

CONFERENCIA Foro para la Paz en el Mediterráneo

X Jornadas de Seguridad, Defensa y Cooperación

Lucha contra el terrorismo

Editorial Universidad Internacional de Andalucía (UNIA)

Málaga, 16 noviembre de 2016.

“Paraísos fiscales, secreto bancario e intercambio de información”

Daniel Coronas Valle

Introducción

- 1. Concepto de Fraude Fiscal**
- 2. Secreto bancario**
- 3. Paraísos Fiscales**
- 4. Intercambio de información (tributaria)**
- 5. Conclusiones**

Agradecimientos

En primer lugar, creo obligado agradecer al Foro (Rafael) la amable invitación que me ha hecho para estar hoy aquí; quisiera personalizar en José María López, compañero y sin embargo amigo, ese agradecimiento en el impulso de esta Jornada tratando de que en todo momento me sintiese cómodo en la preparación de esta.

No son frecuentes en España conferencias sobre la materia que hoy tratamos pese al enorme interés y pujanza que estos temas despiertan en la ciudadanía.

Así mismo mi gratitud a Unicaja, mi casa, su hospitalidad y generosidad en la organización de esta Jornada. En el marco (así como fuera del mismo) del proyecto de educación financiera siempre es gratificante contar con el apoyo de una institución financiera que muestra la sensibilidad para el conocimiento riguroso y la divulgación de temas tan sensibles como especializados.

Introducción

Ciertamente les podría ilustrar el tema de mi conferencia como un largo viaje por la geografía mundial o como un recorrido histórico por los avatares de los primeros años de este siglo XXI; pero no se intranquilen; soy jurista por consiguiente daremos un enfoque jurídico con notables rasgos económicos y financieros, así como alguna anécdota cinematográfica y literaria; al fin y al cabo, como dijo Terencio, “hombre soy y nada humano me ajeno”.

Anécdota Viejo Profesor Golpeo de Reloj

Sin embargo, vamos a empezar con matemáticas, con el número 3, el número mágico y cabalístico en los entornos del fraude fiscal.

3 son los ángulos de un triángulo necesario y mínimo para defraudar, para borrar la pista de los fondos por lo que se pretende no tributar u ocultar o lavar al fisco.

3 son las fases que la mayoría de las iniciativas contra el fraude presentan (registro, *due diligence* y reporting) y 3 son los focos legislativos más destacados de modelos antifraude que se hallan especialmente orientados al intercambio de información tributaria:

- a) EE. UU.
- b) OCDE
- c) UE

3 son, así mismo, los enfoques de cualquier legislación de este tipo afectando a:

- a) Jurisdicciones (no países, territorios, ni Estados)
- b) Instituciones Financieras
- c) Clientes-ciudadanos.

Pero si me permiten seguir con el 3 vayamos ahora a clase de Lengua: con la letra A

Podríamos estudiar

- 1) la Arqueología del FF

- 2) la Arquitectura de esos modelos, sus entrañas cómo funcionan y como se aplican, a quien se dirigen,
- 3) y el **Automatismo** como fin de trayecto, como expresión más refinada y global de un sistema legislativo internacional que ha comprendido al fin que esta lacra y esta batalla contra el fraude no se gana en solitario sino mediante la cooperación global hacia la transparencia tributaria.

Si queremos sistemas tributarios justos y progresivos, donde la presión fiscal sea adecuada y como señala nuestra Carta Magna contribuya más quien más gane, entonces la cooperación e intercambio son cruciales.

1. Concepto de Fraude Fiscal

El FF es actualmente un problema de enorme magnitud; les doy algunas cifras:

- 2012: 24 Billones de euros en Paraísos Fiscales según TJN
- 2013: 1 billón euros en UE el fraude fiscal (7 veces presupuesto de la UE)
- 2011: Victorio Valle, 8% PIB español volumen fraude fiscal (toda la deuda pública)

En España hasta el advenimiento de la Democracia en 1977 y la llegada del profesor Fuentes Quintana a la vicepresidencia del Gobierno prácticamente nada se había regulado sobre fraude fiscal en su concepción contemporánea.

En el marco del fraude fiscal existen diversas conductas y tipologías que afectan, entre otros, a varios campos jurídicos:

- Derecho Internacional,
- Derecho Tributario
- Derecho Penal Societario

Dentro del fraude podemos hemos de distinguir:

- **la evasión** (*tax evasion*)
- **la elusión fiscal** (*tax avoidance*)

Ambas figuras de difícil aprehensión cognitiva y divisoria no nítida.

Como bien dice un buen amigo mío al fin y al cabo “de elusión también se vive...”

- **El Blanqueo de capitales** como conducta antijurídica perfectamente definida por los ordenamientos interno e internacional.

En los últimos 15 años, desde los atentados a las Torres Gemelas en Nueva York, pasando por la crisis financiera desatada en EE. UU. 2007, se ha producido en la lucha contra el fraude avances que no tienen paragón a ninguna etapa previa.

Podríamos decir que se da un nuevo escenario de cooperación internacional en este ámbito y especialmente en el campo del intercambio de información tributaria entre Estados.

Decía, el que fue ministro del Tesoro Británico en los años 70, Denis Healey que la diferencia entre la elusión y la evasión fiscal es tan sólo el grueso de la pared de una prisión donde se acaba; en todo caso esa afirmación ya supone algo significativo para un país cuya más selecta jerarquía que trabaja en la City londinense abanderó el grito: “*Jersey or Jail*”, es decir, el dinero al paraíso de Jersey y otras islas del canal (y me arriesgo) o voy a la cárcel si me descubren defraudando.

2. Secreto Bancario

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

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

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

El secreto bancario ha generado no pocas situaciones de desigualdad fiscal pues aquella persona o sociedad con opciones y recursos se ampara tras él para no tributar o tributar lo mínimo tras cuentas cifradas; en este sentido Suiza es el paradigma del secreto bancario y su industria bancaria ha florecido bajo este argumento; hoy forzada por escándalos de renombre universal se ha visto abocada a colaborar en la lucha contra el fraude mediante la firma de diversos tratados internacionales (FATCA) que permiten el intercambio de datos sobre la identidad y el conocimiento de los productos financieros de los clientes de banca en ese país. De hecho, se puede afirmar que el origen de FATCA es precisamente éste, cuando en 2001 el ciudadano de origen ruso y residente en EE. UU. Oleg Olenikoff fue acusado de fraude fiscal en Estados Unidos utilizando estructuras societarias complejas radicadas en paraísos fiscales caribeños a través de sus cuentas en la entidad suiza UBS. La investigación finalizó con un acuerdo (importante sanción) con las autoridades tributarias norteamericanas (*Internal Revenue Service, IRS*) para evitar una escalada penal del caso contra el banco suizo y con una de las mayores recompensas jamás concedida a un delator fiscal (Bradley Birkenfeld, ex gestor de UBS). La información obtenida en el caso permitió una nueva demanda penal contra UBS para que facilitase información sobre 52.000 cuentas corrientes propiedad de ciudadanos estadounidenses. En 2011 los gestores de Credit Suisse fueron demandados y acabaron proporcionando información al IRS.¹

Desde ese momento Estados Unidos percibió que su legislación nacional e internacional no era suficiente para atajar con garantías el fraude fiscal y comenzó a pergeñar una normativa en este sentido².

Las reservas que Suiza, Austria, Luxemburgo y Bélgica opusieron en 2005 al intercambio de información basadas en la relevancia del secreto bancario, fueron superadas en 2009 (cayendo como fichas de dominó). En marzo de 2009 los citados Estados levantaron sus reservas y así se manifiesta en el Modelo OCDE de 2010.

¹ Informe del Senado de EEUU (Permanent Subcommittee on Investigations, Carl Levin, Chairman) de 26- 2-14 “Offshore tax evasion: the effort to collect unpaid taxes on billions in hidden offshore accounts”.

² CORONAS VALLE, D. “El control fiscal de las cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses” Cuadernos de Información Económica num.234, FUNCAS, mayo- junio, Madrid, 2013.

Puede afirmarse que ese año se decreta la defunción del secreto bancario y así por una parte, tenemos la posterior firma por parte de los cuatro Estados citados anteriormente de los tratados FATCA y los acuerdos CRS y por otra se verán afectados por la Directiva comunitaria 2014/107 que consagra el intercambio automático y estandarizado de información tributaria sin que sea posible oponer el secreto bancario como límite a tal intercambio³.

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

Las líneas de actuación de los países miembros de la OCDE se resumen en el documento “Mejorando el acceso a la información bancaria con fines fiscales” del año 2000 y en el Informe de Progreso de 2003⁴.

Del articulado del Modelo OCDE⁵ sobresalen aspectos tales como que el secreto bancario no puede ser alegado como motivo para declinar el suministro de información. Por tanto, las autoridades competentes necesitan tener autoridad para acceder directa o indirectamente, a través de un proceso judicial o administrativo a la información conservada en los bancos o instituciones financieras para remitir esa información a otros Estados igualmente partes del acuerdo o convenio.

³ Otras menciones al secreto bancario en el ordenamiento comunitario pueden hallarse en el art 5.3 de la Directiva 2010/24 del consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas con posible denegación sobre datos que revelen información bancaria acerca de secretos comerciales, industriales o profesionales. La Directiva 2011/16 también aborda la cuestión en sus artículos 17 y 18 limitando la información que afecte al secreto bancario a periodos posteriores al 1 de enero de 2011.

⁴ OCDE: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814314.pdf>, (último acceso 18-1-16).

⁵ OCDE: www.oecd.org/taxation (último acceso 18-3-16).

Igualmente establece que no existe obligación de facilitar información que pudiera revelar secretos comerciales, industriales o profesionales. El papel de la Autoridad Competente es determinar la transmisión o no de la información relevante.

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

3. Paraísos Fiscales

Y continuando con los británicos permítanme que les hable de paraísos fiscales: tax havens como tradujeron erróneamente en su día los franceses;

El origen del refugio fiscal (traducción correcta) proviene de Islas Caimán y el privilegio concedido por Jorge III (ciertamente hay números que no tienen suerte...)

Tras naufragio de una flotilla allí prometió que no pagarían más impuestos nunca.

Pero ¿cuál es hoy la situación?

Tradicionalmente un paraíso se caracteriza por las siguientes notas:

- Opacidad
- Baja o nula fiscalidad

En 2001, y a instancias de EE. UU., se impone un cambio criterio en la OCDE:

- La falta o ausencia de intercambio de información tributaria determina la calificación de Paraíso Fiscal de una jurisdicción.

En consecuencia, Delaware, Nevada o más recientemente Dakota del Sur) dejan de ser paraísos fiscales aunque sostienen posturas opacas muy cercanas al manteamiento del secreto bancario.

El concepto de paraíso es discutido (al menos lo ha sido) y a través de los resquicios legales los defraudadores y delincuentes han encontrado grietas no solo para no pagar impuestos sino para blanquear dinero procedente de la comisión de delitos fundamentalmente tres (de nuevo el tres):

- Narcotráfico

- Venta de armas
- Prostitución. Se habla del juego, pero este prefiere moverse en terrenos más movedizos de la elusión...

Legalmente es posible establecer diferencias entre

- Paraíso Fiscal
- Régimen Fiscal Pernicioso: legisla ad hoc: Niue y Nauru blanqueo mafia rusa
- Centro Financiero Internacional: No residentes invierten más que nacionales: Uruguay

Desde 2002 numerosos son las modificaciones legislativas de los Acuerdos Internacionales al efecto y muy potentes las herramientas en la prevención contra el blanqueo de capitales. La OCDE prefiere hablar de Jurisdicciones No Cooperativas.

Hoy los Paraísos buscan eludir regulación para pagar lo menos posible: ELUSION

Motivos de Regulación: Banca ING ARUBA, Empresas Ixex Florentino, Seguros, etc.

Listados de Paraísos: de nuevo 3 son los posibles

- a) el de la UE
- b) el de España
- c) el de la OCDE

Como pueden ver hay notables diferencias, pero algunas similitudes:

Origen de la mayoría de los territorios de ambas listas:

22 de la *Commonwealth*...antiguas colonias británicas

Les supongo al tanto de Panamá... donde por cierto un conocido cantante de los 80 se estableció hace tan solo un par de años... buscando un sitio tranquilo....

¿Saben con cuánto dinero se puede adquirir la residencia en San Cristóbal?

¿Y aun nos preocupamos por el Brexit? ¿No será más bien una oportunidad de actuar decididamente ahora que se ha ido el vecino molesto?

4. Intercambio de Información (Tributaria...)

Superando el origen ilícito de los fondos del blanqueo (las famosas listas de OFAC publicadas por el Departamento del Tesoro norteamericano) tenemos otras facetas del fraude más difíciles de detectar y paliar.

Hemos hablado de evasión como aquella conducta donde no se pagan impuestos y elusión como aquella que trata de pagar lo mínimo apurando la legalidad o para legalidad. En estos casos la utilización de figuras interpuestas y especialmente sociedades es más que frecuente.

No se trata de glosar las listas de empresas españolas en algunos casos que tienen sucursales en paraísos fiscales por motivos financieros y de elusión de regulación sino también de conocer como grandes multinacionales mediante operaciones complejas y tratados tributarios ad hoc eluden el pago de impuestos llevándolo a cifras ridículas sobre bases imponibles muy considerables : Apple, Starbucks Google o Fiat son claros ejemplos que han firmado tax rulings con gobiernos de la UE : inexplicable desde el punto de vista de la armonización y transparencia , como se justifica que Irlanda tenga un tipo medio de 12,5 en Imp. de Sociedades y en España sea del 30? y la media comunitaria del 22?

No demos armas al defraudador y esto es algo que no solo lo escribo yo en mis artículos; voces como la del premio Noble Joseph Stiglitz están alineadas en el mismo sentido. Ej.: Paesa Santo Tomé y Príncipe, Suiza y Singapur.

No es necesario proponer un impuesto global como nos dice Piketty, es simplemente cumplir la legislación exigente por y para todos y comunicar la información pertinente.

La complejidad de las normas internacionales (tributarias y no tributarias) propicia un entorno favorable al fraude fiscal en cualquiera de sus vertientes: evasión y blanqueo esencialmente.

Evolutivamente merecen mencionarse los siguientes hitos:

1. En octubre de 2001, tras el 11S, se aprueba la Patriot Act.

Desde ese momento se considera que existe vinculación entre delito fiscal y blanqueo de capitales.

La *Patriot Act* se vertebra sobre dos grandes ideas:

- a) Prohíbe que bancos estadounidenses y extranjeros registrados en EE. UU. mantengan relaciones comerciales con paraísos fiscales y bancos *offshore* (Concepto *offshore*: todo lo que se encuentra fuera de las fronteras estadounidenses incluido Guam, Puerto Rico, Islas Vírgenes norteamericanas, Samoa norteamericana).
- b) Atribuye a la autoridad monetaria estadounidense el control sobre todas las operaciones efectuadas en dólares castigando a quienes no denuncian transferencias sospechosas en dólares efectuadas en cualquier parte del mundo.

Consecuencias de la *Patriot Act*:

- a) Desciende la demanda del dólar y este se deprecia, sube el euro y otras divisas.
- b) La financiación de la guerra de Afganistán e Irak se realiza mediante la emisión de bonos del Tesoro incrementando notablemente la emisión de deuda pública y su porcentaje sobre el PIB.
- c) La crisis del crédito (generada en EE. UU.) se extiende a Europa y la lucha contra el blanqueo deja de ser un medio de en la lucha contra el terrorismo para convertirse además en un medio de recaudación frente a la crisis.

En ese momento Europa adolece de un bloque normativo único contra el blanqueo en los países de zona euro.

2. La Declaración del G20 en abril de 2009 es el punto de inflexión para considerar un cambio en los mecanismos de cooperación internacional en materia tributaria.

Tres elementos destacan al respecto:

- Los Paraísos Fiscales
- Las Jurisdicciones No Cooperativas

- El Secreto Bancario

La mayor novedad es constatar una evolución del modelo de Intercambio de Información previsto en los CDI hacia el Automatismo.

Los factores que contribuyen a ese cambio son:

1. Creación del Foro Global sobre Transparencia e intercambio de información impulsado por la OCDE en 2000 y remodelado en 2009.

Este Foro es el motor que impulsa la ejecución de los estándares internacionales. Hoy está constituido por las de 120 jurisdicciones (no exactamente países ni territorios).

Desde octubre de 2016 el GAFI y el Foro Global trabajan conjuntamente en la implantación de la transparencia fiscal internacional y la información sobre el beneficiario efectivo.

Asunción del Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en materia Tributaria de la OCDE en 2002, conocido como *Tax Information Exchange Agreement* o TIEA.

En tal sentido se creó una lista de no cooperantes que fue burlada por alguna de estas jurisdicciones firmando acuerdos entre si cumpliendo la condición inicial impuesta por la OCDE (suscribiendo 12 o más TIEAs se salía de la lista de estos territorios no cooperantes).

Lógicamente este sistema no funcionó.

2. Aprobación por la UE de la Directiva 2003/48 y sus acuerdos complementarios con Suiza, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Andorra.

La Directiva establecía como criterio fundamental el suministro automático de información del Estado donde se obtenía al de residencia del beneficiario efectivo (concepto clave en blanqueo y evasión fiscal).

Austria, Bélgica y Luxemburgo se opusieron al intercambio estableciendo un régimen alternativo para después acabar aceptando la Directiva evolucionada en todos sus términos.

3. Actualización del art. 26 del Modelo de Convenio de la OCDE (2005) incluyendo su apartado 5 que impide alegar el secreto bancario para no intercambiar información.

El Modelo de Convenio de UN fue actualizado siguiendo idénticos términos en 2011.

4. En 2010 se aprueban FATCA en EE. UU. y el Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa en materia Tributaria del Consejo de Europa y de la OCDE.

Ambos textos eliminan el secreto bancario como causa de oposición para entregar información a otros Estados.

5. En 2013, el G5 europeo adopta finalmente FATCA como modelo para el intercambio multilateral, así como el citado Convenio Multilateral.

La OCDE recibe, tras la cumbre del G20 en San Petersburgo (2013), el encargo de elaborar un nuevo estándar para el AEOI que debía estar definido en 2015 y operativo en 2016: su nombre es *Common Reporting Standard (CRS)*.

5 Conclusiones

1. En 15 años se ha avanzado más que en siglos en el mundo de la lucha contra el fraude, la elusión y el blanqueo de capitales.
2. Sin cooperación internacional no es posible actuar eficazmente ante un fenómeno globalizado. Transversalidad de entornos y fenómenos defraudatorios.
3. El papel de los Estados decae ante las jurisdicciones emergiendo el de los Organismos y organizaciones internacionales como fuente de Derecho; Descolla el *soft law* y el D. anglosajón.

4. Fiscalidad marcada por el concepto de residencia y especial atención a las personas jurídicas en diferentes formas constitutivas y /o societarias (fundaciones, fideicomisos, trust, etc.).
5. FATCA y CRS, mediante su automatismo, conllevan una nueva era en la Transparencia Fiscal.

Confío en no haberles aburrido demasiado pues no he visto demasiados golpes en las esferas de sus relojes,

Muchas gracias por su atención

ANEXO

Nociones sobre Blanqueo de Capitales

Definición

Introducir dinero de actividades delictivas en el circuito legal

FMI: 5% PIB mundial

Marco Regulator

Naciones Unidas:

- Convenio UN 1999 sobre represión del terrorismo
- Convenio contra delincuencia transnacional

GAFI 1989 muy activo 2000-2006

UE: Cuarta Directiva sobre PBC 2015: Unidades de Inteligencia Financiera

España

- Ley 10/2010
- Reglamento 2014: titulares, beneficiarios efectivos Diligencia debida y KYC

Jurisprudencia STS 974/2012 de 5 de diciembre diferencias entre el blanqueo de capitales y el delito fiscal: La cuota defraudada se puede lavar, no los rendimientos.