

Los... ¿paraísos fiscales?

SANTIAGO SOLÓRZANO URETA*

I. Antecedentes de los paraísos fiscales y regímenes fiscales preferentes

1. Generalidades y concepto

Conocidos con diversos apelativos (jurisdicciones de baja imposición, centros *offshore*, *tax havens*, etc.), poco se sabe del origen e historia de los paraísos fiscales. Sin embargo, hay quien atribuye su nacimiento a las dependencias del Reino Unido: “antes de la Segunda Guerra Mundial desarrollaron una protección fiscal para millonarios y expatriados en sus islas continentales”¹. Dado que no es este un trabajo que persiga desentrañar los antecedentes históricos de este tipo de jurisdicciones, basta por el mo-

mento entender que, al parecer, los primeros antecedentes históricos de tan temidas jurisdicciones deben su existencia a iniciativas de países de alta presión fiscal.

Ahora bien, al escuchar el término “paraíso fiscal”, dos cosas pueden suceder: (i) la parte oscura de nuestro cerebro tenderá a activarse y pensar en los capitales de grandes multinacionales, desviados a algún país cuya geografía generalmente desconocemos, por medio de complicadas edificaciones jurídicas, con la finalidad de reducir su carga fiscal; o (ii) la parte lúdica de nuestro cerebro creará una serie de bellas imágenes, donde una hermosa playa de blanca arena brillará bajo el sol de un mar ardiente, donde se asoman yates rebosantes de bellas mujeres².

* Abogado de la Universidad Tecnológica de México, con Maestría en Impuestos de la Universidad del Valle de México, Maestría en Impuestos Internacionales de la Universidad de Viena y Diploma en Impuestos Internacionales del programa conjunto Itam/Harvard. Docente de la Universidad Panamericana de México. Fue Subdirector de Negociación de Tratados Fiscales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México.

¹ JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ SELVA. *Los paraísos fiscales. uso de las jurisdicciones de baja imposición*. DIJUSA, Madrid, 2005. El autor sitúa la primera compañía cautiva de seguros en 1927. Otros consideran que, a raíz del otorgamiento de independencia económica de sus protectorados, el Reino Unido creó los primeros paraísos fiscales a finales del siglo XIX en Gibraltar, Hong Kong y las Islas del Canal. Fuente: Revista FORBES en [http://www.forbes.com/2007/03/15/havens-international-tax-forbeslife-cx_mw_ee_0315taxhavens.html]. Consultado el 18 de noviembre de 2009.

² Como ejemplo de lo anterior, basta mirar la portada de EDOUARD CHAMBOST. *Los Paraísos Fiscales*, Ediciones Pirámide, 1982. Con la salvedad de los yates rebosantes de bellas mujeres, dicha portada es justamente lo descrito. Además, varias sugerentes fotografías se incluyen en su interior: un hombre sonriente con un sospechoso maletín a punto de subir a una avioneta (p. 16), Andorra (p. 80), Hong Kong (p. 106), etc. Tomado en consideración el año de la publicación, esta visión era comúnmente aceptada, sin tomar en cuenta que los primeros paraísos fiscales se encontraban esencialmente en Europa, entre los cuales figuran varios que ni siquiera son costeros (Liechtenstein, Suiza, Luxemburgo).

Pues bien, aunque ambas percepciones pudieran ser correctas, para efectos del presente trabajo conceptualizaremos a los paraísos fiscales de la siguiente manera: “Territorio o Estado con un régimen o regímenes fiscales favorables para extranjeros residentes, domiciliados o que lleven a cabo negocios en ese territorio o Estado”.

Por lo que hace a las cuestiones técnicas utilizadas por los países u organismos internacionales para la determinación de qué países deben o no considerarse como paraíso fiscal, las mismas serán discutidas más adelante, aunque sí es necesario destacar que las actividades que generalmente son atraídas por los paraísos fiscales son las financieras, los ingresos y los pasivos (generalmente dividendos, regalías, intereses, ganancias de capital y arrendamiento). Restaría entonces determinar cuál es el daño que ocasiona a las economías de los Estados la existencia de jurisdicciones con regímenes fiscales favorables para extranjeros, es decir, con tributación baja o nula.

Hoy la mayoría de los países del mundo ha adoptado un sistema de renta mundial o universal, es decir, sistemas fiscales en los que los residentes de un país deben reportar los ingresos que obtengan de cualquier parte del mundo y pagar los impuestos que correspondan. Así, un contribuyente tiene la obligación de pagar impuestos sobre aquellos ingresos *obtenidos* en cualquier latitud en el momento mismo en el que los mismos se *perciban*.

Supongamos por un momento que un residente en un país en el que rige el sistema de renta mundial citado decide no *obtener* ni *percibir* ingresos de sus inversiones directamente, sino hacerlo por medio de una entidad o entidades extranjeras, de las que él mismo sería socio o accionista, estratégica-

mente situadas en jurisdicciones con tributación nula o menor a la prevista por su Estado de residencia fiscal. En tales circunstancias los ingresos provenientes de dichas inversiones ya no *pertenecen* al contribuyente, sino a la entidad o entidades creadas con este fin, que constituyen una persona distinta desde el punto de vista jurídico, y no deberán reportarse en el país de residencia de sus socios o accionistas sino hasta que los dividendos o utilidades hayan sido efectivamente distribuidos, es decir, que se hayan *obtenido o percibido*.

Lo descrito es “jurídicamente perfecto”. Sin embargo, el fisco del Estado de residencia del contribuyente, cuyos ingresos no han sido *obtenidos* ni *percibidos* y que, por tanto, no tiene potestad tributaria sobre ellos, ve mermada su recaudación por medio de estructuraciones *ex profeso*. Aunque breve y relativamente simple, es éste el principio rector de la mala visión que se tiene de los paraísos fiscales: merman la recaudación de los Estados mediante su interposición entre el residente de un Estado y el ingreso.

2. Trabajos preliminares de la OCDE

Una vez que hemos establecido sucintamente *qué* es un paraíso fiscal y *cuál* es el daño que su existencia supone, corresponde ahora examinar *quién* ha analizado y, hay que decirlo, atacado la existencia de los paraísos fiscales. Evidentemente, nos limitaremos a las entidades u organismos multilaterales, ya que el análisis de los esfuerzos llevados a cabo individualmente por los países requiere un estudio mucho más amplio.

Es sin duda la OCDE el organismo internacional que más ha enfocado sus baterías contra la existencia de los paraísos fiscales. Aunque dicho organismo ha realizado nu-

merosos trabajos, podemos considerar que la recomendación del 21 de septiembre de 1977 es el primer antecedente en la lucha anti-paraísos fiscales³. Mediante esta recomendación, el Consejo de la OCDE insta a los gobiernos a establecer medidas legislativas tendientes a evitar el fraude fiscal, facilitar y mejorar el intercambio de información entre administraciones fiscales para fomentar el combate al fraude fiscal y “confrontar experiencias” al respecto⁴. Así mismo, encontramos en esta recomendación el mandato que hace el Consejo de la OCDE a su Comité de Asuntos Fiscales para facilitar estos trabajos entre los países miembros.

Es importante hacer notar que la recomendación de 1977 se refería al fraude y evasión fiscal de manera genérica. No obstante, ya para 1982 el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE decide comenzar un estudio específicamente encaminado al análisis de los paraísos fiscales. De igual forma, el Comité Consultivo Económico e Industrial (BIAC), al que la OCDE solicitó su participación, emitió comentarios que fueron tomados en cuenta en el estudio de referencia.

Ya en materia del estudio mismo, es de hacer notar que el mismo reconoce que en ese momento no existía “un criterio único, claro y objetivo que permitiera identificar a un país como paraíso fiscal”⁵. Más importante aún es mencionar que el estudio hace un pri-

mer esfuerzo por establecer ciertos criterios que podrían ayudar a la identificación de los paraísos fiscales:

- 1) Ausencia o bajo nivel de imposición sobre ingresos, capital y transacciones.
- 2) Secreto bancario y comercial estricto.
- 3) Ausencia de control de cambios.
- 4) Importancia relativa del sector bancario.
- 5) Comunicaciones del sector bancario y financiero.
- 6) Ausencia de convenios fiscales o, de existir, sin intercambio efectivo de información.
- 7) Condiciones favorables para extranjeros⁶.

Así, la OCDE prevé un primer antecedente de lo que más adelante sería clave para la creación de la primera “lista negra” de la que nos ocuparemos más adelante. Por otro lado, el estudio, que en realidad consta de cuatro apartados, analiza las formas más comunes de utilización de los paraísos fiscales, el uso de estas jurisdicciones como “puente” para acceder a los beneficios de tratados fiscales, la legislación anti-paraíso existente en los países miembros de la OCDE en ese momento, el uso abusivo del secreto bancario, entre otros. No pretende el presente trabajo un análisis detallado de todo el estudio.

³ “L’Évasion et la Fraude. Quatre Études”, *Questiones de Fiscalité Internationale*, OCDE, París, 1987, p. 16.

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*, p. 21. Irónicamente, el estudio cita una frase emitida en 1984 por el Departamento del Tesoro de Estados Unidos.

⁶ *Ibíd.*, p. 24.

3. La Unión Europea: los informes Ruding y Primarolo

Otro antecedente importante en la “lucha del mundo” contra las prácticas fiscales desleales es, sin duda, los llamados “Informe Ruding” de 1992 (trabajos dirigidos por ONNO RUDING, antiguo ministro de Finanzas holandés) y el “Informe Primarolo” de 1999 (nombre otorgado en razón de DAWN PRIMAROLO, *Paymaster General* del Reino Unido, encargada del Comité del Código de Conducta de la Unión Europea en fiscalidad corporativa).

El primero de los informes señalados tiene una visión claramente comunitaria europea, es decir, centra sus estudios en las distorsiones que podrían generar los regímenes fiscales de un Estado miembro de la Unión Europea en los otros estados miembros; analiza si, de existir estas distorsiones, las fuerzas del mercado las compensarían, y revisa la forma como podrían eliminarse o mitigarse aquellas⁷. Entre los numerosos resultados y recomendaciones, para efectos de este trabajo vale la pena destacar que “para evitar una competencia fiscal excesiva” los estados miembros deberían establecer una tasa corporativa de impuestos a las utilidades de mínimo 30% y máximo 40%⁸. Además, se recomienda atacar las prácticas fiscales desleales por medio del llamado *soft law*⁹, específicamente el Código de Conducta.

En lo que respecta al “Informe Primarolo”, es este el antecedente más importante de la Unión Europea en materia de prácticas fiscales desleales. El Informe, que dio lugar al Código de Conducta, enlista las características para determinar si un régimen es “dañino” o preferencial:

- 1) Características *offshore*.
- 2) *Ring fencing* (regímenes que no aplican al mercado doméstico).
- 3) Falta de sustancia.
- 4) Falta de reglas *arm's length*.
- 5) Falta de transparencia¹⁰.

Además, el “Informe Primarolo” analiza 271 regímenes aplicables en estados miembros de la Unión Europea, sus dependencias y estados asociados¹¹. De ellos, 66 regímenes fueron catalogados como desleales, 40 de los cuales estaban en vigor en la Unión Europea, 23 en dependencias o estados asociados y 3 en Gibraltar¹². Evidentemente, varios de los países involucrados no estaban del todo conformes con la “intromisión” del grupo formado por PRIMAROLO para analizar sus legislaciones. Aun así, después de largas negociaciones, en 2003 se publica la lista de regímenes fiscales preferentes que deberán ser eliminados por los respectivos estados miembros¹³.

En este punto es importante hacer notar que el trabajo de la Unión Europea se re-

⁷ BEN J. M. TERRA y PETER J. WATTEL. *European Tax Law*, Fifth Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, p. 190.

⁸ *Ibid.*

⁹ Normas o principios no vinculantes.

¹⁰ BEN J. M. TERRA y P. J. WATTEL. *Ob. cit.*, p. 199.

¹¹ CLAUDIO M. RADAELLI. “The Code of Conduct Against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination Disguise”, *European University Institute Working Papers*, 2002.

¹² BEN J. M. TERRA y P. J. WATTEL. *Ob. cit.*, p. 200.

¹³ *Ibid.*, p. 201.

fiere a “régimenes fiscales preferenciales” y no a paraísos fiscales, labor esta última que continuaba (y continúa) en el ámbito de las legislaciones locales de los estados miembros. La diferencia esencial entre estos dos conceptos y estriba en el hecho de que por el primer concepto se entiende que solo una parte de un determinado régimen fiscal es nocivo para otros estados, cuando en el caso de los paraísos fiscales la totalidad de la legislación de una jurisdicción es dañina. No obstante, su inclusión en este documento responde a que, con algunas excepciones analíticas, ambos trabajos se encuentra íntimamente ligados.

4. Los reportes de 1998, 2000 y 2001 de la OCDE: el parteaguas

Tomando en consideración que la OCDE se compone en su mayoría por países que son miembros de la Unión Europea, es de esperarse que los trabajos efectuados por la una sean utilizados por la otra o, en el peor de los casos, que exista un alto grado de coordinación. Más aún, de conformidad con el artículo 13 de la Convención de la OCDE, la Comunidad Europea debe estar representada en el organismo internacional¹⁴.

El resultado del reporte de 1998, encomendado al Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en 1996, es clave hoy en materia de paraísos fiscales. Primero, se identifican los cuatro factores que determinan la existencia de un paraíso fiscal:

- 1) Impuestos nulos o nominales.
- 2) Falta de intercambio de información efectivo.
- 3) Falta de transparencia en el régimen fiscal.
- 4) Ausencia de actividades sustanciales¹⁵.

Así, de manera similar a lo llevado a cabo por la misma OCDE hacía más de una década, se emitía un documento que, con la excepción de las auto-explicativas abstenciones de Suiza y Luxemburgo, contaba con un respaldo más o menos global, al menos de los países de mayor influencia económica.

Aunado al trabajo de paraísos fiscales y de manera similar al trabajo de la Unión Europea, el reporte lista los factores esenciales en la determinación de régimenes fiscales preferentes. Para evitar repeticiones innecesarias, baste mencionar que la única diferencia con los criterios utilizados para los paraísos fiscales la constituye el cambio de “ausencia de actividad substancial” por *ring fencing*¹⁶ (ver “Informe Primarolo” arriba).

Todavía más interesante resultan las recomendaciones del reporte de 1998, y más específicamente la 15 y 16. La primera de ellas crea el Foro de Prácticas Desleales, dependiente del Comité de Asuntos Fiscales, que requiere a los miembros de la OCDE para que revisen en su legislación aquellos régimenes fiscales que pudieran ser considerados preferentes a la luz de los criterios mencionados en el párrafo anterior para

¹⁴ Ver en: [http://www.oecd.org/document/7/0,3343,en_2649_201185_1915847_1_1_1_1,00.html]. Consultado el 19 de noviembre de 2009.

¹⁵ Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue. OCDE, París, 1998, p. 23.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 27.

efectos de reportarlos al Foro en máximo dos años¹⁷. La recomendación 16 establece el mandato de dicho foro de crear una lista de paraísos fiscales, es decir, la primera “lista negra” consensuada, en un plazo de un año¹⁸. Finalmente, es importante mencionar que, aunque la recomendación 1 sugiere la implementación de reglas anti-paraíso (o legislación CFC-Controlled Foreign Corporations), no se prevén medidas coordinadas para contrarrestar a los paraísos fiscales.

A pesar del mandato original, las listas de regímenes fiscales preferentes y paraísos fiscales no se produjeron sino desde el reporte de 2000: el Foro de Prácticas Desleales, creado a partir del reporte de 1998, determinó que existían 47 regímenes potencialmente preferentes entre sus países miembros¹⁹, a los que instó a eliminarlos o modificar lo potencialmente nocivo a más tardar el 31 de diciembre de 2005. Así mismo, enlistó 35 países como “paraísos fiscales”²⁰.

No es de extrañar que muchos de los países o jurisdicciones que figuraban en esa lista de paraísos fiscales eran dependencias o territorios asociados de varios de los países miembros de la OCDE. Tampoco debería asombrarnos, por lo tanto, que la realidad era que los paraísos fiscales estaban siendo utilizados incluso por grandes empresas precisamente de esos países miembros: “[d]urante años, el campeonato automovilístico de la Fórmula 1 ha sido gestionado a tra-

vés de un entramado de ‘trusts’, sociedades ‘holding’ e instrumentales domiciliadas en Liechtenstein y en Jersey”²¹. En otras palabras, la OCDE estaba ahora atacando lo que sus propios miembros habían creado.

Una vez con la lista de paraísos fiscales, se instó a sus gobiernos a llevar a cabo un “compromiso político” de eliminar sus características fiscales nocivas o desleales a más tardar el 31 de julio de 2001 o, de lo contrario, sería incluida en la lista de “jurisdicciones no-cooperantes”.

Ya para el reporte de 2001, cinco jurisdicciones habían formulado sus compromisos políticos y, por tanto, pasaban a ser “jurisdicciones cooperantes” (la OCDE siempre ha cuidado la corrección en sus expresiones). Sin embargo, lo que consideramos más relevante del reporte de este año es que, a pesar de que el reporte de 1998 estableció cuatro criterios para la determinación de una jurisdicción como paraíso fiscal, el Foro de Prácticas Desleales determina que es suficiente que los compromisos políticos se hagan únicamente en materia de intercambio de información y transparencia. Las razones, como muchos otros asuntos tratados por la OCDE, no se explican en el documento.

Finalmente, resulta curioso que en este reporte aparezca una nueva figura: el “Foro Global”²², grupo cuya existencia era desconocida hasta entonces y cuyo principal objetivo es incorporar a jurisdicciones no-

¹⁷ *Ibíd.*, p. 56.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 57.

¹⁹ Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs, OCDE, París, 2000, pp. 12 a 14.

²⁰ *Ibíd.*, p. 17. Algunos países, aunque fueron analizados, no se incluyeron porque no cumplieron con los criterios o porque se comprometieron a eliminar sus prácticas nocivas.

²¹ JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ SELVA. *Ob. cit.*, p. 33.

²² The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2001 Progress Report, OCDE, París, 2001, p. 7.

miembros de la OCDE a los trabajos en materia de paraísos fiscales. Aunque no existen fuentes documentadas al respecto (las discusiones de la OCDE no son públicas), todo parece indicar que la creación de este foro se debió al descontento de las jurisdicciones que, bajo la lupa *inculpadora* de la OCDE, estaban siendo duramente analizadas y señaladas. No olvidemos el origen de la mayoría de las legislaciones que tan duramente castigaba el Foro de Prácticas Desleales...

II. Los tiempos recientes y la situación actual en la OCDE

1. El reporte de 2004 de la OCDE

Después del reporte de 2001 la OCDE entró en un marasmo en el que pocas cosas sucedieron o al menos poco se sabe de ellas. No fue sino en 2004 cuando el Foro de Prácticas Desleales emitió un nuevo reporte, del cual se rescatan solo un par de cuestiones. De golpe, la totalidad de los regímenes potencialmente desleales de los países miembros, o ya no lo eran o nunca lo fueron. El reporte de 2004, una vez más, omite señalar las discusiones al respecto, y se limita a presentar un cuadro en el que se establece cuáles regímenes fueron abolidos, cuáles modificados para eliminar su nocividad y, finalmente, los que eran desleales, aunque evidentemente este espacio quedó en blanco²³.

Por otro lado, desaparece de la nomenclatura el capítulo relacionado con los paraísos fiscales. En su lugar aparecen unos “socios

participantes” (*participating partners*), expresión referida a los paraísos fiscales que se han comprometido ante la OCDE y los propios países miembros de dicha organización. Se menciona también el *éxito* que ha tenido la iniciativa de solicitar compromisos a las jurisdicciones listadas en el reporte del 2000 (sólo Liechtenstein, Mónaco y Andorra eran considerados países no-cooperantes).

En este orden de ideas, se puede notar cómo el trabajo de la OCDE se fue difuminando. Si se le pregunta el porqué a los representantes de los países miembros, probablemente responderían que se debe al cumplimiento de las metas trazadas, aunque la realidad era que las operaciones seguían (y siguen) pasando por muchas de las jurisdicciones “comprometidas”.

2. El detonante: el caso UBS

Hasta este momento hemos analizado, aunque de manera sucinta, cuestiones estrictamente técnico-fiscales, mayormente derivadas de trabajos de la OCDE. Irónicamente, es el caso del banco suizo UBS el que trajo consigo importantes cambios en el mundo de los paraísos fiscales.

En junio de 2008, el ex-banquero de UBS, BRADLEY BIRKENFELD se declaró culpable de haber ayudado al multimillonario californiano IGOR M. OLENICOFF a ocultar unos 200 millones de dólares del fisco estadounidense por medio de cuentas no reportadas que se mantenían en el banco suizo²⁴. OLENICOFF, quien a su vez demandó a UBS, llegó a un

²³ The OECD's Project on Harmful Tax Practices: the 2004 Progress Report, OCDE, París, 2004, pp. 7 a 9.

²⁴ Fuente: [http://www.forbes.com/2008/09/17/ubs-olenicoff-suit-face-markets-cz_jn_0917autofacescan01.html]. Consultado el 20 de noviembre de 2009.

acuerdo con la Hacienda de Estados Unidos por una cantidad indeterminada. A partir de ese momento, tanto el *Internal Revenue Service* (fisco americano) como el Departamento de Justicia de ese país ejercieron gran presión sobre el gobierno suizo y el estricto secreto bancario que allí rige.

La presión rindió frutos: el gobierno suizo accedió a intermediar en un convenio, en el que se facilitarían los datos de unas 4.450 mantenidas y no reportadas por ciudadanos americanos en UBS²⁵. Así mismo, otros bancos de importancia como Credit Suisse y HSBC notificaron a sus clientes de Estados Unidos que deberían cerrar sus cuentas bancarias o transferir los fondos a instituciones bancarias que llevaran a cabo actividades en Estados Unidos²⁶.

Los acontecimientos en Estados Unidos dieron a la OCDE nuevos bríos. Uno de los países que, conjuntamente con Liechtenstein y Andorra, todavía se resistía a la adopción de estándares internacionalmente reconocidos de intercambio de información, había cedido. El impacto fue de mucha trascendencia, como se verá en el siguiente apartado.

3. Los reportes del Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información y el reporte al G-20

En abril de 2009, la OCDE emitió en el reporte 2009 los resultados del “Foro Global” citado. En él se establecen cuatro categorías: (i) países que han adoptado sustancialmente los estándares de transparencia e intercambio de información; (ii) países que no cuentan con ellos, pero que se han comprometido a hacerlo; (iii) “otros centros financieros”; y (iv) jurisdicciones que no se han comprometido a incorporar los estándares en su legislación. No es sorpresa que la OCDE, en su eterno cuidado de las formas, incluyera a Suiza en la categoría de “otros centros financieros”, no obstante la sabida tradición de estricto secreto bancario y ningún tratado de intercambio de información fiscal²⁷.

En septiembre de 2009, el “Foro Global” se reúne nuevamente y, como resultado de sus trabajos, se publica un reporte al Grupo de los 20²⁸. Entre los asuntos que vale la pena destacar, la OCDE informa al G-20 que todos los países participantes han aceptado los estándares internacionales pactados y que los cuatro países (entre ellos Suiza) que mantenían reservas al artículo 26 del convenio-modelo de la OCDE, las habían retirado. Finalmente, se menciona que Suiza había firmado cinco tratados de intercambio de

²⁵ Fuente: [<http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2009/08/22/BUI519BTVD.DTL>]. Consultado el 20 de noviembre de 2009. En realidad, el Departamento de Justicia solicitó información de aproximadamente 52.000 cuentas.

²⁶ Fuente: [http://www.usatoday.com/money/industries/banking/2009-07-12-ubs-secrecy-case_N.htm]. Consultado el 20 de noviembre de 2009.

²⁷ [<http://www.oecd.org/dataoecd/38/14/42497950.pdf>]. Consultado el 20 de noviembre de 2009.

²⁸ [<http://www.oecd.org/dataoecd/43/57/43775637.pdf>]. Consultado el 20 de noviembre de 2009.

información tributaria e iniciado otros diez²⁹. Así, de manera absolutamente sorprendente, en octubre del mismo año la OCDE emitió un nuevo reporte 2009, en el que Suiza dio el salto de “otros centros financieros” a “países que han adoptado sustancialmente los estándares de transparencia e intercambio de información”³⁰.

Como se puede apreciar, en un momento nos encontramos con la ausencia absoluta de “chicos malos”. Con la emisión del reporte al G-20, la OCDE da la impresión de que no existen ya jurisdicciones que representen un peligro a las economías cuyos residentes utilizaban para ocultar ciertos capitales. Todo parece indicar que el caso UBS en Estados Unidos fue un aviso lo suficientemente fuerte y claro para el resto del mundo³¹. No deja de sorprender que un escándalo inicialmente bancario haya logrado mejores resultados que los esfuerzos conjuntos del “Foro Global” durante toda su breve existencia.

III. Consecuencias en la legislación local de los estados que adoptan las “medidas defensivas anti-paraísos fiscales”

1. Generalidades

Como se mencionó al comienzo de este trabajo, desde 1998 la OCDE recomendó a sus países miembros que incluyeran reglas CFC en sus legislaciones. Además, el reporte de 2000 es más incisivo al recomendar una serie de medidas anti-abuso que, conjunta-

mente con las reglas CFC, encarecerían el uso de los paraísos fiscales o regímenes fiscales desleales.

Con la finalidad de desalentar el uso de paraísos fiscales o regímenes fiscales preferenciales, los países que incluyen este tipo de legislación tienden a “transparentar” los ingresos obtenidos en el extranjero, por medio de construcciones jurídicas creadas al efecto, y obliga a los residentes “dueños” o beneficiarios de estas construcciones, a acumular y reportar los ingresos obtenidos indirectamente. En otras palabras, los regímenes anti-abuso miran la realidad económica de las transacciones sin tomar en cuenta su realidad jurídica y evitan el diferimiento del impuesto que, de haberse obtenido el ingreso directamente, se tendría que pagar en el Estado de que se trate. La forma en la que operan los mecanismos puede ser discutible, ya que se basa en suposiciones pre-diseñadas. En el siguiente apartado revisaremos las formas que pueden tomar estas legislaciones.

2. Legislación territorial vs legislación transaccional

Las legislaciones anti-abuso que se han incorporado en diferentes jurisdicciones, generalmente, adoptan la forma de listas (legislación territorial o jurisdiccional) que pueden ser “negras” (los “chicos malos”), “blancas” (los “chicos buenos”) o “grises” (dependiendo del régimen, pueden ser “buenos” o “malos”) o cuentan con criterios objetivos

²⁹ *Ibíd.*, p. 3.

³⁰ [<http://www.oecd.org/dataoecd/38/14/42497950.pdf>]. Consultado el 20 de noviembre de 2009.

³¹ Conjuntamente con el escándalo en el que el fisco alemán adquirió información de cuentas que algunos residentes alemanes mantenían en Liechtenstein sin reportar.

(legislación transaccional)³². Lo anterior no es obstáculo para que algunas jurisdicciones, como la italiana, cuenten con una combinación de listas³³. Otros países, como España y Portugal, optan por el sistema “simple” de la “lista negra”³⁴. Por el contrario, países como Suecia y el Reino Unido incorporan en su legislación “listas blancas”³⁵, que incluyen aquellos países con una tributación considerada “apropiada”.

No obstante la cantidad de países que cuentan con legislaciones anti-paraíso de tipo territorial, todo parece indicar que la tendencia es moverse hacia la transaccional. Bajo este supuesto, el análisis de la aplicación de las normas debe hacerse individualmente, sin importar la jurisdicción en donde se llevan a cabo las actividades. A manera de ejemplo, países como Dinamarca o Alemania prevén que las reglas anti-diferimiento se activarán si la subsidiaria controlada, situada en el extranjero, se encuentra sujeta a un gravamen de menos del 22.5% y 25%, respectivamente³⁶. En cualquier caso, lo cierto es que cada vez más países cuentan con legislación que les permite “castigar” el uso de paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes.

3. La Organización Mundial de Comercio: compatibilidad de la legislación anti-paraísos fiscales con principios comerciales

Aunque la Organización Mundial de Comercio (OMC) no ha confrontado directamente a países que han incluido en su legislación las listas antes citadas, existe literatura que considera que las medidas anti-paraíso fiscal pueden resultar violatorias del principio de “nación más favorecida” contenido en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios³⁷, ejes fundamentales de la OMC.

A manera de ejemplo, en 2001 Panamá, incluido en la lista de paraísos fiscales de la Ley del Impuesto sobre la Renta mexicana, amenazó con iniciar un procedimiento de resolución de controversias contra México³⁸. La base de tal amenaza consistía en que el gobierno panameño consideraba que dicha inclusión en la “lista negra” mexicana atentaba contra los servicios prestados en ese país, cuando ello no sucedía con otros países no-listados de la OMC. En otras palabras, los panameños consideraban que sus servicios eran discriminados a través de la legislación anti-paraíso vigente en México en ese entonces.

³² Para un análisis más detallado del tema, véase: “Limits on the Use of Low-Tax Regimes by Multinational Businesses: Current Measures and Emerging Trends”, *International Fiscal Association*. Kluwer Law International, 2002.

³³ MARÍA FLAVIA AMBROSIANO y MARÍA SERENA CAROPPO. “Eliminating Harmful Tax Practices in Tax Havens: Defensive Measures by Major EU Countries and Tax Havens Reforms”. *Canadian Tax Journal* 2005, vol. 53, n.º 3, p. 702.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*, p. 703.

³⁶ *Ibíd.*, p. 699.

³⁷ SERVAAS VAN THIEL, en MICHAEL LANG et al. *WTO and Direct Taxation*. Viena Linde Verlag, 2005. pp. 22 y 23.

³⁸ SANTIAGO SOLÓRZANO, en MICHAEL LANG. *Ob. cit.*, p. 481.

Las razones que, aparentemente, empujaron al gobierno de Panamá a ejercer presión sobre México obedecen a la presión que a su vez la OCDE ejercía sobre los paraísos fiscales que no se habían comprometido a eliminar sus prácticas fiscales desleales. La amenaza quedó en eso y no se instaló el panel de resolución de controversias. Panamá se comprometió ante la OCDE en 2002³⁹.

Como puede verse en las líneas que anteceden, no existe certeza alguna respecto a la incompatibilidad de la legislación anti-paraísos fiscales y los principios rectores de la OMC. No obstante, existen elementos para que el tema resurja en cualquier momento.

IV. Posición de la OCDE-compatibilidad entre la aplicación de legislación anti-paraísos fiscales y tratados fiscales

1. El reporte “Tax Treaty Override” de 1989

Como último tema de este trabajo trataremos de manera breve la interacción entre los tratados fiscales, instrumentos de derecho internacional público que obligan a los estados que los firman, y la legislación anti-paraíso fiscal (o reglas CFC, según sea el caso). Empezaremos citando el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Artículo 27. -Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del

incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 46”.

Como se desprende de la transcripción, el texto de la Convención de Viena es tajante: un Estado parte de un convenio fiscal *debe* cumplir con las obligaciones adquiridas a partir del mismo, lo que necesariamente implica que no *debería* invocar justificaciones basadas en su propia legislación para su incumplimiento. Adicionalmente, es de hacer notar que el artículo 27 de la Convención de Viena fue ubicado de manera estratégica, justamente después del artículo relativo a la buena fe de las partes de un tratado al celebrarlo; es decir, el *pacta sunt servanda*, la obligación de cumplir lo pactado.

La visión de la OCDE al respecto es clara: no existe conflicto entre la legislación anti-abuso y los tratados fiscales en vigor, por lo que dicha legislación puede aplicarse sin perjuicio de los convenios tributarios⁴⁰. Sin embargo, como se verá, la situación no siempre ha sido así para la OCDE.

En 1989, la OCDE publicó el *Tax Treaty Override*⁴¹. Aunque breve, el estudio establece que la “legislación doméstica (subsecuente a la firma o de cualquier otro tipo) u otras razones no pueden de manera alguna afectar la existencia continua de esa obligación internacional⁴²” (traducción del autor). Continúa el estudio: “si la falta de cumplimiento consiste en la adopción por una de las contrapartes, de legislación que viola obliga-

³⁹ Compromiso visible en: [<http://www.oecd.org/dataoecd/60/17/2082504.pdf>]. Consultado el 20 de noviembre de 2009.

⁴⁰ “OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version-2008”, IBFD, Amsterdam, 2008. Comentario al artículo 1, párrafos 9.2, 22.1 y 23. Esta posición e incluso anterior a 2003, aunque se reconocían visiones diferentes entre los países miembros.

⁴¹ “Tax Treaty Override”. OECD, loose-leaf edition, 2000.

⁴² *Ibíd.*, párrafo 12.

ciones del tratado, el derecho internacional otorga a la otra parte el derecho de requerir la abrogación o, al menos, la no-aplicación de dicha legislación⁴³ (traducción del autor). Hasta este momento la OCDE guardaba cierta coherencia con los fundamentales principios de derecho internacional público.

2. Los comentarios al convenio-modelo antes y después de las modificaciones de 2003

Por lo que hace a los comentarios al convenio-modelo de la OCDE, cuya eficacia jurídica, al menos para este autor, es escasa, cambiaron radicalmente con las modificaciones realizadas por la OCDE en 2003. Hasta ese año, el comentario al artículo 1 recogía los principios de ambos lados de la moneda: el de la mayoría de los países miembros de la OCDE, que consideraba la aplicación de medidas anti-abuso como compatible con los tratados fiscales, y el de la minoría, que consideraba que ello resultaba violatorio de los más básicos principios de derecho internacional público. En el mejor de los casos —como diría ARNOLD— “el comentario anterior no era claro”⁴⁴.

Con los cambios efectuados en 2003, el comentario al artículo 1 del convenio-modelo elimina la posición de la “disidencia” y se limita a establecer que las reglas generales anti-abuso y las reglas CFC son compatibles con los tratados fiscales. Sin embargo, cabe mencionar que el mismo comentario jus-

tificó la posición de seis países miembros de la OCDE (Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Portugal y Suiza), contraria a lo introducido en el comentario al artículo 1, por diferentes razones, fueron incluidas a manera de observaciones⁴⁵.

Probablemente no sea este el espacio para discutir las razones que llevaron a la OCDE a dar un giro en su posición respecto a la interacción entre las cláusulas anti-abuso o reglas CFC y los tratados fiscales. Baste por el momento dejar claro que la misma organización que formuló una posición medianamente coherente con principios de derecho internacional público de repente dio un giro virtualmente en contra de sí misma.

3. Postura personal

La interacción entre los tratados fiscales y las reglas anti-abuso o CFC es un tema que, poco a poco, se ha ventilado en los tribunales de diferentes países. A la fecha de este trabajo, el tema se había puesto en la mesa de tribunales de Alemania, Francia, Finlandia, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá⁴⁶. Debo reconocer que en la mayoría de los casos, los tribunales han considerado que no existe una sobreposición de las reglas anti-abuso o reglas CFC a los tratados fiscales. No obstante, el hecho mismo de que exista un creciente número de casos en el mundo es indicativo de que la controversia es real.

En lo personal, debo comenzar por aclarar que, en caso de otorgársele algún valor a los

⁴³ *Ibíd.*, párrafo 21.

⁴⁴ BRIAN J. ARNOLD. “Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model”. *Bulletin-Tax Treaty Monitor*, IBFD, June, 2004, p. 246.

⁴⁵ “OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version-2008”, IBFD, Amsterdam, 2008. Comentario al artículo 1, párrafos 27.4 a 27.9.

⁴⁶ Para un análisis de estas decisiones, véase NATHALIE GOYETTE. “Tax Treaty Abuse: A second Look”. *Canadian Tax Journal*, vol. 51, n.º 2, 2003, pp. 785 a 797.

comentarios de la OCDE, soy un ferviente seguidor de la interpretación *estática* de los comentarios al convenio-modelo de la OCDE. Esto les restaría importancia a los cambios al comentario del artículo 1 del convenio-modelo, al menos para aquellos tratados firmados con anterioridad a 2003.

En lo relativo a los tratados firmados con posterioridad a 2003, es importante conocer qué enfoque siguen los países que interpretan esos tratados: en caso de darle un peso interpretativo importante a los comentarios al convenio-modelo de la OCDE, la controversia surge de inmediato. Si, por el contrario, el peso interpretativo es menor, el problema se disuelve proporcionalmente, ya que lo que la OCDE prevea o deje de prever es de poca importancia.

Finalmente, habría también que diferenciar entre aquellos países que aplican su legislación anti-abuso o reglas CFC apoyados simplemente en los comentarios al convenio-modelo de la OCDE, en cuyo caso volveríamos al supuesto mencionado en el párrafo anterior, y aquellos países que lo hacen por virtud de una cláusula incluida en el tratado fiscal que se interprete. En este último caso la situación varía y se vuelve más compleja, ya que esos países defienden su posición en el *pacta sunt servanda*⁴⁷. Restaría analizar si el abuso que desean proteger no da lugar al abuso de los principios de derecho internacional público...

V. Reflexiones finales

Como se dijo al comienzo de este trabajo, el tema de los paraísos fiscales puede llegar

a ser de tintes amarillistas. Bajo el argumento de la erosión en la base fiscal, es claro que las organizaciones internacionales como la OCDE o países miembros de la Comunidad Europea no gustan del todo que sus residentes fiscales hagan uso de estructuras basadas en jurisdicciones o regímenes de baja o nula imposición. No obstante, cabría revisar *quiénes* fueron los creadores de los *monstruos* que con tanta fiereza se atacan.

En el plano jurídico-fiscal la sola existencia de los paraísos fiscales (o de los regímenes fiscales preferentes) ha dado lugar a un gran número de legislaciones, recomendaciones, *soft law* y demás normas de mayor o menor importancia. Es probablemente la OCDE la entidad que mayores documentos y trabajos ha realizado, muchas veces con desafortunados resultados (al menos para los contribuyentes. No olvidemos que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE se compone de los fiscos de sus países miembros).

Aunque reconozco que la utilización de paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes puede ser dañina para las economías de los países, vale la pena ser claros: en la práctica se sigue haciendo uso de ellos e inclusive hay una tendencia a regresar a esquemas fiscales en países desarrollados. Así, los esfuerzos políticos se quedarán en eso: en esfuerzos. Lo lamentable es que, al menos para el mundo jurídico, se pasen por alto principios fundamentales de derecho y sean *abusados* al extremo de hacerlos inaplicables, siempre con la justificación de la neutralidad fiscal.

⁴⁷ Para un análisis de este tema, véase BRIAN J. ARNOLD y STEF VAN WEEGHEL. "The Relationship Between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures", en GUGLIELMO MAISTO (ed.). *Tax Treaties and Domestic Law*. IBFD, Amsterdam, 2006, pp. 99 y 100.

Bibliografía

Libros

CHAMBOST, EDOUARD. *Los Paraísos Fiscales*, Ediciones Pirámide, 1982.

LANG, MICHAEL et al. *WTO and Direct Taxation*. Linde Verlag, Viena, 2005.

MAISTO, GUGLIELMO (Ed.). *Tax Treaties and Domestic Law*. IBFD, Amsterdam. 2006

MARTÍNEZ SELVA, JOSÉ MARÍA. *Los paraísos fiscales. uso de las jurisdicciones de baja imposición*. Madrid, Editorial DIJUSA, 2005.

TERRA, BEN J.M. y WATTEL, PETER J. *European Tax Law*, fifth edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.

Artículos

AMBROSIANO, MARÍA FLAVIA y CAROPPO, MARÍA SERENA. “Eliminating Harmful Tax Practices in Tax Havens: Defensive Measures by Major EU Countries and Tax Havens Reforms”, *Canadian Tax Journal*, vol. 53, n.º 3, 2005.

ARNOLD, BRIAN J. “Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model”. *Bulletin-Tax Treaty Monitor*, IBFD, June, 2004.

GOYETTE, NATHALIE. “Tax Treaty Abuse: A second Look”, *Canadian Tax Journal*, vol. 51, n.º 2, 2003.

RADAELLI, CLAUDIO M. “The Code of Conduct Against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination Disguise”, *Working Papers*. European University Institute, 2002.

Documentos de la OCDE

“Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue”. OCDE, Paris, 1998.

“L'évasion et la Fraude. Quatre Études”. *Questiones de Fiscalité Internationale*, OCDE, Paris, 1987.

“Limits on the Use of Low-Tax Regimes by Multinational Businesses: Current Measures and Emerging Trends”, *International Fiscal Association*. Kluwer Law International, 2002.

“OECD Model Tax Convention on Income and on Capital”. Condensed Version-2008, IBFD, Amsterdam, 2008.

“Tax Treaty Override”. OECD, loose-leaf edition, 2000.

“The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2001 Progress Report”, Paris, OCDE, 2001.

“The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: the 2004 Progress Report”, Paris, OCDE, 2004.

“Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs”, Paris, OCDE, 2000.

Sitios web

www.forbes.com

www.ifa.nl

www.ibfd.nl

www.oecd.org

www.sfgate.com

www.upf.edu

www.usatoday.com
