleo <sup>89</sup>. Como ejemplo de estas medidas fiscales perniciosas pueden citarse el bajo tipo impositivo en el impuesto sobre personas jurídicas en Irlanda o la posibilidad de alcanzar acuerdos previos favorables con las autoridades fiscales en Holanda <sup>90</sup>.

La naturaleza jurídica de este acto es atípica, por no estar contemplada entre los actos que pueden dimanar del Parlamento, del Consejo ni de la Comisión <sup>91</sup>. Creemos, en tal sentido, que basta con leer el encabezamiento del texto del citado acto: «El Consejo de la Unión Europea y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo». Ningún acto de los definidos en el Tratado de la UE puede emanar de este órgano sui generis.

Es un compromiso político, sin alcance jurídico, pero que debe orientar la acción de los Estados. También es un plan, un procedimiento.

Debe enmarcarse este Código dentro lo que se denomina *soft law* comunitario, que como expresa FLORINDO <sup>92</sup>, «incluye aquellas reglas de conducta que carecen por sí mismas de fuerza legal vinculante, pero que presentan caracteres propios del «Derecho» y que, a través del orden jurídico comunitario, pretenden influir efectivamente en la conducta de los Estados miembros, instituciones y personas, a pesar de no establecer derechos y obligaciones para las mismas.» Como dice LAMADRID <sup>93</sup>, el *soft law* ha estado siempre a disposición de los Estados miembros para ser utilizado en momentos en que la falta de consenso político bloqueaba cualquier incipiente progreso.

Los Estados se comprometen a no establecer nuevas medidas fiscales perniciosas en el sentido del Código (cláusula de *standstill*, como congelación legislativa), y modificar las disposiciones y las prácticas vigentes en sus respectivos países (cláusula de *rollback*) con objeto de eliminar cualquier medida perniciosa (letras C y D del Código) <sup>94</sup>.

---

européens, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 187/188, agosto-septiembre, 2000, pág. 86. ROCHE LAGUNA, I. *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados Miembros (Armonización de la imposición directa en la CE)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 120.

<sup>88</sup> El Código de Conducta aparece publicado como anexo a las conclusiones del Consejo del ECOFIN, celebrado en Verona el 1 de diciembre de 1997, en el DOC n.º 2/1998, de 6 de enero.

<sup>89</sup> ESTRAGUÉS, J.L., *op. cit.*, pág. 3.

<sup>90</sup> En este sentido, FLORINDO GIJÓN, F., «El código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de control de las ayudas estatales», en *Crónica Tributaria* 109, 2003, pág. 103.

<sup>91</sup> FLORINDO GIJÓN, F., *op. cit.*, pág. 101.

<sup>92</sup> FLORINDO GIJÓN, F., *op. cit.*, pág. 104. Véanse asimismo WELLENS, K.C y BORCHARDT, G.M., «Soft Law in European Community Law», en *European Law Review*, octubre 1989, pág. 267 y ALONSO GARCÍA, R., «El Soft Law comunitario», en *Revista de Administración Pública*, n.º 154, enero-abril 2001, pág. 63.

<sup>93</sup> LAMADRID DE PABLO, A., *op. cit.*, pág. 5.

<sup>94</sup> En este sentido, CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., *op. cit.*, pág. 42.

Respecto a la identificación de lo que es una medida perniciosa, éstas deben implicar un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate.

En la misma letra B del Código, junto a la regla anterior, que es un criterio general, se enuncian otros cinco criterios que han de tenerse en cuenta. En primer lugar, si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o sólo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes. En segundo lugar, si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional. En tercer lugar, si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales. En cuarto lugar, si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE. Por último, si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia.

También se adquirió un compromiso de información entre los Estados respecto a las medidas que se propusieran implantar y que entrasen en el ámbito del Código. Además, la letra K impone la cooperación entre los Estados en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, especialmente en lo que se refiere al intercambio de información entre ellos.

Por último, los Estados miembros que tienen territorios dependientes o asociados, o que tienen responsabilidades especiales o prerrogativas fiscales en otros territorios se comprometen a velar por la aplicación de los Principios del Código en esos territorios.

Se creó un Grupo de seguimiento del Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas (letra H del Código), presidido por la sra. PRIMAROLO, que trabajó sobre 285 medidas fiscales, facilitadas por la Comisión y por los Estados miembros. El informe del Grupo de trabajo fue presentado el 29 de noviembre de 1999 al Consejo ECOFIN y concluyó que 66 de esas medidas tenían efectos perniciosos <sup>95</sup>.

En España, tres medidas adoptadas fueron evaluadas como perniciosas por el Informe PRIMAROLO (Centros de coordinación del País Vasco y Navarra y Régimen fiscal del tratamiento de la investigación y explotación de hidrocarburos).

El Consejo, en su reunión de 3 de junio de 2003, consideró que las medidas que sustituyeron o modificaron a las 66 propuestas eran adecuadas para eliminar los efectos perniciosos detectados, lo cual no es del todo cierto <sup>96</sup>.

Estos trabajos de la Unión Europea presentan ciertas semejanzas con los examinados supra de la OCDE, en el sentido de que constituyen un compromiso político para luchar contra la competen-

<sup>95</sup> Documento n.º SN 4901/99.

<sup>96</sup> En el mismo sentido, FLORINDO GIJÓN, F., *op. cit.*, pág. 110.

cia fiscal perjudicial, e implican el desmantelamiento de los sistemas que hayan sido identificados como perjudiciales. Incluso, los criterios de evaluación de dicha circunstancia son bastante similares en los dos instrumentos estudiados <sup>97</sup>.

### 3.3. Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses <sup>98</sup>.

Con esta Directiva se busca evitar las pérdidas de ingresos tributarios que provoca la competencia fiscal, garantizándose una imposición al ahorro en forma de intereses. Ya la Directiva sobre la liberalización de los movimientos de capital (88/361/CEE, de 24 de junio) instaba a que la Comisión presentase al Consejo, antes de la finalización del año, propuestas para suprimir o atenuar el riesgo de evasión o fraude fiscal <sup>99</sup>. Pero no fue hasta el 20 de mayo de 1998, en que la Comisión formuló una propuesta de Directiva, que fue aprobada el 3 de junio de 2003 y entró en vigor el día 16 de julio de 2003. Como antecedentes, pueden distinguirse hasta tres proyectos de Directiva que no consiguieron salir adelante, entre 1989 y 2001.

A grandes rasgos, el objetivo inmediato de esta norma es conseguir que la tributación del ahorro en forma de pago de intereses de las personas físicas no residentes se realice en el Estado en el que dicha persona física tiene su residencia. Los intereses pagados a personas jurídicas están excluidos del ámbito de esta Directiva. Tampoco se aplica a los dividendos ni a los productos financieros ni a los seguros de vida. El objetivo mediato sería, a nuestro juicio, impedir que algunos países miembros, e incluso algunos no miembros, mediante una imposición reducida a los no residentes y nula información, puedan relocalizar en sus territorios inversiones financieras de países con tributación más elevada o relacionadas con el blanqueo de activos <sup>100</sup>.

Este objetivo precisa de un intercambio de información entre los Estados miembros. Austria, Bélgica y Luxemburgo disponen de un periodo transitorio, durante el que efectúan una retención sobre los intereses y entregan una parte de la misma al Estado miembro de residencia fiscal de la persona física interesada. Esto se debe a que debía resolverse el problema que estos Estados miembro tenían con el secreto bancario que regía en los mismos y dar un plazo para resolver este problema <sup>101</sup>. El periodo transitorio dará comienzo cuando determinados países terceros (Estados Unidos, Mónaco, Andorra, Suiza, Liechtenstein y San Marino) adopten medidas equivalentes, para evitar la fuga de capitales hacia los mismos. Otra peculiaridad respecto a estos Estados miembros es que no están obligados a suministrar información, pero sí tienen derecho a recibirla.

<sup>97</sup> En este sentido, CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., *op. cit.*, pág. 42.

<sup>98</sup> DOCE n. L 157, de 26 de junio de 2003.

<sup>99</sup> Artículo 6.5.

<sup>100</sup> En este sentido, PITA GRANDAL, A.M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., «La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 1/2003, Madrid, 2003, pág. 12.

<sup>101</sup> DELMAS GONZÁLEZ, F.J., «La Directiva sobre fiscalidad del ahorro», *Documento* núm. 19/02, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, pág. 6.

La elección que ha efectuado la Directiva por el intercambio de información como criterio general se debe a que, una vez planteada la disyuntiva para el legislador comunitario entre los sistemas de retención en la fuente e intercambio de información, quedaba claro que habría un importante perjuicio para los Estados miembros que optasen por la última posibilidad ante aquellos otros que optasen por el sistema de retención. En efecto «(...) si un Estado optaba por el régimen de intercambio de información perdía el ingreso derivado de la retención, asumía el coste que el sistema de intercambio de información suponía y, por último, si el Estado de la fuente había optado por el régimen de retención a cuenta, no tenía información sobre los intereses obtenidos por sus residentes en el Estado de la fuente»<sup>102</sup>.

La información que el agente pagador (entidad que abona los intereses) está obligado a suministrar es la identidad y residencia del beneficiario efectivo, el número de cuenta de éste o, en su defecto, la identificación del crédito que da lugar al pago por intereses. Además, el nombre y dirección del agente pagador y el importe de la renta. No es preciso indicar la fecha del pago. Tanto la identidad como la residencia serán conocidas por el agente pagador por aplicación del principio *know your customer*, aplicando la normativa nacional y las disposiciones de transposición de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales al Derecho interno de cada Estado<sup>103</sup>, lo que constituye una muestra más de la interacción entre prevención del blanqueo de activos y prevención del fraude fiscal.

Uno de los aspectos más relevantes de la Directiva consiste en que ofrece un concepto amplio de intereses, mayor que el de nuestro Derecho interno, ya que abarca algunos rendimientos considerados incrementos patrimoniales. Ello obedece a la finalidad de evitar defraudaciones a la normativa<sup>104</sup>.

Consideramos que uno de los problemas que plantea la Directiva es que ésta establece que el periodo transitorio concluirá al final del primer año fiscal completo posterior a la adopción de un acuerdo por el que se disponga el intercambio de información previa petición con el último de los terceros países relevantes citados anteriormente. Esto se debe al temor a la fuga de capitales ya mencionada supra. Por tanto la fecha de 31 de diciembre de 2010, del artículo 15, para la conclusión del citado periodo, es sólo orientativa. Sin embargo, no es el final del periodo transitorio el mayor problema, radicando éste en la entrada en vigor de la misma, sujeta a dos condiciones<sup>105</sup>. Se establece que se aplicará la Directiva a partir de 1 de enero de 2005, si se adoptan medidas equivalentes por terceros Estados clave y se establecen acuerdos con determinados territorios dependientes o asociados (las Islas del Canal de la Mancha, la Isla de Man y los territorios dependientes o asociados del Caribe<sup>106</sup>) para aplicar un intercambio automático de información. La situación actual respecto a estos territorios dependientes o asociados es que Aruba (Reino de los Países Bajos), Islas Caimán,

<sup>102</sup> SERRANO PALACIO, C., «Efectos positivos y perniciosos de la Directiva del Ahorro desde el punto de vista de la gestión tributaria», Instituto de Estudios Fiscales, *Cuadernos de Formación*, Colaboración 16/06. Volumen 2/2006, 2006, pág. 109.

<sup>103</sup> En este sentido, PITA GRANDAL, A.M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *op. cit.*, pág. 14.

<sup>104</sup> En este sentido, PASTORIZA VÁZQUEZ, J.S., «La Directiva 2003/48/CE. Un nuevo paso hacia la armonización de la tributación de las rentas derivadas del capital en la UE», en *Quincena Fiscal* Aranzadi, núm. 11/2004, Madrid, 2004, pág. 6.

<sup>105</sup> En este sentido, PASTORIZA VÁZQUEZ, J.S., *op. cit.*, pág. 20.

<sup>106</sup> Propuesta de Directiva del Consejo destinada a garantizar la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses en la Comunidad. Bruselas 18/07/2001. COM (2001) 400.

Montserrat y Anguila (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) han optado por el sistema de intercambio automático de información y las Islas Vírgenes, Islas Turcos y Caicos (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Antillas Holandesas (Reino de los Países Bajos), Isla de Man, Isla de Jersey y la Isla de Guernesey han optado por el sistema de retención <sup>107</sup>.

España ha negociado acuerdos con todos los territorios citados, respecto al intercambio de información <sup>108</sup>.

A nuestro juicio, es rechazable hacer depender la entrada en vigor de una Directiva de una voluntad extracomunitaria. Estas condiciones presentarán graves problemas, obligando a la Unión a iniciar procesos de negociación con los Estados claves citados <sup>109</sup> y esperar la capacidad de los Estados miembros para influir en sus territorios dependientes o asociados, alguno de los cuales entra en la categoría de paraíso fiscal.

Otro aspecto que consideramos rechazable es que la Directiva se ciñe a las personas físicas, excluyendo a las personas jurídicas, lo que es contrario al principio de equidad <sup>110</sup>.

Respecto a la influencia de los trabajos de la OCDE en la Directiva, CARPIZO y SANTAELLA destacan que «(...) en la misma se recoge por primera vez, en un texto legal, la aplicación práctica del proceso para lograr el *global level playing field*» <sup>111</sup>. En efecto, para la entrada en vigor de la norma fue preciso establecer negociaciones para la adopción de medidas equivalentes por algunos terceros Estados competidores fiscales de los Estados miembros. Para la finalización del periodo transitorio, los Estados miembros y territorios dependientes y asociados que hubiesen optado por el sistema de retención deben pasar al sistema de intercambio de información.

Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español por el Real Decreto 1778/2004, de 30 de julio, por el que se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea. Este Real Decreto ha sido desarrollado por la Orden EHA/2339/2005, de 13 de julio, por la que se aprueba el «modelo 299», de declaración anual de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y en otros países y territorios con los que se haya establecido un intercambio de información.

<sup>107</sup> DE PAZ CARBAJO, J.A., «La Directiva 2003/48/CE y su eficacia para la efectiva tributación del ahorro en la Unión Europea», Instituto de Estudios Fiscales, *Cuadernos de Formación*, Colaboración 12/07, Volumen 3/2007, 2007, págs. 183-184.

<sup>108</sup> Se han efectuado los oportunos Canjes de Notas, que figuran como apéndice o anexo a los Acuerdos entre España y el Reino Unido, por lo que respecta a los territorios bajo soberanía británica y territorios a los que Gran Bretaña representa en sus relaciones exteriores. Respecto a Aruba y Antillas Holandesas, se ha suscrito el oportuno Acuerdo con el Reino de los Países Bajos.

<sup>109</sup> Los Acuerdos con la Confederación Helvética, el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco, el Principado de Liechtenstein y la República de San Marino, han sido ya firmados y entraron en vigor el 1 de julio de 2005. Aún falta por determinar la fecha en que los Estados Unidos, previa petición, se comprometan al intercambio de información.

<sup>110</sup> En el mismo sentido, PAZ CARBAJO, J.A., *op. cit.*, pág. 184.

<sup>111</sup> CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., *op. cit.*, pág. 42.

La importancia de esta Directiva radica, en nuestra opinión, en constituir un primer paso en busca de la imposición directa uniforme en el ámbito de la Unión Europea, sin cesión de soberanía, al menos, de momento <sup>112</sup>.

En el mismo año, se aprueba también la Directiva 2003/49/CE, del Consejo, relativa a un régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros <sup>113</sup>. Es la última norma del «paquete de medidas fiscales» aprobado por el Consejo ECOFIN el 3 de junio de 2003. Su objeto es la exoneración en origen sobre los pagos transfronterizos de intereses y cánones entre empresas asociadas.

### 3.4. La jurisprudencia comunitaria y las cláusulas antiabuso.

Si bien ya venía siendo jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que la necesidad de preservar los ingresos fiscales no figura entre las razones imperiosas de interés general que puedan ser invocadas para justificar una restricción a las libertades comunitarias, ni entre las razones que el Tratado CE menciona para excepcionar la aplicación de las mismas, la posición del TJCE ante las cláusulas antiabuso <sup>114</sup> ha quedado fijada con claridad más que meridiana, tras la sentencia Cadbury Schweppes <sup>115</sup>, asunto que traemos aquí a colación.

El Tribunal, en esta sentencia, define los límites que tienen los Estados miembros, a la hora de establecer cláusulas antiabuso en sus respectivas legislaciones internas. Ello tendrá, obviamente, consecuencias en las medidas antiparaiso existentes en la legislación española.

Se analizaba si la legislación británica sobre transparencia fiscal internacional, relativa a la creación de filiales en un Estado miembro de menor tributación, con el objeto de beneficiarse de esta fiscalidad reducida, resultaba compatible con el Tratado CE. El Tribunal consideró que la libertad que se veía afectada por esta normativa era la libertad de establecimiento.

La cuestión de fondo a dilucidar por el Tribunal fue si la sociedad británica Cadbury Schweppes había protagonizado un abuso de la libertad de establecimiento, al ubicar una sociedad filial en el Centro Financiero de Dublín, con la finalidad de obtener un mejor tratamiento fiscal. Este posible abuso de derecho implicaría un uso fraudulento de dicha libertad y, por tanto, impediría apreciar su vulneración por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en adelante Gran Bretaña).

<sup>112</sup> En el mismo sentido, PAZ CARBAJO, J.A., *op. cit.*, pág. 184.

<sup>113</sup> DOCE n. L 157 de 26 de junio de 2003.

<sup>114</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *op. cit. Las normas antiparaiso...*, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>115</sup> Sentencia de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (NFJ023535). En relación con el tema del tratamiento dado por la jurisprudencia comunitaria a las cláusulas antiabuso, cfr. ALMUDÍ CID, J. M., «La dudosa compatibilidad del régimen fiscal de la provisión por depreciación de cartera y del artículo 20 bis de la Ley del Impuesto sobre Sociedades con el ordenamiento comunitario: reflexiones al hilo de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Bosal holding», en *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2004, pág. 22.

El razonamiento del Tribunal siguió varias etapas. En primer lugar, consideró que en Gran Bretaña existía una diferencia de trato fiscal entre las sociedades que controlaban a otras (filiales), según éstas estuviesen constituidas en Gran Bretaña o en otro Estado miembro de menor tributación.

A continuación concluyó que «el distinto trato fiscal derivado de la legislación sobre TFI<sup>116</sup> y la desventaja de ello resultante para las sociedades residentes que disponen de una filial sujeta, en otro Estado miembro, a un nivel de tributación inferior pueden obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento por dichas sociedades, disuadiéndolas de crear, adquirir o mantener una filial en un Estado miembro en el que ésta se encuentra sujeta a tal nivel de tributación»<sup>117</sup>.

Después debía averiguar si este impedimento a la libertad de establecimiento estaba o no justificado. El Tribunal había establecido que esta restricción sólo estaba justificada por razones imperiosas de interés general, que la medida debía ser adecuada para garantizar el fin perseguido y que no debía ir más allá de lo necesario para alcanzarlo<sup>118</sup>.

En este sentido, el Tribunal consideró que no era una razón imperiosa de interés general la necesidad de prevenir la reducción de ingresos fiscales<sup>119</sup>. Por otro lado, sí era obvio que la norma británica era adecuada para garantizar el fin perseguido, pero iba más allá de lo necesario.

En definitiva, como afirma el Tribunal en su sentencia (párrafo 55), las medidas antiabuso que establezca un Estado miembro que restrinjan una libertad establecida por los Tratados deben diseñarse de manera que «el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional».

Es decir, es el caso de las sociedades pantalla, que no realizan ninguna actividad económica y que carecen de medios (personal, locales, etc.) para su hipotética realización. Como afirman CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ<sup>120</sup>, «la constatación de un elemento subjetivo en la conducta del contribuyente en el sentido de que la constitución de la entidad en el otro Estado miembro responde a una motivación fiscal principal a lo sumo puede servir como indicio que conduzca a la comprobación de la implantación real de la sociedad en el Estado miembro de acogida y de que está ejerciendo un actividad económica efectiva». Pero únicamente podrá aplicarse una medida antielusión cuando se constate a través de «elementos objetivos y verificables por terceros» que no se ha llevado a cabo tal implantación real (implantación ficticia), de manera que la entidad no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio de acogida. Ya hemos visto, como a nuestro entender, el

<sup>116</sup> Transparencia fiscal internacional.

<sup>117</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: Las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test claimants in the thin cap group», en *Jurisprudencia Tributaria* Aranzadi 2/2007, Pamplona, 2007, pág. 3.

<sup>118</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la ...» págs. 3-4.

<sup>119</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la ...» pág. 4.

<sup>120</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la ...» pág. 6.

legislador nacional puede arbitrar cláusulas antiabuso pivotando sobre criterios subjetivos (motivo fiscal de la operación basado en el menor nivel de tributación del Estado de que se trate) y articular una inversión de la carga de la prueba de manera que deba ser el contribuyente afectado el que acredite la inexistencia de un montaje puramente artificioso demostrando que se realiza una actividad económica real a través de medios humanos y materiales.

Es decir, la intención del contribuyente de acogerse a una fiscalidad más favorable es sólo un indicio que permite comprobar la implantación real de sociedad y su actividad. Si de esta comprobación (realizada por elementos objetivos y verificables por terceros) resulta que no se lleva a cabo esta actividad económica, puede aplicarse la medida antiabuso. Mediante una inversión de la carga de la prueba, el contribuyente acreditará que no se trata de un artificio, demostrando una actividad económica real.

Pueden extraerse otras dos consecuencias de menor importancia de la citada sentencia. En primer lugar, que las filiales a las que le sean de aplicación las normas británicas de transparencia fiscal internacional, podrían realizar actividades puramente financieras, de carácter exclusivamente intragrupo. En segundo lugar, la estructura de la sociedad filial debe ser proporcionada a sus transacciones <sup>121</sup>.

#### 4. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ANTE LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA Y LOS PARAÍOS FISCALES

La Constitución Española, en su artículo 31.1, establece, como principio general del ordenamiento tributario, que «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».

Por tanto, el uso de jurisdicciones consideradas paraísos fiscales sería contrario a lo establecido en el precepto constitucional, desde el momento en que la interposición de tal jurisdicción falsea la imagen de la capacidad económica del contribuyente que puede ser aprehendida por la Administración tributaria.

El ordenamiento español es sensible a este problema, como veremos a continuación. Ello no empece a que, en determinadas ocasiones, España haya entrado en el juego de la competencia fiscal, pero quedando, obviamente, muy lejos de lo que podría considerarse una jurisdicción perniciosa, entre otras cosas, porque no existe la característica de la opacidad que configura dichas jurisdicciones, entre otras.

Así pues, en el contexto internacional de competencia fiscal, en España la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, introdujo las entidades *holding*, es decir, las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE). Así se atraían inversiones financieras a

<sup>121</sup> En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *op. cit.*, «Acercas de la...», pág. 7.

nuestro país y se permitía al contribuyente residente participar en entidades no residentes <sup>122</sup>. Se conducía, por tanto, a España a este nuevo escenario de competencia fiscal.

En España no existe una definición legal de paraíso fiscal, utilizándose, respecto a los paraísos fiscales, el sistema de listas <sup>123</sup>, aunque puede actualmente deducirse el concepto de la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal del año 2006. Respecto al sistema de listas, pueden establecerse dos modalidades. Por un lado, listas cerradas de jurisdicciones que la Administración tributaria considera paraísos fiscales. Por otro, puede optarse por la adopción de normas con criterios objetivos, que permita incluir en dicha consideración a aquellas jurisdicciones en las que concurren dichos criterios <sup>124</sup>. Como ejemplo de la primera modalidad tenemos el caso español. De la segunda, el alemán o el británico.

Cuarenta y ocho jurisdicciones están incluidas en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio <sup>125</sup>. La consecuencia de estar incluida en esta «lista negra» es que a los contribuyentes relacionados con las jurisdicciones incluidas se les niegan determinados beneficios fiscales o se les impone la inversión de la carga de la prueba para obtenerlos. Otra consecuencia, como ya sabemos, es la aplicación de determinadas normas de prevención del blanqueo. La lista española, inalterada desde su promulgación, hace ya 18 años, necesita una actualización, tanto para el ingreso como para la salida de jurisdicciones, así como para proceder a su adaptación a las nuevas circunstancias <sup>126</sup>.

Ahora bien, el Real Decreto 116/2003 permite excluir a una jurisdicción de la lista cuando firme un Acuerdo de Intercambio de Información o Convenio para evitar la Doble Imposición, con cláusula de intercambio <sup>127</sup>. Así, por ejemplo, Malta no se considera paraíso fiscal desde la entrada en vigor del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Malta, de 8 de noviembre de 2005 (BOE de 7 de septiembre de 2006).

Habría que preguntarse qué consecuencias se derivan de la inclusión de una jurisdicción en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, es decir, de su consideración como paraíso fiscal. Básicamente, se establece una presunción, no declarada explícitamente en ningún lugar, de que por su bajo nivel de tributación y su opacidad, toda persona que se relacione con el mismo, tiene intención de, al menos, eludir impuestos. Posteriormente, las leyes reguladoras de distintas figuras tributarias, explicitarán

<sup>122</sup> ALMUDÍ CID, J.M., *Planificación fiscal internacional...*, op. cit., pág. 5.

<sup>123</sup> Es el único país de la OCDE, junto con Portugal e Italia. Fuera de la OCDE es un sistema utilizado en varios países: México, Brasil, Ucrania, etc.

<sup>124</sup> En este sentido, ROSEMBUI, T., «La competencia fiscal lesiva», en *Impuestos*, núm. 3, febrero 1999, pág. 33.

<sup>125</sup> EUROPA: Isla de Man, Isla de Guernesey y de Jersey, Principado de Andorra, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, República de San Marino, República de Malta y República de Chipre. AMÉRICA: Anguilla, Antigua y Barbuda, Las Bahamas, Barbados, Bermudas, Islas Caimanes, Antillas Holandesas, Aruba, República de Dominica, Granada, Jamaica, Montserrat, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos, República de Panamá, Islas Turcos y Caicos y Islas Malvinas. ÁFRICA: República de Liberia, República de Seychelles y Islas Mauricio. ASIA: República Libanesa, Reino Hachemí de Jordania, Emirato de Bahrein, Emiratos Árabes Unidos, Sultanado de Omán, Macao, Hong Kong, República de Singapur, Sultanado de Brunei y Islas Marianas. OCEANÍA: República de Nauru, Islas Salomón, República de Vanuatu, Islas Fiji e islas Cook.

<sup>126</sup> En este sentido, ROSER SAMPLON, S., op. cit., pág. 212.

<sup>127</sup> «En todo caso, la efectividad de un Convenio de esa naturaleza no parece viable pues exigiría que dichos territorios reformaran profundamente sus sistemas societarios y sometieran a una rigurosa regulación y control a las entidades financieras que allí actúan». Conferencia de Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO, pronunciada el 31 de mayo de 2004 (<http://www.lafactoriaweb.com/articulos/villarejo24.htm>, visitada el 20 de diciembre de 2007).

las consecuencias de dicha consideración. En el epígrafe correspondiente de este trabajo de investigación, se detallan las mismas.

La doctrina <sup>128</sup> ha criticado el Real Decreto 1080/1991, basándose en dos argumentos: por un lado, que pretende luchar exclusivamente contra el problema de la falta de transparencia y de información que se da en los paraísos fiscales, sin tener en cuenta la baja o nula tributación de las operaciones que se realizan en los mismos. Por otro, se basa exclusivamente en una lista que no permite nuevas entradas de países o territorios, que es limitada y que está obsoleta.

A ello cabría reponer que, efectivamente, no permite la entrada de nuevos territorios, pero si ello fuera necesario, nada obstaría a la promulgación de un nuevo Real Decreto que ampliase el elenco de territorios considerados paraíso fiscal. Lo mismo cabe decir respecto de su obsolescencia y sus limitaciones. Por otro lado, efectivamente, su finalidad es luchar contra la falta de transparencia e información, sin tener en cuenta la tributación del mismo. Pero si, conforme al Real Decreto 116/2003 para que un paraíso fiscal deje de ser considerado como tal, es preciso la firma de un Acuerdo de Intercambio de Información o Convenio para evitar la Doble Imposición, con cláusula de intercambio, dicho Convenio o Acuerdo no deben suscribirse por España si la tributación existente en dicho territorio no es análoga a la española, en cuyo caso se soslayaría el problema citado.

La Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal, instaura dos conceptos, que unidos al de paraíso fiscal, permiten cierta flexibilidad al Estado, para adaptarse a la cambiante situación de la fiscalidad internacional. Se trata de nula tributación y efectivo intercambio de información tributaria.

Las empresas españolas han sacado legalmente del país casi 6.000 millones de euros a través de paraísos fiscales en los últimos 10 años. Los datos oficiales de la Sociedad de Inversiones Exteriores, dependiente del Ministerio de Industria, revelan que las Islas Caimán son, con diferencia, el lugar favorito para ahorrar impuestos y trámites, seguidas de Panamá, Islas Vírgenes y Bermudas.

Si se incluye la salida de dinero español hacia países europeos con ventajas fiscales para este tipo de operaciones, la cifra supera los 39.000 millones de euros en los últimos 10 años, casi el 10% de toda la inversión española en el exterior. La lista de estos países está encabezada por Holanda, con un régimen de captación (las denominadas BV holandesas) y ahorro fiscal, frecuentemente utilizado por las compañías españolas. «Holanda y Luxemburgo son los países con mayor flexibilidad internacional y ese diseño ha llegado a España con las ETVE» <sup>129</sup>.

#### 4.1. Medidas antiparaíso en España.

La finalidad de estas medidas es tanto antielusiva, cuanto antievasiva.

<sup>128</sup> Vid., entre otros, MARTOS BELMONTE, P. y VERDÚN FRAILE, E., «El intercambio de información fiscal en el ámbito internacional», Instituto de Estudios Fiscales, *Cuadernos de Formación*, Volumen 3/2007, 2007, pág. 144.

<sup>129</sup> SOLA, M.V. «Las empresas españolas tienen 6.000 millones en paraísos fiscales», en *Diario El País*, día 29.10.07, [http://www.elpais.com/articulo/economia/empresas/espanolas/tienen/6000/millones/paraisos/fiscales/elpepueco/20071029elpepieco\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/empresas/espanolas/tienen/6000/millones/paraisos/fiscales/elpepueco/20071029elpepieco_2/Tes), página visitada el 22 de marzo de 2008.

#### 4.1.1. Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

**Residencia y domicilio fiscal.** Artículo 8. Encontramos una norma antiparaíso en el número uno, cuando se establece la presunción de que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, o considerado como paraíso fiscal, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos.

**Correcciones de valor: pérdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales.** Artículo 12. En el número tres se establece que no serán deducibles las pérdidas por deterioro correspondientes a la participación en entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, excepto que dichas entidades consoliden sus cuentas con las de la entidad que realiza el deterioro en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

**Gastos no deducibles.** Artículo 14. No pueden deducirse los gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en éstos, excepto que el sujeto pasivo pruebe que el gasto devengado responde a una operación o transacción efectivamente realizada.

Esta norma supone que los gastos relativos a servicios que no se materializan físicamente (informes, reparaciones, transportes...) difícilmente van a ser deducibles. Un caso relativamente corriente es el de las comisiones, en el que la práctica administrativa demuestra un rigor, probablemente justificado, que está conduciendo a la no deducción de los gastos <sup>130</sup>.

**Reglas de valoración: cambios de residencia, cese de establecimientos permanentes, operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales y cantidades sujetas a retención. Reglas especiales.** Artículo 17. En el número dos se establece que las operaciones que se efectúen con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales se valorarán por su valor normal de mercado siempre que no determine una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor convenido o un diferimiento de dicha tributación.

**Subcapitalización.** Artículo 20. No podrá proponerse a la Administración tributaria la aplicación de un coeficiente distinto al establecido con carácter general, en el caso de operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

<sup>130</sup> SANZ GADEA, E., «Medidas antielusión fiscal», Instituto de Estudios Fiscales, *Documento de trabajo* núm. 13/2005, 2005, pág. 177.

**Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.** Artículo 21. No será aplicable cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Tampoco se aplicará a la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad no residente en territorio español, cuando el adquirente resida en un paraíso fiscal.

Si este paraíso fiscal estuviese ubicado dentro del territorio de la Unión Europea, la aplicación de la norma podría verse afectada por la jurisprudencia del TJCE, Sentencia de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 <sup>131</sup>.

**Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente.** Artículo 22. La exención de la renta obtenida en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español, no vendrá en aplicación cuando el establecimiento permanente esté situado en un paraíso fiscal <sup>132</sup>.

**Reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles.** Artículo 23. Caso de ingresos que procedan de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, de derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas, se integrarán en la base imponible en un 50% de su importe. Esto no podrá realizarse cuando el cesionario resida en un paraíso fiscal.

**Deducción por actividades de exportación.** Artículo 37. No pueden realizarse deducciones cuando el gasto o la inversión se realice en un paraíso fiscal.

**Entidades de capital-riesgo.** Artículo 55. Estas entidades están exentas en el 99% de las rentas que obtengan en la transmisión de valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de las empresas o entidades de capital-riesgo, excepto si la persona o entidad adquirente de los valores es residente en un paraíso fiscal. Los dividendos y participaciones en beneficios y las rentas obtenidas en la transmisión o reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o los fondos propios de las entidades de capital-riesgo, no serán deducibles si la renta se obtiene a través de un paraíso fiscal.

**Tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.** Artículo 60. Los beneficios distribuidos por éstas no dan derecho a deducción por doble imposición. Además se establece una presunción *iuris tantum*, fijando en un 15 por 100 el valor de adquisición de las acciones o participaciones de las instituciones de inversión colectiva por parte de los socios o partícipes.

**Régimen fiscal del canje de valores.** Artículo 87. Si en la operación ha intervenido una entidad domiciliada en un paraíso fiscal o las rentas que proceden de la operación se han obtenido a través de uno de ellos, deben integrarse en la base imponible del IRPF o del IS.

<sup>131</sup> En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la...», pág. 7.

<sup>132</sup> Respecto a esta norma antiparaíso, cabe hacer el mismo comentario y anotación al pie que a la contenida en el artículo 21.

**Tributación de los socios en las operaciones de fusión, absorción y escisión total o parcial.**

Artículo 88. Las rentas que se obtengan en estas operaciones, cuando intervenga una entidad domiciliada o establecida en paraíso fiscal, o si se han obtenido a través de uno de ellos, se integrarán en la base imponible del IRPF.

**Inclusión en la base imponible de determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes.** Artículo 107. No serán deducibles de la cuota íntegra los impuestos satisfechos en paraíso fiscal.

Además, cuando la entidad participada resida en un paraíso fiscal, se establecen varias presunciones. En primer lugar, que el importe satisfecho por la entidad residente en paraíso fiscal es inferior al 75% del IS que le hubiese correspondido. Asimismo, que las rentas provienen, bien de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre éstos, bien de participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, bien de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, o de transmisión de los bienes, derechos o participación en fondos referidos, genere rentas. Por último que la renta obtenida por la entidad participada es el 15% del valor de adquisición de la participación.

Estas presunciones son *iuris tantum* y no vendrán en aplicación si la entidad participada consolida sus cuentas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, con alguna o algunas de las entidades obligadas a la inclusión.

**Distribución de beneficios. Transmisión de la participación.** Artículo 118. En el caso de beneficios distribuidos con cargo a las rentas exentas, si el perceptor de la renta reside en paraíso fiscal, no tendrá derecho a la deducción por doble imposición de dividendos

*4.1.2. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF), desarrollada por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante RIRPF).*

**Rentas exentas.** Artículo 7. En este artículo se declaran exentas del impuesto una serie de rentas. Entre ellas, la letra p) del mismo, declara exentos los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, si concurren dos requisitos. En primer lugar, que dichos trabajos se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero y, en segundo, que en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a la de este impuesto y no se trate de un país o territorio que haya sido calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Es decir que si los trabajos han sido realizados en un paraíso fiscal, las rentas por estos rendimientos del trabajo no están exentas del impuesto.

**Contribuyentes.** Artículo 8. Se establece otra norma antiparaíso, que consiste en que deben seguir siendo considerados contribuyentes del IRPF las personas físicas de nacionalidad española que acrediten nueva residencia fiscal en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, durante 5 periodos impositivos, el que esté en curso y otros 4 <sup>133</sup>.

Obviamente, la norma puede burlarse con facilidad, si previamente el contribuyente ha perdido la residencia fiscal en España, por residencia en otro país no considerado paraíso fiscal, para posteriormente trasladar su residencia a una de estas jurisdicciones.

Otro problema que surge es con los trabajadores españoles que van a trabajar, v. gr., a Gibraltar. Para evitar la aplicación de la norma sólo podrían trasladar artificialmente su residencia fiscal a otro país limítrofe, hasta perder la residencia fiscal en España, para poder adquirir su nueva residencia en las jurisdicciones citadas. Este problema no se da ya en relación con Andorra desde que la Ley 35/2006, que da título a este epígrafe, en su disposición adicional vigésima primera respecto a los trabajadores asalariados que cumplan determinadas características <sup>134</sup>. Ciertamente, el problema con Gibraltar es menos acuciante, ya que la mayoría de los trabajadores españoles en Gibraltar, pernoctan habitualmente en el Campo de Gibraltar.

Por otro lado, tras la sentencia Cadbury Schweppes, la cláusula comentada no es compatible con el Derecho Comunitario, cuando la residencia fiscal se traslade a una jurisdicción perteneciente a la Unión Europea <sup>135</sup>.

Podemos comprobar cómo la nacionalidad o la extranjería tienen una importancia muy secundaria hoy día en materia impositiva. Al mismo tiempo, las cuestiones relativas a la nacionalidad o la extranjería en esta materia serían cuestiones de extensión de la ley tributaria y no cuestiones de eficacia de ésta.

En principio, no existen normas generales de Derecho Internacional que limiten la extensión de la ley tributaria en el espacio, dándose tales límites sólo en materia de eficacia. Junto a ello, la sujeción al Poder Tributario del Estado se da con independencia de la nacionalidad del sujeto realizador del hecho imponible y el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos alcanzaría tanto a nacionales como a extranjeros. Este deber es una plasmación de la idea de solidaridad entre todos en el sostenimiento de los gastos públicos.

<sup>133</sup> Sobre este punto, véase LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., «El traslado de residencia a un paraíso fiscal», en la *Revista de Información Fiscal*, núm. 68, marzo-abril 2005, págs. 41 y ss.

<sup>134</sup> Disposición adicional vigésima primera. *Residencia fiscal de determinados trabajadores asalariados*. No resultará de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de la presente ley, a las personas físicas de nacionalidad española residentes en el Principado de Andorra que acrediten su condición de trabajadores asalariados, siempre que se cumplan, además de los que reglamentariamente se establezcan, los siguientes requisitos:

- 1.º Que el desplazamiento sea consecuencia de un contrato de trabajo con una empresa o entidad residente en el citado territorio.
- 2.º Que el trabajo se preste de forma efectiva y exclusiva en el citado territorio.
- 3.º Que los rendimientos del trabajo derivados de dicho contrato representen al menos el 75% de su renta anual, y no excedan de cinco veces el importe del indicador público de renta de efectos múltiples.

<sup>135</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., «Globalización y Derecho Tributario: El impacto del Derecho Comunitario sobre las cláusulas antielusión / abuso del Derecho Interno», Instituto de Estudios Fiscales, *Documento* núm. 7/07, 2007, pág. 16.

Esta solidaridad puede ser política, social o simplemente económica <sup>136</sup>. Afectaría esta última a los que sólo tienen un vínculo económico con nuestro Estado. En función de la solidaridad política, en ciertos supuestos, se puede tomar en consideración la nacionalidad, como es el caso de aquellos sujetos que realizan en el extranjero ciertas funciones al servicio de nuestro Estado. La solidaridad social se da en función de la residencia, al suponer ésta que el sujeto ha estado integrado en nuestra sociedad y en atención a lo que haya podido recibir de la misma. A nuestro entender, esta solidaridad social no sólo se debería dar mientras tal residencia se da de forma efectiva en nuestro territorio, sino que, al trasladar aquélla a un paraíso fiscal, la consideración de residente en España a efectos fiscales se debería conservar durante algunos periodos impositivos incluso cuando no se posea nacionalidad española. No hacerlo así representaría impulsar la falta de solidaridad con nuestra sociedad de aquellos que estuvieron integrados en la misma y que después se trasladan a un paraíso fiscal.

Al no alcanzar esta norma a los extranjeros, se deja abierta la puerta a tal elusión con respecto a los contribuyentes que sin tener nacionalidad española residían en nuestro territorio. Los paraísos fiscales, además de caracterizarse por una baja tributación, son territorios opacos fiscalmente, que no suscriben con otros Estados convenios en los que se incluyan cláusulas sobre el intercambio de información con trascendencia tributaria, con lo que se prestan al fraude. Trasladar la residencia a los mismos no suele hacerse por motivos personales o empresariales legítimos, sino como una apariencia formal que ampare la elusión impositiva.

Pues bien, no existen normas generales de Derecho Internacional que impidan que se pudiese seguir considerando residentes a efectos fiscales en España durante unos determinados años a los sujetos que trasladen su residencia a un paraíso fiscal aunque no tengan nacionalidad española y que el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos les alcanzaría también desde la perspectiva de la solidaridad social.

Problema distinto sería que el extranjero que traslada su residencia a un paraíso fiscal no posea bienes en territorio español sobre los que la Administración tributaria pudiese proceder en caso de incumplimiento de aquél. Pero este problema ya no sería un problema de extensión, sino de eficacia de la ley tributaria. Además, sería un problema que también podría darse en relación con los sujetos que tengan nacionalidad española. Obviamente, si el sujeto sólo tiene bienes en un paraíso fiscal, éste no va a cooperar con la Administración tributaria española ni en materia de intercambio de información, ni en materia de recaudación. No existiendo elementos patrimoniales ni en España ni en otro Estado que cooperase con el nuestro en materia de recaudación en tales supuestos, de nada serviría en la práctica considerar residentes en territorio español a quienes trasladen su residencia a un paraíso fiscal, ya sean nacionales o extranjeros.

<sup>136</sup> Destaca LOMBARDI que el deber de prestación tributaria, establecido en el artículo 53 de la Constitución italiana, se comporta como especificación en el sector económico del deber general de solidaridad contemplado en el artículo 2 de esa misma Constitución. Y señala este autor que la imposición tributaria no se fundamenta en razones de estricta solidaridad política, sino que éstas asumen un relieve de carácter accesorio e indirecto. Señala que estando los ciudadanos unidos al Estado por deberes de solidaridad política además de deberes de naturaleza económica y, en sentido amplio, social, es de observar que justo en la medida en que los primeros deberes no operan para los extranjeros, emerge con suficiente nitidez que la ciudadanía adquiere en este orden normativo la función de elemento diferenciador de la intensidad y de los límites según los cuales el deber de prestación tributaria grava a cuantos están sometidos al poder estatal. Añade este autor que, en otras palabras, pues, la solidaridad política asume la función de graduar, en extensión y profundidad, la participación en los gastos públicos postulada por la solidaridad económica, que de este modo contribuye además a determinar concretamente («Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria», en *Temì tributaria*, 1964, págs. 597 y 606-607).

Pero la insolidaridad de los paraísos fiscales con el resto de Estados debe ser contrarrestada con todas las medidas que potencialmente puedan ayudar a hacer efectiva la solidaridad social a la que se deben quienes han estado integrados en la sociedad española, incluso durante algunos años posteriores a aquel en que abandonen ésta. Tales deberes de solidaridad social no pueden terminar en el preciso instante en que, no existiendo una justificación legítima, un sujeto traslada su residencia a un paraíso fiscal, traslado que en muchos casos podría ser más ficticio que real<sup>137</sup>. Y ello con independencia de la nacionalidad del sujeto, pues ninguna limitación se puede encontrar al respecto ni en las normas generales del Derecho Internacional ni en el Derecho Constitucional.

**Residencia habitual en territorio español.** Artículo 9. En el primer número de este artículo se establecen los criterios que determinan cuándo un contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español. Según el mismo, si se permanece en territorio español más de 183 días durante el año natural, existe esta residencia habitual. Por tanto, si no se da esta circunstancia, ésta no será la residencia habitual. Ahora bien, tratándose de territorios considerados paraísos fiscales, la Administración puede exigir que se pruebe la permanencia en el mismo durante 183 días en el año natural. Con ello se pretende desincentivar la fijación de la residencia en estas jurisdicciones, ya que podría obligarse a probar la residencia efectiva en dicha jurisdicción. Se trata de una norma un tanto rigurosa y, consideramos, con RIBES<sup>138</sup>, que resulta criticable que no se excluya del ámbito de aplicación del mismo a los trabajadores expatriados de forma temporal y, que con carácter general, no presentan un especial ánimo elusivo.

Se plantea un problema de índole práctico en este caso. Nuestra Administración tributaria tiende a negar valor probatorio a cualquier certificado de residencia emitido por una jurisdicción calificada como paraíso fiscal, ya que, según RIBES<sup>139</sup>, «(...) en la mayoría de estas jurisdicciones se han establecido criterios de residencia más laxos, siendo en ocasiones posible adquirir la condición de residente a cambio del pago de una determinada suma de dinero».

Según la Resolución de la DGT<sup>140</sup> de 21 de junio de 1999 (NFC009835), «no puede enunciarse de modo genérico y teórico los medios de prueba que acrediten la permanencia efectiva en un paraíso fiscal sino que, antes bien, es a la Administración tributaria a la que compete apreciar en cada supuesto concreto las pruebas aportadas por el contribuyente». Por ello, al no existir un documento que acepte la Administración tributaria de modo incontestable, el interesado debe probar su residencia en el paraíso fiscal, mediante medios indirectos de prueba (recibos de consumo de agua, luz, teléfono, facturas, etc.), que admitirá o no en cada caso la Administración tributaria española, lo que puede crear cierta inseguridad jurídica para el contribuyente.

<sup>137</sup> No obstante, debemos recordar que en la letra a) del apartado 1 del artículo 9 del Texto Refundido de la Ley del IRPF, a efectos de determinar el periodo de más de 183 días durante el año natural en territorio español que implica la residencia en el mismo, se establece que «se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país», disponiéndose a continuación de lo anterior que «en el supuesto de países o territorios de los calificados reglamentariamente como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural».

<sup>138</sup> RIBES RIBES, A., «La problemática de los certificados de residencia en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 21/2005-22/2005, Aranzadi, Madrid, 2005, pág. 9.

<sup>139</sup> RIBES RIBES, A., *op. cit.*, pág. 9.

<sup>140</sup> Dirección General de Tributos.

**Imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional.** Artículo 91. En este artículo nos encontramos con tres normas antiparaíso.

En primer lugar, el número 8.º del artículo establece que de la cuota líquida resultante en el IRPF se deduce el impuesto satisfecho en el extranjero por distribución de dividendos o participación en beneficios. La norma antiparaíso consiste en que esta deducción no puede practicarse cuando los impuestos en cuestión se hayan satisfecho en país o territorio considerado paraíso fiscal.

En segundo lugar, el número 11 establece una serie de presunciones, *iuris tantum*, relativas a la entidad participada residente en paraíso fiscal. Primero, que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado 2<sup>141</sup>, por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga al IS, sea inferior al 75% del que hubiere correspondido de acuerdo con las normas del citado impuesto. Esta presunción se combina con la siguiente, que la renta de esta entidad participada se ha obtenido de las fuentes de renta consignadas citadas en el apartado 2<sup>142</sup>. Por último, también se presume que la renta obtenida por la entidad participada es el 15% del valor de adquisición de la participación. Sin embargo, estas presunciones no entrarán en juego, cuando la entidad participada consolide sus cuentas de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio.

En tercer lugar, se contiene otra norma antiparaíso. El número 13 del artículo analizado dice que lo previsto en este artículo (el 75) no será aplicable cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Efectivamente, en el territorio de la Unión Europea siguen existiendo, para la ley española, varios paraísos fiscales: Isla de Man, Isla de Guernesey y de Jersey, Gibraltar y Gran Ducado de Luxemburgo.

**Imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen.** Artículo 92. Aquí nos encontramos con otra medida de esta índole, al prohibirse la deducción de los impuestos satisfechos en un paraíso fiscal, que se permiten en caso de residencia en otro tipo de jurisdicción, en relación con la entidad o persona física considerada primera cesionaria.

**Tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.** Artículo 95. Este artículo al completo constituye una norma antiparaíso. Estos socios o partícipes imputarán en la parte general de la base imponible, la diferencia positiva entre el valor liquidativo de la participación al día de cierre del periodo impositivo y su valor de adquisición. La cantidad imputada se considerará

<sup>141</sup> a) Titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre los mismos, salvo que estén afectos a una actividad empresarial conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de esta ley o cedidos en uso a entidades no residentes, pertenecientes al mismo grupo de sociedades de la titular, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. b) Participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 25 de esta ley. c) Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto los directamente relacionados con actividades de exportación, realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en el sentido del artículo 16 del Texto Refundido de la LIS, en cuanto determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas personas residentes. d) Transmisiones de los bienes y derechos referidos en las letras a) y b) que generen ganancias y pérdidas patrimoniales.

<sup>142</sup> *Vid.* nota anterior.

mayor valor de adquisición. Los beneficios distribuidos por la institución de inversión colectiva no se imputarán y minorarán el valor de adquisición de la participación. Estos beneficios no darán derecho a deducción por doble imposición. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que la diferencia a que se refiere el citada supra es el 15% del valor de adquisición de la acción o participación.

**Obligaciones de información.** Disposición adicional decimotercera. En el número dos de esta disposición se impone la obligación de los contribuyentes del IRPF o del IS de suministrar información en relación con su actividad ligada a países o territorios calificados como paraísos fiscales.

*4.1.3. Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante LIRNR). Desarrollado por Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante RIRNR).*

**Responsables.** Artículo 9. Encontramos en el número tres una norma antiparaíso, consistente en que cuando se trate del depositario o gestor de bienes o derechos no afectos a un establecimiento permanente y pertenecientes a personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, las actuaciones de la Administración tributaria podrán entenderse directamente con el responsable, al que será exigible la deuda tributaria, sin que sea necesario el acto administrativo previo de derivación de responsabilidad, previsto en el artículo 41.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

**Representantes.** Artículo 10. Los contribuyentes del IRNR que operen a través de establecimiento permanente, tienen la obligación de nombrar un representante ante la Administración tributaria. El objeto de dicha representación es que la Administración pueda localizar fácilmente al no residente. Esta obligación será, asimismo, exigible a las personas o entidades residentes en países o territorios con los que no exista un efectivo intercambio de información tributaria de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, que sean titulares de bienes situados o de derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, excluidos los valores negociados en mercados secundarios oficiales.

**Rentas exentas.** Artículo 14. En este artículo se establece una relación de determinadas rentas exentas. Sin embargo, determinadas exenciones no se aplicarán en caso de rendimientos y ganancias patrimoniales obtenidos a través de paraísos fiscales. En concreto, se trata de los siguientes:

Rendimientos de la cesión a terceros de capitales y ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, obtenidas sin mediación de establecimiento permanente por residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, así como los rendimientos derivados de la Deuda Pública, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente en España.

Las rentas derivadas de las transmisiones de valores o el reembolso de participaciones en fondos de inversión realizados en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas sin mediación de establecimiento permanente en territorio español.

Los dividendos y participaciones en beneficios a que se refiere el párrafo y) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, obtenidos, sin mediación de establecimiento permanente, por personas físicas, con el límite de 1.500 euros, que será aplicable sobre la totalidad de los rendimientos obtenidos durante el año natural.

Tampoco se considerarán exentos los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros cuando la sociedad matriz tenga su residencia fiscal, o el establecimiento permanente esté situado en un paraíso fiscal <sup>143</sup>.

**Deuda tributaria.** Artículo 19. Existe una imposición complementaria, al tipo de gravamen del 18%, que se exige para que las rentas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes, se transfieran al extranjero. No se aplica cuando las entidades tengan su residencia fiscal en otro Estado miembros de la Unión Europea. La norma antiparaíso consiste en que sí lo harán cuando este Estado o territorio sea un paraíso fiscal.

**Entidades sin presencia en territorio español.** Artículo 39. En este caso la norma antiparaíso consiste en que cuando se trate de una entidad en régimen de atribución de rentas, constituida en un paraíso fiscal, las retenciones del impuesto o los ingresos a cuenta se aplican sin tener en cuenta la residencia de los miembros de la sociedad ni las exenciones del artículo 14.

**Gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes.** Artículos 40 a 45. Se grava en estos artículos la propiedad o posesión de bienes inmuebles o derechos reales de disfrute sobre éstos, ubicados en España. Se establecen determinadas exenciones a favor de entidades de Derecho Público extranjeras e internacionales; entidades con derecho a la aplicación de un convenio para evitar la doble imposición internacional, con cláusula de intercambio de información, si los verdaderos propietarios tienen derecho a la aplicación de dicho convenio o son residentes en territorio español; entidades que desarrollen habitualmente una actividad económica distinta de la simple tenencia o arrendamiento de bienes; sociedades que coticen en mercados secundarios oficialmente reconocidos; por último las entidades sin ánimo de lucro, benéficas o culturales, reconocidas por la legislación de un país que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición, con cláusula de intercambio de información, si los inmuebles son empleados para el objeto de la entidad.

En definitiva, en la práctica están sujetas a este gravamen las entidades con residencia en un «paraíso fiscal», que serán las únicas que no puedan cumplir los requisitos de la exención.

En relación con las entidades que tienen su residencia en un paraíso fiscal, en la práctica, no se pueden conocer los socios que existen detrás de la misma y, en definitiva, quiénes están indirectamente detrás del inmueble situado en territorio español.

<sup>143</sup> Este último párrafo, que corresponde al artículo 14.1 h), podría verse afectada por la STJCE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04. En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la...», pág. 7.

### **Opción para contribuyentes residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea.**

Artículo 46. La LIRNR permite a los contribuyentes de este impuesto, personas físicas que acrediten que tiene fijado su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea y que ha obtenido durante el ejercicio en España por rendimientos del trabajo y por rendimientos de actividades económicas, como mínimo, el 75% de la totalidad de su renta, podrá optar por tributar en calidad de contribuyente por el IRPF, sin perder su condición de contribuyentes por el IRNR. La norma antiparaíso consiste en que esta opción no será aplicable a los contribuyentes que residan en un paraíso fiscal.

#### *4.1.4. Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.*

Norma dictada a consecuencia del artículo 73 b) del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), que no sólo prohíbe las restricciones de los movimientos de capitales y pagos entre Estados miembros, sino también con Estados terceros. Se mantienen ciertos requisitos administrativos, de conocimiento de las operaciones y para poder adoptar medidas justificadas por razones de orden público o seguridad pública. El conocimiento de las operaciones se logra mediante una declaración de las mismas a posteriori.

La norma antiparaíso consiste en que en las inversiones relacionadas con paraísos fiscales (proveniente de ellos o con destino a los mismos, independientemente de su cuantía), además de la declaración ex post, se requiere una declaración ex ante, que realizará el titular de la inversión.

#### *4.1.5. Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.*

Esta norma, en su artículo 3.4, obliga a los notarios, cuando las personas jurídicas que participan en algún acto o negocio jurídico en el que intervengan, haya sido constituida en un paraíso fiscal, a solicitar información acerca de la estructura accionarial o de control de la persona jurídica.

En este caso, el Notario hará constar en el instrumento público la manifestación del otorgante acerca del nombre o razón social de cada titular de una participación superior al 25% en el capital de la persona jurídica, así como su Número de Identificación Fiscal o Número Personal de Identificación para Extranjeros (NIF/NIE) y domicilio. En ningún caso el Notario revelará al otorgante la causa por la que se solicita y se incluye esa información.

## **5. POSIBLES OPERACIONES ILÍCITAS QUE POSIBILITAN LOS PARAÍSO FISCALES**

Para eludir la imposición sobre la renta, podría crearse una sociedad residente en un paraíso fiscal, a ser posible con acciones al portador. El propietario será contratado como empleado por la sociedad. Mediante esta sociedad, dicha persona podrá participar en negocios diversos (asesoramiento legal, comercio, servicios médicos, etc.). Los incrementos del capital (aumento de valor de bienes

que posee el contribuyente) pueden ser gravados junto con el resto de la renta del contribuyente o con un tributo independiente. Efectuaremos la inversión por medio de una sociedad que hayamos creado en un paraíso fiscal. Al obtener el incremento, la sociedad lo transferirá a una cuenta ubicada en el mismo o en distinto paraíso fiscal.

Para evitar un impuesto sobre el patrimonio (allí donde exista), pueden crearse una o más sociedades en uno o varios paraísos fiscales y transmitir a las mismas los bienes necesarios del propio patrimonio, hasta resultar exento en el mismo.

Respecto a los impuestos equiparables a nuestro impuesto de sucesiones y donaciones, puede crearse una sociedad en un paraíso fiscal. Requiere dos actos en dicha jurisdicción. En primer lugar, han de transmitirse los bienes a dicha sociedad. En segundo lugar, el dueño de la sociedad (que indirectamente es el de los bienes) suscribe un documento, sin fechar, en el que se transmite la propiedad de la sociedad a los que desee sean sus herederos. Al producirse el deceso o la circunstancia que motiva la donación, los herederos fechan el documento e inscriben, si es preciso, la transmisión de la sociedad en el paraíso fiscal. Por un importe inferior al del impuesto en el país de origen, queda transmitida la propiedad, bien sobre la herencia o sobre el patrimonio donado<sup>144</sup>.

Respecto a los impuestos del tipo transmisiones patrimoniales que gravan las compraventas de determinados bienes, debe crearse una sociedad en un paraíso fiscal. Se transmite el bien a esa sociedad en forma de aportación, con un gravamen del 1%. Para transmitir el bien lo que debe hacerse es transmitir la propiedad de la sociedad.

Por lo que se refiere al IVA, una sociedad radicada en un paraíso fiscal puede comprar y vender mercancías empleando Zonas Francas, es decir, fuera del territorio aduanero. No se pagaría el IVA que sólo afecta a las importaciones y ventas dentro del territorio aduanero.

Respecto a los precios de transferencia, una sociedad, ubicada en un paraíso fiscal, con baja o nula tributación, compra su producción a otra, situada en un territorio de alta tributación, por el precio de coste de los productos, por lo que el beneficio de ésta es nulo y no tributa. Posteriormente, la sociedad ubicada en el paraíso fiscal vende a la otra la producción que ha adquirido de ella, según el precio de mercado. Obtiene un beneficio que no tributa en el paraíso fiscal o lo hace de un modo muy reducido. Pensemos en la posibilidad de que ambas sociedades tengan el mismo propietario o una esté controlada por la otra. Como podemos deducir inmediatamente, estamos hablando del fraude que se produce en materia de precios de transferencia.

Una cuestión de interés respecto a las operativas de uso de paraísos fiscales consiste en la forma en que deben sacarse los beneficios de España. Para evitar que sean gravados con el tipo establecido, se emplean países que tengan suscrito con España un Acuerdo para evitar la doble imposición. Es decir, no van directamente desde España al paraíso fiscal de turno, ya que entonces serían gravados previamente a su salida al tipo ordinario. Suelen emplearse como países de tránsito Holanda o Dinamarca, que tienen suscritos Convenios con España para evitar la Doble Imposición y a su vez, pueden transferirse desde éstos a cualquier jurisdicción a un bajo coste.

<sup>144</sup> Operativa descrita en ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 193-194.

## 6. CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL BLANQUEO DE CAPITALES

Por lo que se refiere a la concurrencia del delito de blanqueo de activos o capitales con la defraudación tributaria, es decir, si debe tributarse por los activos blanqueados, en nuestra opinión, apoyándonos en la mera lógica, en el artículo 31.1 de la Constitución, así como en varios pronunciamientos del TS, de la AN y del TJUE, los activos blanqueados no forman parte del patrimonio del blanqueador, ya que la relación jurídica del blanqueador con dichos bienes no está aprobada por el ordenamiento jurídico. Consideramos que el único destino de dichos bienes es el comiso.

Otra cosa es la apariencia de Derecho, en función de la cual dichos bienes aparecen como pertenecientes al blanqueador y en tal sentido, éste debe tributar por el incremento. Además, razones de equidad nos llevan a pensar que la condición del delincuente no puede ser mejor que la del no delincuente, que sí tributa por los bienes de que disfruta. Por tanto, el blanqueador debe tributar por los «incrementos» de su patrimonio, ya que actúa a modo de dueño. Sentada esta premisa, tenemos que tener en cuenta si bien existe esa obligación, ésta no es exigible, ya que, en virtud del autoencubrimiento impune, una persona que obtiene rendimientos de un delito, no está obligado a declararlo, ya que esto podría equivaler a una autoinculpación. Y no puede exigirse esto a nadie.

Queda únicamente, en el ámbito de la represión del blanqueo de activos, referirse a la investigación preprocesal. Este delito se muestra a menudo a través del empleo de sociedades con residencia en paraísos fiscales, para beneficiarse de la opacidad que caracteriza a estas jurisdicciones. El principal problema consiste en seguir los flujos de dinero, aunque también es dificultoso indagar sobre la verdadera propiedad de empresas pantalla, etc. En todas estas cuestiones aparecen los paraísos fiscales.

Respecto a éstos, cabe hacer algunas consideraciones. El artículo 31.1 de la Constitución Española de 1978 establece el principio de capacidad económica como la regla básica en lo referido a la distribución de la carga tributaria. El objetivo que pretende alcanzar este precepto se ve impedido, entre otras causas, por el uso por parte de los contribuyentes de las jurisdicciones consideradas paraísos fiscales.

La importancia de los paraísos fiscales, en la actualidad, viene dada por que las características que presentan los hacen atractivos para la planificación fiscal. El problema surge porque también son atractivos para la elusión fiscal y el blanqueo de activos. Y son atractivos por la legislación de dichas jurisdicciones (si bien no es la misma en todos ellos, sí es bastante similar, con carácter general), permite la concepción y ejecución de operaciones totalmente opacas, merced al secreto bancario y profesional y a la actitud activa de sus respectivos Gobiernos. Todo ello, junto a una baja o nula fiscalidad, la vigencia del principio de estanciedad, la ausencia de control de cambios y unas buenas comunicaciones provocan que sean un elemento esencial en cualquier operación elusiva o de blanqueo de activos de cierta entidad.

Acudiendo a la raíz del problema, deberíamos preguntarnos qué es realmente un paraíso fiscal. La primera cuestión que se plantea, por tanto, en torno al concepto paraíso fiscal, es qué es, lo cual no es sencillo de dilucidar, ya que en nuestro ordenamiento no existe una definición explícita de paraíso fiscal. Por ello, en principio, se optó por el sistema de listas, es decir, formular un listado cerrado de países y territorios considerados, por el Poder Ejecutivo, como paraíso fiscal. Ahora bien, podemos extraer una definición, a contrario sensu, de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de

29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Es paraíso fiscal la jurisdicción que no tenga con España un Convenio que le permita intercambiar un nivel suficiente de información fiscal. Es la opacidad la característica que convierte a un territorio en paraíso fiscal. Como características secundarias, destacadas por la doctrina, se encuentran la baja o nula tributación y la estanqueidad (aplicación de distintos regímenes fiscales a residentes y no residentes).

El fraude y evasión fiscal y el blanqueo de activos están habitualmente conectados, ya que los fondos evadidos, en algún momento, habrán de ser blanqueados, para que su «propietario» pueda disfrutarlos. Quizá los Gobiernos de los paraísos fiscales desean ser ajenos al blanqueo de activos, pero las medidas que implementan para importar capitales eludidos en los países de origen son susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo. Más grave es que alguna de estas jurisdicciones venden su ciudadanía y, con carácter general, la inexistencia de tratados de extradición.

España puede ser considerada un país dotado de un sistema de alta tributación. Algunos contribuyentes emplean sistemas de planificación fiscal que incluyen en su diseño el uso de paraísos fiscales, para huir de esta alta tributación. Esto provoca una disminución de los ingresos tributarios, con menores posibilidades de gasto, o si se desea mantener el mismo nivel de ingresos, debe aumentarse, como así se ha hecho en la práctica, la presión fiscal sobre el factor trabajo, ya que las rentas del trabajo no pueden fácilmente escapar del control al fraude. Además, algunos Estados justifican determinadas medidas de reducción de impuestos para el capital en el temor a la fuga de capitales hacia los paraísos fiscales. Ello implica, forzosamente, mayor presión sobre el factor trabajo, o menor gasto público, es decir, en ambos supuestos, un perjuicio para los ciudadanos con menor poder económico.

Para evitar la competencia fiscal perjudicial, la OCDE ha llevado a cabo una importante tarea en el tratamiento de los paraísos fiscales. En sus sucesivos informes ha establecido los criterios para definir lo que es un paraíso fiscal (inexistencia de imposición o imposición meramente nominal, ausencia de efectivo intercambio de información, existencia de ausencia de transparencia en el ámbito legal o administrativo y ausencia de obligación de ejercer una actividad sustancial en el país) y lo que es un régimen fiscal perjudicial (nula o baja tributación, conjuntamente con una de las tres circunstancias siguientes: estanqueidad, limitación del intercambio de información o posibilidad de negociar individualmente una aplicación favorable de las disposiciones legales).

Posteriormente publicó una lista de paraísos fiscales no cooperativos, a los que debían aplicarse por todos los miembros de la OCDE medidas antiparaíso. La situación evolucionó, pasando la falta de transparencia y de efectivo intercambio de información a ser el elemento definitorio de un paraíso fiscal. Por ello y, asumiendo el compromiso de algunos de estos paraísos fiscales de mejorar la transparencia y el efectivo intercambio de información, se redujo sustancialmente la lista.

En la actualidad, la actuación en este terreno de la OCDE gira en torno al *global level playing field* o condiciones iguales para todos. Es decir, se aplicarán las medidas conjuntas de la OCDE, cuando todos los miembros de la OCDE cumplan los niveles exigidos a los paraísos fiscales (Suiza y Luxemburgo son miembros de la OCDE).

En el seno de la Unión Europea, la libertad de circulación y la moneda única han provocado que la fiscalidad sea un elemento cada vez más importante a la hora de adoptar decisiones empresa-

riales, atrayéndose inversiones hacia los miembros con baja fiscalidad. Para contrarrestar esta situación, los demás miembros tienden a reducir su fiscalidad, produciéndose una igualación, punto de partida para una nueva reducción. Una consecuencia de este panorama es un aumento de la presión sobre el factor trabajo, menos móvil que el factor capital. La Unión Europea reaccionó con una serie de medidas, que debían ser aprobadas conjuntamente, y el contenido de alguna adoptado por terceros países, para evitar la deslocalización de capitales.

En primer lugar, el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas, una norma de *soft law*, un compromiso político, que debe orientar la acción de los Estados miembros, que se comprometen a eliminar las medidas perniciosas (aquellas que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior al habitual en dicho Estado, junto con otros criterios enunciados en el Código) y a no establecer ninguna nueva. También establece un compromiso de información y cooperación entre los miembros en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Se trabajó sobre el concepto de medidas perniciosas y se identificaron 66. El ECOFIN consideró que las medidas que las sustituyeron eran adecuadas para eliminar estos efectos perniciosos.

En segundo lugar, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. Su objeto es conseguir que la tributación del ahorro en forma de pago de intereses de las personas físicas no residentes se realice en el Estado en el que dicha persona física tiene su residencia, impidiendo que algunos países miembros, e incluso algunos no miembros, mediante una imposición reducida a los no residentes y nula información, puedan relocalizar en sus territorios inversiones financieras de países con tributación más elevada o relacionadas con el blanqueo de capitales.

Este objetivo precisa de un intercambio de información entre los Estados miembros. La identidad como la residencia serán conocidas por el agente pagador por aplicación del principio *know your customer*, aplicando la normativa nacional y las disposiciones de transposición de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales al Derecho interno de cada Estado, lo que constituye una muestra más de la interacción entre prevención del blanqueo de activos y prevención del fraude fiscal.

Por último, se aprobó la Directiva 2003/49/CE, del Consejo, relativa un régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. Su objeto es la exoneración en origen sobre los pagos transfronterizos de intereses y cánones entre empresas asociadas.

El TJCE se ha pronunciado sobre las cláusulas antiabuso, siendo paradigmática la sentencia Cadbury Schweppes, donde definió los límites que tienen los Estados miembros, a la hora de establecer cláusulas antiabuso en sus respectivas legislaciones internas. Para el Tribunal, las medidas antiabuso que establezca un Estado miembro que restrinjan una libertad establecida por los Tratados deben diseñarse de manera que «el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional».

En los últimos años, España se ha dotado de medidas antiabuso, para disuadir al contribuyente de la utilización de dichas jurisdicciones. Del mismo modo, estas medidas, que poseen una finalidad eminentemente fiscal, contribuyen decisivamente a la lucha contra el blanqueo de capitales. Están articuladas en torno a dos bloques de normas. Por un lado, el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, que contiene 48 jurisdicciones, y el Real Decreto 116/2003, que permite excluir a una jurisdicción de la lista cuando firme un Acuerdo de Intercambio de Información o Convenio para evitar la Doble Imposición, con cláusula de intercambio. Por otro, las normas que regulan cada tributo, en las que se contienen las consecuencias para el contribuyente de su relación con alguna de estas jurisdicciones.

En este sentido, consideramos que el uso de una lista negra de paraísos fiscales debe mantenerse, siempre y cuando se actualice su contenido, tanto por lo que se refiere a entradas como a salidas de la misma, conteniéndose en una sola lista los paraísos fiscales utilizados para el blanqueo de capitales y los utilizados para la evasión fiscal, ya que consideramos que es la opacidad la que posibilita tanto las operativas de blanqueo, cuanto las de evasión fiscal.

Otra opción plausible consistiría en confeccionar una lista blanca que comprendiese todos los países y jurisdicciones con los que exista un efectivo intercambio de información. Comprendería a todos los países de la Unión Europea y aquellos otros con los que España haya suscrito un Convenio internacional en dicho sentido. En el resto de las jurisdicciones, el contribuyente soportaría una presunción *iuris tantum* de intencionalidad defraudatoria, por lo que debería acreditar la realidad de su operación, si bien debería existir cierta flexibilidad en cuanto a los medios de prueba y un mayor esfuerzo por parte de la Administración tributaria en orden a comprobar de oficio dichas circunstancias.

La mejor forma de acabar con los paraísos fiscales sería la coordinación entre las Administraciones. La globalización de la economía, junto con la territorialidad de las potestades de los Estados, obliga a la coordinación de sus políticas tributarias, como único modo de lucha contra la existencia misma de un paraíso fiscal. Dicha coordinación, junto con un empleo sistemático por todos los Estados de medidas antiparaíso, sería un modo de lograr una sinergia de todas las fuerzas que a nivel global pretenden acabar con los paraísos fiscales. Dentro de esta coordinación proponemos, como medidas a adoptar, a nivel nacional y global, la prohibición para las entidades financieras de aceptar activos procedentes de paraísos fiscales y la prohibición para las entidades financieras que deseen operar en nuestro país de tener sucursales, sean o no *off-shore*, en ningún paraíso fiscal, así como un seguimiento sistemático de todos los flujos monetarios transnacionales, con identificación plena de ordenantes y beneficiarios.

Desde la perspectiva de los territorios constituidos en paraíso fiscal, su propio tamaño les hace dependientes de los Estados próximos. Deben buscar procedimientos que les permitan potenciar sus propias economías y, por supuesto, establecer mecanismos de control y supervisión que eviten el uso de su normativa para actividades de evasión y/o blanqueo. En muchos casos esto no podrá conseguirse sin la necesaria presión de la comunidad internacional.

Dentro de la Unión Europea el problema adquiere una dimensión diferente. Tras el asunto Cadbury Schweppes, las normas antiabuso españolas o de los demás Estados miembros podrían vulnerar la libertad de establecimiento, respecto de los demás Estados miembros, aunque la normativa de éstos fuese constitutiva de un régimen perjudicial o incluso vulnerar los Tratados de la Unión Europea, al constituir una ayuda de Estado ilegal.

Por lo que respecta a ambos problemas (el blanqueo y la evasión), sin embargo, deberían arbitrase medidas que posibiliten las operaciones legítimas realizadas en relación con dichas jurisdicciones, sin entorpecimientos excesivos.

Se suma, en los últimos tiempos, al problema que plantean los paraísos fiscales, el peligro que suponen las transferencias informales de fondos, y, más concretamente, la *hawala*. El análisis de la *hawala*, de sus características y de las circunstancias que en ella concurren, nos muestran que se trata de una operativa de transferencia de fondos susceptible de ser utilizada con finalidad delictiva, tanto en el ámbito de la evasión fiscal, como del blanqueo de activos, como de la financiación del terrorismo.

Como método más radical de evitar estos peligros, podría parecer adecuado perseguir erradicación total. Esta solución presenta, al menos, tres problemas. En primer lugar, hasta ahora eso ha resultado imposible y nada nos lleva a hacer pensar que será posible a corto o medio plazo. En segundo lugar, no siempre se transfieren por medio de la *hawala* activos de origen ilícito. En la mayoría de los casos se trata de los ahorros que los inmigrantes desean transferir a sus familias en sus países de origen. El último es que esta «radical» postura traería como consecuencia que esta operativa se haría aún más clandestina, inclinándose en mayor medida hacia su vertiente más delictiva.

Consideramos que la solución no es monofactorial. Pasa por la adopción de una panoplia de medidas en el ámbito global, para lograr la asunción por los *hawaladars* de determinadas obligaciones en relación con la prevención del blanqueo de activos y la responsabilidad fiscal.

En primer lugar, debe promoverse un abaratamiento de los costes de las transferencias internacionales de fondos en los canales oficiales. No se trata de que los Estados establezcan unos tipos máximos a los costes de transferencia, limitando así los beneficios de las entidades financieras y las agencias de envío de fondos, lo que a largo plazo sería contraproducente, sino de implementar medidas que estimulen la competencia, con lo que, en principio, deberían reducirse las comisiones y abaratarse el precio del envío de fondos.

En los países tradicionalmente receptores de transferencias deben optimizarse los sistemas financieros, en varios sentidos. Por un lado, haciendo que se mejoren los servicios financieros rurales para que las familias de los emigrantes puedan percibir sus transferencias, extendiendo sus oficinas a las áreas en las que no existen. Para ello, es precisa una importante ayuda de los organismos internacionales de ayuda al desarrollo.

También es necesario presionar a los gobiernos de dichos países para que adopten y cumplan los estándares del GAFI-FATF, vinculando el cumplimiento de dichas normas a la recepción de ayudas al desarrollo y facilitando la asistencia técnica necesaria.

Por último, debe eliminarse la corrupción e ineficiencia de las instituciones financieras que operan en dichos países (algunas transferencias llegan a no recibirse por sus destinatarios), lo que requiere de medidas de mayor calado y que dependen más de la asunción por parte de las sociedades de estos países de una verdadera cultura de la eficiencia y la transparencia que de factores externos. En todo caso, puede ayudarse al desarrollo de dicha conciencia mediante la educación y la evolución de las sociedades, a lo que coadyuva eficazmente la ayuda internacional para la promoción de la cultura y la educación.

Ya que otra circunstancia que influye en el uso de los canales informales es la diferenciación entre trabajadores emigrantes en situación regular e irregular, que provoca que estos últimos tengan dificultades a la hora de efectuar sus transferencias, debe actuarse sobre esta variable. La solución sería eliminar esta diferenciación. Como esto puede generar problemas adicionales en el mercado de trabajo y en los gastos financieros de los Estados, debe optarse por establecer un sistema que permita el uso de los sistemas oficiales sin consecuencias para dichas personas, dotándolas de un documento de identidad provisional, hasta que se resuelva su situación administrativa, que les permita actuar en los sistemas financieros sin consecuencias perjudiciales para ellos. No obstante, no es menos cierto que normalmente las rentas obtenidas por los inmigrantes en situación administrativa irregular son rentas ilícitas, al menos en el sentido de que no han sido gravadas en origen y escapan a la tributación.

Por otro lado, deben localizarse e identificarse a los *hawaladars*, lo que es difícil, pero no imposible, y lograr que cumplan, según sus diferentes niveles de actividad, las 40 + 9 Recomendaciones del GAFI-FATF, así como la legislación fiscal. Esto requiere dotar a los Cuerpos policiales de personal debidamente formado y medios suficientes para este cometido y actuar en coordinación con la inspección tributaria. A aquellos *hawaladars* que desearan seguir operando al margen de la ley, deberían aplicárseles las leyes penales con el rigor adecuado al peligro que su actividad entraña.

Sería conveniente facilitar a los usuarios, a aquellos que deseen efectuar transferencias y al público en general, un listado de las agencias de transferencias internacionales, que incluyese a los distintos agentes de *hawala* registrados o autorizados. Para finalizar, debe informarse a los potenciales clientes de la *hawala* de los altos riesgos que supone el uso de esta operativa, en orden a la evasión fiscal, el blanqueo de activos y la financiación del terrorismo.

Los organismos relacionados con la prevención y represión del blanqueo de activos han crecido exponencialmente en las dos últimas décadas. No obstante, consideramos que los más importantes son el GAFI-FATF (Grupo de Acción Financiera Internacional –Financial Action Task Force–) y el SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales), en el orden internacional e interno, respectivamente.

El GAFI-FATF no es una organización internacional típica, sino un órgano ad hoc, creado por mandato de los Gobiernos que lo conforman, limitado temporalmente y con la finalidad de combatir el blanqueo de activos, a la que se ha unido más recientemente, la lucha contra el blanqueo de activos.

Su importancia viene dada por varios motivos. Es el principal organismo encargado exclusivamente de la prevención y represión del blanqueo de activos. Está respaldado por el G-8, en cuyo seno se creó. El empleo del listado de territorios y países no cooperantes, por los gravísimos problemas comerciales y de imagen que genera para los países que en él se ven incluidos, constituye un arma formidable. Las evaluaciones mutuas periódicas, que exponen a la luz pública las carencias de los sistemas de prevención y represión en los países sometidos a evaluación. El liderazgo que ejerce sobre los demás organismos regionales creados con posterioridad con idéntica finalidad. El permanente estudio y actualización de las más diversas modalidades de blanqueo de activos que lleva a cabo de modo permanente. Y, por último, su reconocimiento público en las Convenciones y Acuerdos internacionales, en las legislaciones internas, así como por la Resolución núm. 1617, de julio de 2005, del Consejo de Seguridad de las NN.UU.

En el nivel global, observamos que existe un más que suficiente número de organizaciones ocupándose del problema del blanqueo. Como siempre en este ámbito, la dificultad para implantar los estándares de prevención y represión viene dada por el límite que impone la voluntad soberana de los Estados y la necesaria voluntariedad de éstos en asumir su responsabilidad en esta tarea. Voluntariedad que puede ser reforzada, qué duda cabe, por la presión internacional. En ese arduo camino se trabaja actualmente, aunque la política internacional de las grandes potencias se mueve en función, muchas veces, de sus respectivos intereses nacionales, lo que hace indispensable que se promueva, paralelamente, una sensibilización de la opinión pública mundial respecto de este problema, que obligue a los Estados donde la opinión pública juegue un papel, a mantenerse vigilantes en la lucha contra el blanqueo de activos. Es necesaria mayor publicidad de los informes, de las evaluaciones y del proceso de toma de decisiones en el seno de las organizaciones internacionales que jueguen algún papel en esta cuestión.

En el ámbito interno, el principal organismo dedicado a la prevención y represión del blanqueo de activos es el SEPBLAC, organismo administrativo adscrito al Banco de España. Es el encargado de la recepción, análisis y difusión de las comunicaciones de los sujetos obligados, así como de la cooperación internacional con sus homólogos. En la actualidad presenta graves carencias de medios, ya que con el personal de que dispone es incapaz de efectuar todas las inspecciones necesarias a los sujetos obligados que, tras las últimas modificaciones normativas, han aumentado espectacularmente. También consideramos que debería gozar de mayor autonomía y rango administrativo, así como debería contar en su seno con mayor número de funcionarios policiales, lo que posibilitaría que las comunicaciones que efectúe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (que finalmente son los que van a investigar los hechos, bajo la dirección del correspondiente Fiscal, en un primer momento) reuniesen los elementos suficientes para su investigación en todos los casos y, además, fuesen debidamente filtradas.

Creemos que la dirección de este organismo debería recaer en un miembro de la Judicatura, de la máxima categoría, o bien, en su defecto, en un miembro de la Fiscalía, de rango equiparable, así como contar con personal destacado en el mismo, procedente de la Fiscalía, para el inicio de las correspondientes investigaciones en el orden penal.

Por último, debemos hacer referencia al intercambio de información tributaria. Este intercambio de información, unido a la presión sobre las jurisdicciones opacas y sobre aquellos individuos o empresas que operen con las mismas, es el único camino realmente eficaz para, si no acabar, sí al menos, reducir sensiblemente el blanqueo de activos.

Cuando procedimos a reflexionar sobre el problema del blanqueo de activos, nos asaltó la idea de que el Derecho Financiero y Tributario era la cuña que debía hundirse en las grietas del blanqueo. Es la falta de información de los órganos estatales la que permite al blanqueador culminar exitosamente sus operaciones. En el orden interno, esta falta de información se intenta combatir con la numerosa normativa financiero-administrativa que hemos citado. En el orden internacional, se combate con el intercambio de información entre los Estados. Ya hemos visto más arriba que ésta es la finalidad del Grupo Egmont y del proyecto (ya realidad), FiuNet. Pero, el intercambio de información entre Estados, abarca también, y de una forma principalísima, la información tributaria. Ya hemos tratado de la interrelación existente entre el fraude y la evasión fiscal y el blanqueo de activos. Empleando un símil, es la misma que existe entre las mafias que introducían en nuestro país, hace

un par de décadas, tabaco de contrabando, y hoy hacen lo mismo, pero en vez de tabaco, introducen hachís o cocaína, con los mismos procedimientos e infinitamente mayores ganancias.

Retomando nuestra argumentación, las mismas operativas empleadas para la evasión o el fraude fiscal pueden, perfectamente, ser empleadas para el blanqueo de activos. Además, en todo caso, las cantidades evadidas o defraudadas deben ser blanqueadas (y aquí prescindimos de polémicas, consideramos que estériles, sobre la naturaleza del delito subyacente). Así, pues, empleemos técnicas propias del Derecho Financiero y Tributario para atacar al blanqueo de activos. Y aquí se enmarca el «ataque» a los paraísos fiscales.

Vinculados por el espíritu de investigación científica que ha presidido la redacción del presente trabajo, no podemos dejar de formular una serie de propuestas, *de lege ferenda*, obligación de la que no podemos abdicar, so pena de que el esfuerzo realizado resulte estéril. Algunas de ellas son ya parte, actualmente, de las reivindicaciones de algún colectivo, pero no por ello podemos prescindir de ellas, convencidos como estamos de su necesidad. Por tanto, las enunciamos, como punto de partida para el debate y la reflexión:

1. Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyendo la competencia para la instrucción, conocimiento y fallo de los delitos de blanqueo de activos, a la Audiencia Nacional.
2. Reforma del Código Penal, para:
  - a) Concretar la/s circunstancia/s que origina/n el especial deber de cuidado que puede dar lugar a la comisión del tipo imprudente de blanqueo de activos, con una cláusula de cierre para aquellas conductas que son de tal modo patentes para cualquier persona, que motivarían la comisión del tipo imprudente, aunque el posible sujeto activo no tenga atribuido este especial deber de cuidado.
  - b) Modificar el artículo 301.2 del Código Penal, eliminando la expresión «o propiedad de los mismos», por redundante y, por tanto, innecesaria.
  - c) Tipificar como delito de blanqueo de activos de la tenencia, uso o empleo de cualesquiera activos procedentes de la comisión de un delito, a sabiendas de su origen delictivo.
  - d) Modificar el artículo 303, para mantener únicamente la mención a aquellas profesiones que pudiesen tener alguna relación con el blanqueo de activos. Por ello, debe suprimirse del citado artículo la mención a los facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores.
3. Reforma de la legislación administrativo-financiera de prevención, para:
  - a) Derogar las exenciones de identificación respecto de determinados clientes por parte de los sujetos obligados.
  - b) Fijar, en norma de rango legal, la responsabilidad civil del Estado por las actuaciones llevadas a cabo por los sujetos obligados, caso de que éstos hubiesen procedido de buena fe y se hubiesen ocasionado perjuicios económicos a un tercero.

- c) Incrementar el personal que presta sus servicios en el SEPBLAC, aumentando la dotación procedente de los organismos encargados de la posterior investigación (Fiscalía, Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), así como aumento de la categoría administrativa de este organismo y reserva del cargo de Director para un miembro de la carrera judicial o fiscal de la máxima categoría.
  - d) Establecer la obligación para el SEPBLAC de contestar la comunicación del sujeto obligado, sobre no ejecución de una operación sospechosa, en un breve plazo máximo desde su recepción fehaciente.
  - e) Establecer la obligatoriedad de la retroalimentación por parte del SEPBLAC a los sujetos obligados, bien periódica o puntual, pero, en todo caso, efectiva.
4. Reforma de la normativa tributaria, para:
- a) Creación de un impuesto ad hoc, que grave los movimientos de activos desde España a un territorio fiscalmente opaco, realizados directamente o empleando jurisdicciones intermedias. Tendrá finalidad informativa y disuasiva, admitiéndose prueba de la justificación económica de la operación, como causa de exención.
  - b) Prohibir que las entidades financieras domiciliadas en España abran o mantengan sucursales en aquellas jurisdicciones consideradas paraíso fiscal por la Ley española, salvo que entreguen a la Administración española la información que ésta estime suficiente, equiparable a la entregada por las sucursales ubicadas en suelo español.
  - c) Verificar que las medidas antiparaíso contenidas en la legislación española cumplen el único objetivo de oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el pago de impuestos, en el sentido de la Sentencia Cadbury Schweppes. Caso de que no fuese así, debe procederse a derogar las citadas medidas.
  - d) Prohibición de que España pueda ser representada en ningún evento internacional (certamen, competición deportiva, etc.) por persona alguna que tenga su residencia fiscal fuera del territorio nacional, salvo causa justificada de carácter no tributario. En todo caso, prohibición absoluta para las personas residentes en un paraíso fiscal.
  - e) Ampliar la norma que obliga a tributar por el IRPF en España ante el traslado de la residencia a un paraíso fiscal a los sujetos de nacionalidad extranjera que hubiesen tenido su residencia en nuestro territorio, salvo que el traslado se dé a un territorio que forme parte de la Unión Europea.