

**DELINCUENCIA ECONÓMICA, FIDUCIAS Y PARAÍOS FISCALES: UNA
APROXIMACIÓN REAL
(EXTRACTO)**

Juan PAVÍA CARDELL

Fiscal. Doctor en Derecho

1.- Es un hecho comprobado que la delincuencia económica organizada recurre frecuentemente al uso de instrumentos fiduciarios y a la deslocalización de sus actividades, aprovechando las ventajas que proporcionan los *paraísos fiscales* y las jurisdicciones tradicionalmente no cooperantes. Con ello se busca dotar de la máxima opacidad a los sujetos intervinientes, ocultar las operaciones realizadas y dificultar el seguimiento de los flujos financieros que derivan de ellas, amparándose en las limitaciones informativas que impone el secreto bancario todavía vigente en varios países. A pesar de los esfuerzos históricos en contrario, la práctica judicial reciente demuestra que el problema pervive en la actualidad.

No es extraño, por ello, que las iniciativas internacionales en la lucha contra esas formas de delincuencia hayan cristalizado en instrumentos normativos en los que prima especialmente la cooperación judicial internacional entendida a estos fines como el compromiso recíproco de los Estados de trasvasar eficazmente información y desterrar el secreto bancario, sin perjuicio de poder someter esa asistencia, en su caso, a una autorización judicial. Una muestra significativa cronológicamente ordenada de tales instrumentos –y de los concretos preceptos que proclaman esa cooperación informativa– son la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988 (art. 7.5); el Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 1990 (art. 18.7); el Convenio de la OCDE de lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 1997 (art. 9.3); el Convenio penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción, de 1999 (art. 26.3); el Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999 (art. 12.2); la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 2000 (art. 18.8); la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 2003 (art. 46.8); y el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, de 2005 (art. 28.7), todos los cuales han sido ratificados por España con el fin de armonizar su legislación interna con la de otros países.

2.- En España el concepto de “paraíso fiscal” –traducción de *tax heaven*, término alumbrado por corrupción lingüística de la genuina expresión *tax haven* (refugio fiscal)– se ha vinculado tradicionalmente a la legislación fiscal. Así, el número 1 de la Disposición adicional primera de la *Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal*, dispone que “Tendrán la consideración de paraíso fiscal los países o territorios que se determinen reglamentariamente”. Esa referencia reglamentaria debe entenderse hecha al Real Decreto 1080/1991, de 5 julio (reformado por el Real Decreto 116/2003), que contiene una lista de hasta 48 territorios considerados *paraísos fiscales*, si bien la propia norma destaca que los mismos podrán dejar de tener tal consideración cuando 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. Al día de la fecha, en virtud precisamente de esos acuerdos, la lista debe entenderse reducida a 37 territorios, de los cuales 12 saldrán de ella en cuanto se publiquen en el BOE y entren en vigor los convenios que ya han suscrito.

Con la determinación de los *paraísos fiscales* la normativa tributaria intenta impedir la deslocalización fraudulenta de los contribuyentes al amparo de las facilidades que ofrecen aquellos países para burlar formalmente su verdadera residencia fiscal. Así, el art. 8 del *Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, establece que “La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio (...) 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.”

Las mismas cautelas pueden encontrarse en la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, cuyo art. 8.2 establece que “No perderán la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal. Esta regla se aplicará en el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro períodos impositivos siguientes”. Y su art. 9. 1 a), tras vincular la residencia fiscal a la

permanencia más de 183 días, durante el año natural, en territorio español, advierte que “En el supuesto de países o territorios considerados como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural”. Finalmente, dadas las dificultades para obtener información de un *paraíso fiscal*, la Disposición Adicional Decimotercera de esta norma establece en su número 2 que “Los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre Sociedades deberán suministrar información, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en relación con las operaciones, situaciones, cobros y pagos que efectúen o se deriven de la tenencia de valores o bienes relacionados, directa o indirectamente, con países o territorios considerados como paraísos fiscales.”

El término *paraíso fiscal* se ha trasvasado también al ámbito jurídico-penal donde funciona como elemento normativo del tipo penal de la defraudación tributaria, vinculado también con la utilización de negocios fiduciarios. El art. 305 bis CP, tras la redacción operada por la *Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, recoge en la letra c) de su número 1 una modalidad agravada de delito contra la Hacienda Pública cuya mayor antijuricidad radica en: “Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito”.

3.- Sin embargo, el concepto de *paraíso fiscal* no debe quedar confinado al ámbito tributario y a la delincuencia fiscal. La legislación para la prevención contra el blanqueo de capitales también recurre de forma tácita a dicho concepto cuando quiere imponer especiales medidas de vigilancia a los “sujetos obligados” enumerados en dicha normativa. Así, el art. 19.2 e) del *Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, destaca las “Relaciones de negocio y operaciones con clientes de países, territorios o jurisdicciones de riesgo, o que supongan transferencia de fondos de o hacia tales países, territorios o jurisdicciones, incluyendo en todo caso, aquellos países para los que el Grupo de Acción Financiera (GAFI) exija la aplicación de medidas de diligencia reforzada”. La referencia al GAFI o FATF (Financial Action Task Force) obliga a recordar que este grupo intergubernamental de países y organizaciones promueve estándares en la lucha contra el mal

uso del sistema financiero y el blanqueo de capitales, y propone medidas normativas al respecto. A tal fin en el año 1990 elaboró sus conocidas 40 recomendaciones que se revisaron en 1996 y a las que en 2001 se añadieron otras 8 sobre financiación del terrorismo. Todas ellas han sido asumidas por más de 130 países y reconocidas por el FMI y el Banco Mundial. La última lista de países puestos bajo la mira del GAFI fue publicada el 14 de febrero de 2014 y puede consultarse en www.fatf-gafi.org.

La normativa contra el blanqueo de capitales pretende evitar también la utilización de instrumentos fiduciarios que encubran al verdadero titular de los bienes, técnica habitual en la delincuencia económica organizada. Para ello, por encima de titularidades formales, el art. 4 de la *Ley 10/2010, de 28 de abril*, ya citada, impone a los sujetos obligados un especial deber de diligencia para identificar al titular “real” de los bienes o productos o al “beneficiario” de los mismos, así como a las personas que ejercen el “control” último de una persona jurídica. Particular atención merece la adquisición de sociedades preconstituidas en las que un sujeto puede ocultarse *sine die* tras la identidad de los socios originalmente constituyentes (art. 19. 2 f, del *Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo*, ya citado).

La interposición de sujetos y entidades para encubrir a los responsables últimos del delito suele ir acompañada de la utilización de *paraísos fiscales*, pues éstos, al tiempo que ofrecen las bondades de sus instituciones características –*shelf companies, shell companies, trusts, Anstalts, BICs*, fundaciones, etc–, garantizan un blindaje informativo que impide o ralentiza hasta el extremo cualquier investigación dirigida contra aquéllos. Esta ocultación jurídica, frente a la que se imponen especiales deberes de vigilancia (art. 9.2 del *Real Decreto 304/2014*), ha sido tenida en cuenta también por el legislador penal para considerarla una modalidad más del delito de blanqueo de capitales, incluyéndola en el número 2 del 301 CP.

Alcalá de Henares, junio de 2014.