Área: Europa - ARI Nº 105/2009
Fecha: 30/06/2009

Los paraísos fiscales y la Unión Europea: reflexiones para la Presidencia española

Blanca Vilà *

Tema: Este ARI enlaza la "nueva mirada" que en estos últimos años se proyecta sobre la legitimidad o ilegitimidad de la función de los "paraísos fiscales" en un mundo global, con el destino y la inserción en Europa de los cuatro "micro Estados" europeos de estas características, ante las diversas tareas que deberá abordar la Presidencia española.

Resumen: El presente análisis tiene por objeto enlazar la "nueva mirada" que en estos últimos años se proyecta sobre la legitimidad o ilegitimidad de la función de los denominados "paraísos fiscales" en un mundo global, con el destino y la inserción en Europa de los cuatro "micro Estados" europeos de estas características, ante las diversas tareas que deberá abordar la Presidencia española. Para ello, se reflexionará brevemente sobre las orientaciones recientes en la materia, para limitar (¿o ampliar?) el examen de los mismos desde el ángulo de la evasión o, en su caso, del fraude fiscal como fundamento suficiente para el desmantelamiento de los distintos sistemas de secreto bancario ante la nueva arquitectura financiera europea e internacional; para conclusivamente examinar las alternativas para la inserción de los cuatro "micro Estados" que dentro de la geografía europea son considerados paraísos fiscales –Andorra, San Marino, Mónaco y Liechtenstein– en el espacio geopolítico europeo, y las consecuencias de esta nuevo enfoque y de su priorización por España para resolver un tema financiero global y geopolítico al mismo tiempo.

Análisis: Un buen punto de partida en este análisis sería revisitar la noción de jurisdicción y sus límites desde la perspectiva del Estado de Derecho, y examinar los posibles límites de una diversidad jurídica opaca a la cooperación internacional y a un auténtico Estado de Derecho. Los paraísos fiscales no pueden operar cual caja negra de la comunidad internacional –Estados y agentes privados, muchos de ellos compañías multinacionales, que precisamente por serlo se escudan en la necesidad de esas territorios *off-shore*– en el funcionamiento de una sociedad global integrada por un amplio número de Estados democráticos, como en la UE.

Tomaremos aquí una noción de paraíso fiscal que viene caracterizada por una opacidad –de mayor o menor alcance– en el acceso a los datos relativos a las transacciones bancarias, y que para ello se apoya en una sustancial medida en la figura del secreto bancario. A su vez, la función de secreto bancario está vinculada por un lado a la figura de blanqueo de dinero (*money laundering*) y por otro a la de evasión fiscal (que linda a su vez con la noción de fraude fiscal, en una *thin red line* (véase B. Vilà y J. Clavera, *Il*

* *Catedrática de Derecho Internacional Privado, Cátedra Jean Monnet de Derecho Europeo, y directora del IUEE, Universidad Autónoma de Barcelona*

Informe, *Andorra y Europa, El canvi necessari*, Andorra la Vella, Ed. GPS, 2009). Ambas nociones han sido objeto de importantes cambios de enfoque en los últimos años. El GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), la *Task Force* intergubernamental contra el blanqueo de dinero se creó en la cumbre del G-7 de julio de 1989 con el propósito de establecer estándares internacionales y promover políticas al respecto contra el banqueo de dinero y el terrorismo internacional, ha ido estableciendo una lista específica de jurisdicciones no cooperativas a estos efectos a partir de octubre de 2001. Tras el 11 de septiembre, y hasta prácticamente comienzos de la evidencia de la crisis económica mundial, la estrategia de la Administración Bush y, por el impacto del momento, del mundo entero parecían centrarlos para su análisis en su relación exclusiva con el crimen internacional, como refugios de la financiación del terrorismo en primer lugar, del narcotráfico o de la trata de personas. Por supuesto que, desde otro ángulo menos contextual y más sistémico, se han elevado desde hace ya más de un decenio críticas a la libre circulación de capitales especulativos como creadores de riqueza y se han inducido posibles remedios a ésta, cual la tasa Tobin, entre otros. Para este análisis no vamos a centrarnos en la legitimidad o ilegitimidad de los paraísos fiscales como sustrato de la lucha contra el crimen global: vamos a ajustar nuestra mirada a los *tax havens* desde la normalidad de su funcionamiento, como lugares de atracción y colocación de capitales por una serie de razones vinculadas con la baja o nula fiscalidad y con la privacidad estricta de la información bancaria (con fundamento en una antigua ley de 1934 sobre privacidad de datos bancarios, como en Suiza, o como elemento conformador puramente estratégico).

La pregunta clave, a la luz de los acontecimientos, sería ésta: ¿estamos ante un "cambio de paradigma" en nuestra aproximación al fenómeno de los paraísos fiscales? La noción de "jurisdicción no cooperativa", aplicada aquí al ámbito de la fiscalidad ha sido consagrada por la OCDE en sus informes periódicos en el marco del Foro Global sobre aplicación de estándares fiscales internacionalmente acordados, lista de la que acaban de ser levantados el último 28 de mayo Andorra, Mónaco y Liechtenstein. Estos "micro Estados" europeos, junto con San Marino, acaban de acordar su ajuste a esos estándares internacionales con carácter general, pero aún no han ejecutado los acuerdos concluidos en este mismo año 2009. Tales estándares –convenidos entre países OCDE y no OCDE en la cumbre del G-20 de mayo de 2004 en Berlín y por el Comité de Expertos de Naciones Unidas en cooperación fiscal en su reunión de octubre de 2008– requiere fundamentalmente la siguiente condición: intercambio de información bajo petición de la autoridad de ejecución de medidas fiscales, sin poder oponerse por las autoridades domésticas un interés estatal o secreto bancario alguno para reclamación de naturaleza fiscal. Por supuesto, ambas condiciones van acompañadas de medidas de salvaguarda amplias para proteger la confidencialidad de la información intercambiada.

Entiendo que sí estamos ante un cambio de paradigma en el enfoque actual a los *tax havens*: en primer lugar al pretender descriminalizar su análisis, que no su posible naturaleza, dada la disparidad jurídica en la consideración como delito o no de la evasión o el fraude fiscal; en segundo lugar, al vincularlos estrictamente a su naturaleza jurisdiccional; y, finalmente, fundamentándolo en la lucha en el no respeto al principio de cooperación internacional. Desde esta perspectiva podemos de manera más aséptica crear un modelo eficiente de lucha contra la opacidad en las transacciones propia de las relaciones económicas internacionales, enfocando el "núcleo duro" que consiste precisamente en la permanencia de barreras al acceso a información relevante en relación a determinadas transacciones financieras.

En particular, la asistencia y cooperación de autoridades linda con dos principios fundamentales que en algunos Estados disponen rango legal antiguo: (1) la privacidad de las informaciones bancarias; y (2) la libertad individual y comercial propias de la apertura de las relaciones económicas en una sociedad global. Más allá, en cuanto a su régimen jurídico, la mayoría de legislaciones reconocen, como máximo, una asistencia y colaboración de autoridades no automática, sometida a rigurosa petición, limitada a supuestos considerados delictivos, y con una fuerte carga de la prueba, obstáculos técnicos difíciles tantas veces de superar, en el mejor de los casos. Los recientes acontecimientos internacionales relativos a la denuncia de evasión de capitales alemanes a Liechtenstein y el portentoso enfado de la aquella administración, o el caso del banco suizo UBS y sus activas prácticas delictivas de "atracción" de capitales millonarios de residentes en Florida en cuanto al régimen jurídico de los datos de los inversores y su puesta a disposición de la justicia norteamericana, junto con la reflexión "sistémica" sobre la futura arquitectura financiera internacional y el lugar en ella de los paraísos fiscales, han forzado ese cambio de paradigma. La transparencia y la eliminación de los mecanismos que privilegian la opacidad son la consigna también en esta "apertura controlada" del secreto bancario característico de estos territorios. La dificultad va a ser, *de facto*, conciliar esta transparencia con la diversidad y la competencia en las condiciones fiscales y financieras propia –más allá de la noción de *tax haven* pero funcionalmente comparable– de otros centros financieros europeos que tienen alguna de esas características (Austria, Suiza, Bélgica y Luxemburgo han levantado sus reservas al art. 26 de *Modelo OCDE* de Convenio e sobre Fiscalidad y se hallan en distintos momentos de negociaciones a múltiples bandas) o que, sin ser jurisdicciones, operan en condiciones comparables, como la *City* de Londres o la República de Irlanda, por hablar de lugares en nuestro propio espacio geográfico europeo.

Desde la UE, la Directiva 2003/47 sobre fiscalidad de los rendimientos del ahorro de no residentes (personas físicas) en forma de pago de intereses, aparecía como una forma de desvelar lo implícito: que había que optar de nuevo por la cooperación entre autoridades para reconducir las distorsiones provocadas por la libre circulación de capitales en el espacio europeo. Como la Comisión recordó, los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses de créditos constituyen ingresos imponibles para los residentes de todos los Estados miembros de la UE. Ahora bien, a causa de la libre circulación de capitales (artículos 56 a 60 del Tratado) y en ausencia de una coordinación de los regímenes nacionales relativos a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pagos de intereses, en particular por lo que se refiere al tratamiento de los intereses percibidos por no residentes, actualmente los residentes de los Estados miembros pueden frecuentemente eludir cualquier forma de gravamen sobre los intereses percibidos en un Estado miembro distinto de aquél en el que residen. Esta situación entraña, en los movimientos de capitales entre Estados miembros, distorsiones que son incompatibles con el mercado interior. Fomenta, por otra parte, la evasión fiscal de los rendimientos del ahorro y acentúa la presión fiscal sobre los rendimientos de origen menos móvil, como son los producidos por la actividad laboral, con un efecto perjudicial en el coste de esta última y, por ende, indirectamente en la creación de empleo. Tras el fracaso de la propuesta de directiva de 1998 que proponía, para paliar estos obstáculos, dejar a los Estados miembros la elección entre intercambiar información bancaria o aplicar una retención fiscal en origen, los negociadores lograron –en el Consejo Europeo de Feira del 19 y 20 de junio de 2000 y en posteriores sesiones del Consejo ECOFIN del 26 y 27 de noviembre de 2000, 13 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2003 que se plasmó en la instauración del sistema de intercambio automático de información entre todos los Estados miembros, a excepción de Bélgica, Luxemburgo y Austria– un período de transición durante el cual, en lugar de proporcionar información a

los demás Estados miembros, deberían aplicar una retención en la fuente de los rendimientos del ahorro. La directiva necesariamente debía acompañarse de sendos Acuerdos externos con los cuatro "micro Estados" europeos antes referenciados (Andorra, Mónaco, San Marino y Liechtenstein) que, al lado de Suiza, componían la "vertiente externa" del conjunto de obligaciones propias de la directiva, en una arquitectura jurídica de gran interés. Sabemos, por otro lado, que la Comisión Europea ha recurrido en infracción al Tribunal de Luxemburgo contra cuatro Estados miembros por la no transposición de la Directiva 2005/60 sobre blanqueo de capitales, y conocidos son los casos contra el Reino Unido por Gibraltar (C-349/03) concluido por la sentencia de 21 de julio de .2005, y el asunto de la denegada confidencialidad fiscal de los abogados flamencos y francófonos en Bélgica en el ámbito de su asistencia legal extracontenciosa (Sentencia de 26 de junio de 2008, C-305-05).

Ahora bien, el cambio de paradigma viene de lejos, concretamente desde la mitad de la presente década. En febrero de 2007 el Congreso norteamericano aprobó la *Stop Tax Havens Abuse Act*, a propuesta de los senadores Levin, Coleman y Obama, que recordaba que: "*None of these offshore schemes would work without the secrecy that prevents US agencies from enforcing our laws. Our bill offers innovative ways to combat offshore secrecy*", en palabras de Levin, senador republicano, tras cuatro años de investigaciones del Subcomité nombrado a tal fin. Esta legislación reforzaba drásticamente (con medidas de *enforcement* y sanciones, y con un sistema de presunciones que afectaban la "carga de la prueba") un enfoque específicamente basado en un concepto fuerte de evasión fiscal que se venía regularmente aplicando y que era contrario, como dijo Obama, a la integridad y buenas costumbres, basado por primera vez en un texto legal de vocación transnacional en el concepto de "abuso" fiscal, concebido desde un plano extrajurisdiccional.

Luego llegaron los análisis y las declaraciones solemnes acerca de la necesidad de una nueva arquitectura financiera global que corrija, reconduzca o en su caso elimine los paraísos fiscales imponiendo drásticas condiciones de transparencia basadas fundamentalmente en un principio de cooperación de autoridades. El Informe del Grupo de alto Nivel, conocido como Informe Larosière, en su Recomendación 28 insiste de manera clara –pero posiblemente poco contundente (por su simple carácter de incitación, por el tardío lugar en el documento, y por la escasa extensión del análisis del problema)– en la intensificación de los esfuerzos coordinados para "incitar" a las jurisdicciones no cooperativas o escasamente reguladas a adherirse a los estándares de alto nivel internacional en materia de intercambio de información, en particular entre autoridades supervisoras, incrementando las condiciones de supervisión para todos aquellos actores que inviertan o hagan negocio con tales jurisdicciones a fin de obtener toda la información necesaria.

Más tarde, y tras los incidentes cercanos a la preparación de la reunión del G-20 que llevaron, tras intervención indirecta de Nicolas Sarkozy, al primer ministro de Andorra a dimitir de su cargo para preparar los compromisos de Andorra necesarios para dejar de constar como "jurisdicción no cooperativa" de la lista de la OCDE, la Declaración principal y distintos puntos del texto adoptado por los Estados presentes en la cumbre de Londres del 2 de abril, el Parlamento Europeo adoptó su Resolución de 24 de abril que, en su punto 18, insiste en una acción más eficaz contra la opacidad en la información transnacional en materia de transacciones financieras y "pide al G-20 que en la próxima cumbre acuerde una acción coordinada y concreta para acabar con todos los paraísos fiscales y de regulación, y para colmar los vacíos fiscales y de regulación 'off-shore', que permiten una *amplia elusión de la normativa fiscal* incluso en los principales centros

financiero. El Parlamento además se felicita de la declaración del G-20 en lo que se refiere al *secreto bancario*, y valora ampliamente el *intercambio automático* de información como el instrumento más efectivo para hacer frente a la evasión fiscal; a la vez que recomienda que la Unión Europea *adopte a su propio nivel el marco legislativo adecuado sobre los paraísos fiscales*, y pide a sus socios internacionales que hagan lo propio" (énfasis propio).

Como documento más reciente el Informe preliminar, dado a conocer este mes de mayo, de preparación de la Conferencia de Naciones Unidas sobre las reformas financieras y monetarias internacionales, retrasada hasta los próximos 22-24 de junio, insiste en el tema de los paraísos fiscales y recuerda en el punto 109 de su Parte II que: "*Well-regulated economies have to be protected from those that are under- or unregulated. The problems of tax competition and regulatory arbitrage are often linked. The lack of transparency and regulatory standards in some countries is harmful to the functioning of national tax systems as well as to financial stability. Tax evasion and inappropriate tax practices are major problems for developed as well as developing countries*…". Se hace necesaria, en consecuencia, una política global de no-tolerancia universal en relación a aquellos centros financieros que continúan acogiendo un secreto bancario generalizado, de alcance fiscal.

Ante la evolución de los acontecimientos reseñados podemos confirmar un cambio de paradigma en el futuro enfoque para la regulación de las jurisdicciones no cooperativas. Esta incluiría, más allá de la prevención del puro crimen internacional, la emergencia de un posible principio de cooperación de autoridades en aplicación del imperativo de la transparencia en las transacciones financieras internacionales, respetuoso: (1) cuando y si hay lugar, de la privacidad de determinadas informaciones; y (2) de la disparidad jurídica y de un grado razonable de concurrencia en las condiciones de atracción de las inversiones de capitales. Es el momento, entonces, de preguntarnos acerca del destino, en este escenario financiero internacional, de los paraísos fiscales albergados en los cuatro "micro Estados" europeos antes mencionados (Andorra, Mónaco, San Marino y Liechenstein) y acerca de su relación, o engarce, con la UE en nuestro espacio geopolítico, y sacar determinadas conclusiones de oportunidad para la Presidencia española en 2010, que podría liderar un encaje colectivo estructural de estos territorios, con la delicadeza jurídica y diplomática necesaria.

Los cuatro "micro Estados" (término polémico, pero utilizado repetidamente en la doctrina y práctica española) disponen, junto con Suiza, de secreto bancario en el ámbito de la fiscalidad, mantienen actualmente vínculos diferenciados con la Unión. Liechtenstein es parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y es parte de Schengen), pero –algo fundamental, de lo que derivan innumerables obstáculos– tiene "blindada" su jurisdicción civil y mercantil al no ser parte (ni siquiera fue negociador en esta ronda) del Convenio de Lugano-II del 30 de octubre de 2007, sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. ¿Es posible la incoherencia consistente en blindar su jurisdicción civil –aunque está excluida la materia fiscal– y sí formar parte del área de libre circulación propia del Espacio Económico Europeo (EEE)? Por su parte, Andorra y San Marino tienen sendos acuerdos de cooperación (y unión aduanera) de 2004 y 2002, respectivamente, y en el ámbito fiscal han comprometido virtualmente, al igual que Mónaco y Liechtenstein, la cooperación de sus autoridades en la transmisión de información por sendos Acuerdos sobre fiscalidad de no residentes, paralelos a la Directiva de 2003.

Conclusión: Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y su artículo 8, junto con la Declaración nº 3 sobre la posible constitución de "vínculos estructurales con los Estados vecinos de pequeña dimensión" en ella prevista, ¿por qué no aprovechar para impulsar la inserción de estas jurisdicciones en la nueva arquitectura financiera internacional, impulsando su aceptación real de las condiciones estrictas de los estándares internacionales de la OCDE y del resultado del debate actual europeo y mundial, y a la vez promover "encaje" colectivo, ya que tienen importantes rasgos físicos y geopolíticos comunes, mediante una aplicación interna y específica del concepto de "buena vecindad" (*innership* o similar, frontera interna y externa a la vez), facilitándoles una sostenibilidad basada en una necesidad clara de diversificación, en particular en el ámbito de los servicios? El instrumento a proponer –y que parece estar en la mente de la Comisión– sería el de un acuerdo mulitilateral de asociación, tipo EEE, muy pertinente en el momento actual, dado que Islandia se propone el ingreso en la Unión y Liechtenstein queda en calidad de "*partner* residual", como antiguo miembro de la EFTA: integrar antiguas jurisdicciones no cooperativas en su espacio geopolítico y jurídico-económico natural (siguiendo a M. Camdessus en su estudio sobre Andorra, *Des exceptions à l'exemplarité*, 2005) parece un objetivo a priorizar en el difícil período de "encajes" con el que va a lidiar la Presidencia española.

Blanca Vilà
Catedrática de Derecho Internacional Privado, Cátedra Jean Monnet de Derecho Europeo, y directora del IUEE, Universidad Autónoma de Barcelona