

# La nueva definición de paraísos fiscales ¿el fin de los listados reglamentarios?.

BIB 2015\2487

**Miguel Ángel, Sánchez Huete.** Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Barcelona

Publicación:

Revista Quincena Fiscal num.13/2015

Editorial Aranzadi, S.A.U.

## 1. Fraude, contribución y paraísos fiscales

El objeto del presente estudio es el análisis de la nueva definición de paraísos fiscales que se contiene en la [Ley 26/2014, de 27 de noviembre](#), por la que se modifican la [Ley 35/2006, de 28 de noviembre](#), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el [Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo](#) y otras normas tributarias. Dentro de la imprecisa y genérica mención a «otras normas tributarias» se modifica, mediante la Disposición final segunda, la Disposición adicional primera de la [Ley 36/2006, de 29 de noviembre](#), de medidas para la prevención del fraude fiscal, que contiene la definición de paraíso fiscal, de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria. Resulta una regulación que ocupa un lugar accesorio, no tan sólo por ubicarse en una Disposición final<sup>1</sup>, sino por constituir un contenido ajeno al objeto principal de la Ley 26/2014. Es también una modificación silente y sorpresiva que contraría las previsiones del art. 9 de la [LGT](#) que demandan la clara mención de las modificaciones en el título de la ley<sup>2</sup>. Si bien resulta tan frecuente dicho incumplimiento que a pocos nos extraña ya tal proceder; aspecto que resulta más inquietante aún. La certeza de la norma tributaria resulta, cada vez más, un bien –en tanto valor de la ética pública y principio constitucionalizado– evanescente y escaso.

<sup>1</sup> De acuerdo a las directrices de técnica normativa las Disposiciones finales contienen preceptos que modifican el derecho vigente cuando la modificación no sea objeto principal, cuando tal modificación posea un carácter excepcional. (Ver la [Resolución de 28 de julio de 2005](#), de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa).

<sup>2</sup> Al margen de afectar a los principios de buena regulación reconocidos en el art. 4 de la [Ley 2/2011, de 4 de marzo](#), de Economía Sostenible.

En tal orientación la Exposición de Motivos de la Ley 26/2014 no justifica directamente la nueva regulación, se limita a resumir el contenido de la misma<sup>3</sup>. En tales menciones ya se apuntan dos aspectos a tener presente en el concepto que pretendemos estudiar: la confluencia de esfuerzos y normativas nacionales e internacionales para su erradicación; y el peculiar papel que desempeñan los organismos internacionales –el Foro Global– en la determinación de los paraísos fiscales. Pero antes de analizar su concepto conviene ubicar el fenómeno y su régimen jurídico.

<sup>3</sup> Afirma: «[...] se modifican los criterios que se pueden tener en cuenta para considerar que un determinado país o jurisdicción tenga la consideración de paraíso fiscal, incluyendo tanto la existencia de un intercambio de información efectivo como los resultados de las evaluaciones inter partes realizados por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información. La lista de paraísos se regulará reglamentariamente y se prevé de manera expresa la posibilidad de su actualización».

### 1.1. Una realidad indeseable

La importancia de los territorios considerados con el equívoco nombre de paraísos fiscales no se reduce al ámbito de la fiscalidad. Su existencia afecta a múltiples sectores en donde la falta de información resulta nociva, con ellos se busca escapar de los controles del país de origen respecto de los movimientos financieros, se busca ocultar el origen delictivo de los bienes y, sobre todo, se utilizan para dejar de tributar por la riqueza que se posee. La interrelación entre paraísos fiscales,

evasión tributaria, y dinero procedente de la delincuencia organizada, evidencia claramente la necesidad de una lucha global y transversal contra dicho fenómeno<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo se habla de que «Precisamente es en el tema de la lucha global donde se plantea el problema de los paraísos fiscales, que atraen la atención únicamente cuando se habla de evasión. Así, permanece en la sombra el problema del dinero perteneciente a la delincuencia organizada o destinado a la financiación del terrorismo» (Dictamen COM(2009) 201 final del Comité Económico y Social Europeo de 17.12.2009. *Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal*). Sobre el análisis del fenómeno de los paraísos fiscales, su impacto económico y propuestas sobre los mismos ver Informe Oxfam Intermón: *La Ilusión Fiscal. Demasiadas sombras en la fiscalidad de las grandes empresas*. nº 36, marzo 2015.

Los paraísos fiscales generan opacidades que no favorecen comportamientos éticos y respetuosos de las normas jurídicas. Esto ha llevado a que desde el ámbito internacional exista una creciente preocupación por la temática. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en el primer informe derivado del Foro sobre prácticas fiscales perjudiciales, estableció los criterios para determinar las jurisdicciones consideradas paraísos fiscales señalando, además, recomendaciones no vinculantes para su erradicación<sup>5</sup>. La Unión Europea, en la medida que los territorios considerados como paraísos fiscales generan una competencia perniciosa que altera la libre circulación, los consideran nocivos. La Comisión habla de los paraísos fiscales como territorios que no cumplen las normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal y que generan perjuicios, por la merma de bases impositivas que originan, por el peligro que suponen para la equidad de las condiciones de competitividad de las empresas, y por las distorsiones ocasionadas en el mercado interior<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Informe del Comité de 20 de enero de 1998. *Competencia fiscal perjudicial. Un problema global*. OCDE. Paris.

<sup>6</sup> Comunicación COM(2012) 722/2, de la Comisión de 6.12.2012. *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, pág. 6. También ver Comunicación COM (97) 495 final, de la Comisión de 01.10.1997. *Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas*.

La realidad de los paraísos fiscales se ubica en un escenario en el que los Estados, con sus normas tributarias, pretenden influir en las decisiones de los agentes económicos para determinar la sede de sus actividades. Se lleva a cabo una actividad competitiva a través de las exigencias tributarias, ya sea disminuyendo la carga tributaria, o ya sea atenuando las obligaciones de información o colaboración con la finalidad de atraer actividades económicas gravables y así incrementar la recaudación. La competencia fiscal origina una disputa a la baja en el gravamen tributario en donde el legislador comunitario se ha visto en la necesidad de intervenir denunciando una «competencia fiscal perniciosa», una suerte de competencia desleal. El Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas la define como aquella que influye o puede influir de forma significativa en la radicación de la actividad empresarial dentro de la Comunidad, estableciendo un nivel impositivo notablemente inferior al que se suele aplicar en el Estado miembro afectado<sup>7</sup>. Esta competencia perjudicial –lesiva u hostil– implica buscar una ventaja en la fiscalidad con la intención de atraer inversores y actividades económicas en perjuicio de otros Estados<sup>8</sup>. Tales comportamientos se identifican, sobre todo, por los medios que se emplean para obtener tal ventaja, pues son desproporcionados e inadecuados.

<sup>7</sup> Comunicación COM(2009) 201 final de la Comisión de 28.4.2004. *Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal*.

<sup>8</sup> Ver a este respecto Chico De La Cámara, Pablo, «Los límites difusos entre la competencia fiscal “lesiva” y “beneficiosa”: Una reflexión sobre la necesidad de armonizar la imposición directa», en Collado Yurrita, Miguel Ángel. (Dir.), *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, Ed. Colex, Madrid, 2005 y Vallejo Chamorro, José M<sup>a</sup>, «La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea», *Revista de economía*, nº 825, 2005.

Muchos de los argumentos y medidas contra los paraísos fiscales se justifican más por la lesión a la competencia fiscal entre Estados, que por los valores y deberes que frecuentemente se lesionan con el uso de tales territorios. Sin duda la asepsia de la recaudación –sobre todo en contextos internacionales– soslaya la carga moral que conlleva el hablar del quebranto de los mandatos normativos y del comportamiento ético. Lo anterior no puede obviar que la existencia de los paraísos fiscales implica una cierta cooperación por omisión u acción, o por la conjunción de ambas, en la ocultación de rentas o en la creación de negocios artificiosos<sup>9</sup>. También el privar a un Estado, mediante ubicaciones artificiosa de los recursos tributarios de sus contribuyentes, supone un perjuicio no sólo a su recaudación sino, indirectamente, al nivel de servicios públicos y

prestaciones sociales, concretamente a los derechos de carácter prestacional de sus conciudadanos.

<sup>9</sup> En tal orientación Rosembuj, habla de la competencia lesiva como resultado de la evasión y elusión en Rosembuj, Túlio, «La competencia fiscal lesiva», *Impuestos*, nº 3, 1999, p. 17.

Los actuales escenarios de libre circulación y globalización económica hacen necesario hablar de una corresponsabilidad de los Estados en la fijación de sus tributos, y en la colaboración que prestan a otros para su determinación y recaudación. Si bien los Estados tienen el poder soberano para establecer sus tributos, éste no puede ser utilizado en perjuicio de terceros, y su comportamiento no puede obstaculizar la exacción de los tributos ajenos. Los Estados no pueden dejar de colaborar informativamente y señalar un menor gravamen para atraer residentes/contribuyentes ignorando que éstos pueden beneficiarse por los bienes colectivos –servicios, infraestructuras, medio ambiente...– procurados por otros Estados. El no intercambio de información supone alentar conductas que permiten beneficiarse «sin contrapartida» de los bienes colectivos generados en otros de fiscalidad normal<sup>10</sup>. Tal situación, además de lesiva directamente para la recaudación e indirectamente para la prestación de servicios, resulta moralmente injusta.

<sup>10</sup> Ver Malherbe, Jacques: «Competencia fiscal perjudicial y paraísos fiscales». *Quincena fiscal*, nº 5. 2001. Dicho autor analiza los informes de la OCDE: «Competencia fiscal perjudicial: un problema mundial» de 1998 y «Hacia una cooperación fiscal global, progreso de la identificación y la eliminación de prácticas fiscales perjudiciales» de 2000; y el Código de conducta en el ámbito de la fiscalidad de las empresas de 6 enero de 1998 C2/1 en donde pone de relieve algunas medidas fiscales perjudiciales.

La lesión de tal corresponsabilidad resulta visible en las prácticas de opacidad fiscal de los territorios considerados paraísos fiscales, en la medida que sus residentes pueden beneficiarse de servicios, del gasto efectuado por otros Estados por los que transitan o negocian. En definitiva, el esfuerzo de unos no puede ser aprovechado egoísta y abusivamente por otros que buscan minimizar el suyo, o no efectuar un gasto equiparable. De ahí que conviene ser especialmente cauteloso con aquellas fuentes de renta especialmente movibles; cautelas que han de traducirse en normas con una función preventiva de conductas indeseadas, peligrosas o lesivas.

## 1.2. Las normas preventivas tributarias

Respecto de conductas que se consideran de riesgo para el orden establecido, antes de la represión causante de la lesión al orden social, se arbitran medidas jurídicas de prevención. Son normas con una función de control cuya existencia conlleva una ampliación de los espacios del Estado para efectuar funciones de vigilancia e injerencia en la vida de los particulares. La función preventiva apuntada se encuentra en diversas disciplinas y ámbitos normativos<sup>11</sup>, y de manera muy acusada en el Derecho Tributario, tanto por el objeto económico de regulación –los flujos de tales ingresos del Estado–, como por la versatilidad que adoptan las diversas formas de planificación fiscal que demandan a los poderes públicos ciertas cautelas. Cabe señalar que las normas preventivas o disuasorias del fraude no se regulan de manera autónoma y en un corpus jurídico propio, sino que se contiene en diversas normas, ya sean generales, como la Ley General Tributaria, o ya sean específicas como las previstas en las normas que regulan los diversos impuestos.

<sup>11</sup> Singularmente, en la materia relativa al blanqueo de capitales se aprecia un gran crecimiento de mecanismos normativos de control con una función preventiva. Con ellos se pretende atajar situaciones susceptibles de generar un riesgo para el orden económico establecido, buena muestra de ello es regulación específica efectuada por la [Ley 10/2010, de 28 de abril](#), de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

En tal sentido se ha de tener presente que las normas tributarias cumplen funciones diversas: de fomento, de prevención y de corrección. Las funciones de fomento se integran de manera muy acusada por el régimen de beneficios fiscales a través de exenciones, bonificaciones y deducciones, pero también mediante mecanismos que procuran un cumplimiento voluntario, como la firma de acuerdos con determinados sectores, o a través de la responsabilidad social<sup>12</sup>. Con la función preventiva se desea evitar la realización de determinadas acciones o comportamientos lesivos para la obligación tributaria. Y con la correctiva se aspira a restaurar, reequilibrando, la situación patrimonial derivada del incumplimiento de la obligación tributaria realizada por el particular. En un plano diverso se inscribe la función represiva, ya que corresponde a normas sancionadoras y no a normas tributarias, aunque su regulación se halle normalmente en leyes de

tal naturaleza. Las sanciones e infracciones tributarias no son Derecho Tributario en sentido estricto; constituyen parte del Derecho sancionador tributario. Las sanciones administrativas responden a un principio punitivo de carácter represivo, en ningún caso indemnizatorio ni vinculado al incumplimiento de obligación jurídica previa –aunque la infracción se tipifique sobre incumplimientos normativos–.

12 En tal orientación se inscribe el Código de Buenas Prácticas Tributarias de la Agencia tributaria que a decir de su introducción pretende «[...] promover una relación recíprocamente cooperativa entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, Agencia Tributaria) y las empresas que lo suscriban, relación basada en los principios de transparencia y confianza mutua, que debe dar lugar, por tanto, a un desarrollo de la misma conforme a los principios de buena fe y lealtad entre las partes, todo lo cual aumentará la eficacia de los controles de la Administración Tributaria y reducirá la inseguridad jurídica a la que podrían estar expuestas las empresas y la litigiosidad que surge entre ambas» (Documento aprobado el 20 de julio de 2010 en el Foro de las grandes empresas, consultado 11/12/2014 en <http://http://www.agenciatributaria.es>).

El Derecho tributario preventivo a que aludimos aparece constituido por un conjunto de normas tributarias establecidas con la finalidad de controlar y disuadir al obligado de la realización de conductas peligrosas, sin que las medidas impuestas constituyan la imposición de un mal o sanción. La función preventiva constituye un efecto consustancial a toda norma jurídica, aunque en el ámbito tributario alcanza una notable dimensión por la pluralidad de mecanismos empleados y la intensidad de sus efectos.

También se ha de diferenciar nítidamente entre la prevención del incumplimiento tributario de la prevención en la comisión de infracciones. La prevención del incumplimiento tributario es una cuestión propia de las normas de tal naturaleza, mientras que la prevención de la infracción es una cuestión netamente punitiva, a pesar de las zonas grises existentes. La prevención sancionadora y tributaria no puede confundirse ya que una mira al incumplimiento de la obligación, y la otra a la lesión o puesta en peligro de un valor social tipificado, antijurídico, culpable y punible. Esta temática del objeto de la función preventiva aparece estrechamente vinculada a qué deben prevenir las normas tributarias, ¿el fraude tributario y/o el fraude de ley? Las sanciones, como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, han de reservarse para acciones lesivas a bienes jurídicos de ahí que no quepa utilizarlas para prevenir el fraude de ley. En tal sentido el fraude de ley no constituye comportamiento tipificado como infracción.

Dentro del régimen jurídico disuasorio se integran un gran número de instituciones que evidencian diversos grados de ejercicio de coacción. Las instituciones características de este Derecho tributario preventivo son, o bien cláusulas formuladas de manera genérica, o bien instituciones *ad hoc*. Las cláusulas pueden ser generales –aplicable a todos los tributos–, o específicas –aplicable a alguna figura impositiva–, y son normas que sobre todo intentan evitar el abuso de las formas jurídicas. También se prevén instituciones tributarias específicas que pueden comportar diversas consecuencias disuasorias: a) las que imponen un mayor gravamen por ser conductas peligrosas, valga como ejemplo los recargos tributarios o el tratamiento deparado a las ganancias no justificadas; b) las valoraciones administrativas correctivas con efectos tributarios; c) el gravar situaciones que no lo estarían a través de instituciones como la transparencia fiscal o algunas de las regulaciones asociadas a los paraísos fiscales; d) determinar una realidad jurídica diversa a la fáctica, mediante las ficciones, o facilitar su determinación con las presunciones.

Las instituciones que conforman el Derecho tributario preventivo parten de un pronóstico de probabilidad que efectúa el legislador sobre el acaecimiento de una conducta lesiva. Ello ha de comportar dos cautelas; la primera, que el carácter de obligado tributario no comporte una presunción de peligrosidad; y la segunda, que la medida a imponer sea proporcionada y no constituya una sanción encubierta de la conducta estimada peligrosa.

La primera consideración mencionada parte de que la evaluación de la peligrosidad no puede buscarse en juicios abstractos y genéricos en donde la condición del obligado tributario sea determinante de la medida. El carácter de obligado tributario no puede cualificar al ciudadano de manera que resulte sospechoso o presunto transgresor de la legalidad tributaria. En el ordenamiento rige el principio de buena fe, de ahí que no quepa ignorarlo como vector básico de las relaciones entre particulares y de la relación entre el ciudadano y la Administración.

Respecto de la segunda consideración, la medida a imponer no ha de suponer una sanción o mal jurídico. La medida preventiva y la sanción obedecen a miradas y a juicios diversos: la

culpabilidad supone un diagnóstico con proyección al pasado, y la peligrosidad un pronóstico con proyección al futuro. En tal sentido la culpabilidad es un reproche, un juicio de valor, y la peligrosidad resulta un juicio de probabilidad de contenido fáctico vinculado a la realidad de las cosas<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Traemos las palabras empeladas para diferenciar la peligrosidad penal que comporta la adopción de medidas de seguridad, de la culpabilidad que corresponde a la pena, así en Romeo Casabona, Carlos M<sup>a</sup>., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 21.

Las instituciones preventivas han de respetar la legalidad preservando, entre otros, el principio de buena fe, pero también la proporcionalidad de sus efectos. Su regulación ha de suponer una evaluación realista del riesgo concurrente y ha de establecer una respuesta adecuada atendiendo a conjugar dos criterios básicos: la medida utilizada y la finalidad que se pretende. Cabría apuntar un tercero implícito en la medida a utilizar: que sea adecuado al fin que se refiere, que sea proporcional<sup>14</sup>. De ahí que resulte tan importante fijar las medidas y las consecuencias normativas que originan, como la finalidad que se busca y la correlación entre éste y aquellas, pues las medidas a emplear serán diversas en función de si lo que se previene es un fraude fiscal, un fraude de ley, o una ausencia de ingreso.

<sup>14</sup> A este respecto se ha de considerar la importancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de las medidas antiabuso por el Tribunal de Justicia de la Unión. A través del mismo se analiza la adecuación de los medios a los fines de manera que los instrumentos jurídicos sean idóneos, pero también su evaluación su necesidad y que no deben ir más allá de lo imprescindible para obtener su objetivo. En tal sentido el juicio de idoneidad analiza la congruencia de la medida al fin pretendido. El examen de la necesidad evalúa la existencia o no de medios menos gravosos para obtener la finalidad pretendida. Y estrechamente vinculado a este último el Tribunal de Justicia analiza el sacrificio que supone la medida aplicable y la ventaja obtenida. En definitiva, ante dos intereses dignos de protección pondera el ámbito de uno y otro. (Ver a este respecto Sanz Gómez, Rafael J.: *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*. Bosch-Fiscalidad. Barcelona. 2010, pág. 126-127).

### 1.3. El régimen de los paraísos fiscales

En relación a los paraísos fiscales se establecen un conjunto de medidas preventivas de eficacia disuasoria, bien a través de normas internacionales, bien a través de normas nacionales. Desde el plano internacional se formulan modelos de convenios que las partes suscriben poseyendo entonces efectos vinculantes, pero también las resoluciones emitidas por las organizaciones internacionales, aún no poseyendo tal eficacia, inspiran la normativa nacional y sirve para presionar la voluntad de los Estados<sup>15</sup>. Pero resulta aún lejano la abolición definitiva de tales jurisdicciones, pues la firma de acuerdos resulta voluntaria y la eficacia de muchas de tales medidas resulta limitada, en particular respecto del ámbito europeo, ya que no existen medidas concretas y cogentes<sup>16</sup>. De ahí que la legislación nacional deba realizar un importante papel de disuasión, y en tal sentido sus listas de paraísos fiscales continúan siendo necesarias.

<sup>15</sup> De las medidas internacionales para eliminar los paraísos fiscales cabe destacar en acuerdo de 2014 de Berlín en el que 50 países se comprometen al intercambio automático de información de cuentas bancarias a partir de 2017 y la ley estadounidense sobre cuentas extranjeras (FATCA). Esta última establece una medida de especial coerción para las entidades bancarias sitas en el extranjero que no faciliten información tributaria de sus residentes nacionales: la retención de hasta el 30% de los fondos que vayan a los bancos de tales jurisdicciones de fuente norteamericana. (Ver Fuster Gómez, Mercedes y Lederman, Alan S.: «Las nuevas medidas fiscales internacionales adoptadas en España en relación con la evasión y la reducción del déficit público». *Quincena Fiscal* num. 4/2014).

<sup>16</sup> A nivel comunitario y dentro del Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal se propone unas «acciones complementarias adicionales». Tales acciones aparecen integradas por la adopción de criterios para identificar los países que no reúnan las normas mínimas de buena gobernanza en materia fiscal, la realización de una lista negra, y la renegociación, suspensión, o conclusión de convenios de doble imposición. (Comunicación COM(2012) 722/2 de 6.12.2012 de la Comisión. *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, pág. 6).

El régimen de los paraísos fiscales en el ordenamiento español se basa en una definición general y en el establecimiento de tratos singulares de tal realidad en las normas tributarias. La definición o concepto normativo de paraíso fiscal se efectúa en la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal; y el régimen específico en diversas normas impositivas, principalmente, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes y en el Impuesto sobre Sociedades. Por la extensión y singularidad del tratamiento realizado a través de diversas instituciones en los diversos impuestos podría hablarse de régimen especial. No existe una cláusula

general antiparaíso específica, aunque resultan aplicables las cláusulas generales de fraude de ley y simulación previstas en la Ley General Tributaria. Ahora bien algunos de los regímenes previstos pueden considerarse auténticas cláusulas de genéricas por su habitual aplicación.

Las medidas de prevención de los paraísos pivotan en torno a tres criterios básicos. El primero, privilegiar la aplicación de la normativa nacional mediante la determinación expansiva de la residencia fiscal. El segundo, el disuadir tales ubicaciones territoriales a través de la no deducibilidad de gastos o no gozar de las deducciones o los beneficios fiscales generalmente previstos. El tercero, el establecimiento de gravámenes vinculados a la utilización de sociedades ubicadas en paraísos fiscales; ya sea de forma directa, estableciendo una tributación adicional o complementaria o, ya sea de manera indirecta, imputando rentas de la sociedad aunque no se distribuyan beneficios.

Al margen de la proporcionalidad propia de la medida preventiva<sup>17</sup>, el límite que habrá de respetar la regulación de los paraísos fiscales es que no puede suponer la imposición expresa o implícita de una sanción. La falta de diferenciación normativa entre las medidas que previenen el fraude de ley del fraude tributario conlleva el riesgo de que se utilicen de manera indistinta unas y otras. A este respecto, se ha de hacer notar que la definición de los paraísos fiscales se encuentra en una norma que pretende prevenir el fraude fiscal. Estas ambigüedades favorecen la aplicación de medidas de represión a conductas sobre las que no se ha emitido un juicio individualizado de culpabilidad.

<sup>17</sup> A este respecto es abundante la doctrina comunitaria sobre los límites de las medidas antiparaíso en relación a que no pueden restringir el libre establecimiento; a no ser que pretendan oponerse a comportamientos que supongan montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado. (En tal sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, [Sentencia de 1 Abr. 2014](#), C-80/2012, Nº de Recurso: C-80/2012)

Respecto de la concreta regulación efectuada por la [Ley 27/2014, de 27 de noviembre](#), del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS), cabe poner de relieve tres consideraciones en torno a los paraísos fiscales; la primera, evidenciar la existencia de tratos diferenciales respecto de paraísos fiscales ubicados en la Unión Europea; la segunda, mostrar la progresiva ampliación de tal régimen a operaciones en las que, aún no siendo residentes en paraísos fiscales la entidades contratantes, han intervenido en el pago entidades financieras que sí lo eran; y la tercera, cabe remarcar el importante papel de las presunciones y ficciones en este contexto.

En primer lugar, se ha de hacer notar la existencia de preceptos que diferencian dos clases de paraísos fiscales: los ubicados en la Unión Europea y los foráneos o extracomunitario. Este régimen diferencial de los paraísos fiscales de la Unión Europea se puede apreciar en lo establecido en el art. 21.9, art. 22.7 y art. 23.1, c) de la LIS. Dichas disposiciones establecen unos efectos disuasorios para los territorios o Estados considerados como paraísos fiscales, si bien los ubicados en la Unión Europea podrán sustraerse si prueban determinados extremos. O sea, se establece para unos una presunción *iuris tantum*, y para otros una presunción *iuris et de iure* o una ficción, pues los territorios extracomunitario no podrán sustraerse de aplicar tal régimen desfavorable. Ello conlleva un trato más beneficioso para los paraísos ubicados en la Unión Europea si consiguen probar la existencia de motivos económicos válidos y la actividad empresarial.

Sorprende tal regulación, pues a los países de la Unión Europea les es exigible una mayor corresponsabilidad y lealtad. Una perspectiva más centrada en afirmar un deber de colaboración, o en evitar una competencia fiscal perniciosa, tendría que llevar a la solución contraria. No cabe obviar que los paraísos fiscales utilizan la opacidad de sus territorios como criterios de atracción de actividad económica y bienes. Es una competencia ilícita que también perjudica la libre circulación, de ahí que posiblemente la transgresión de tal deber de información habría de ser tratada de manera análoga –salvando las diferencias de su mecanismo– a la prohibición existente a las ayudas de Estado.

Con tal régimen privilegiado a los paraísos fiscales europeos existe el riesgo de originar efectos perversos, como es fomentar su proliferación. Más coherente sería establecer y exigir un régimen agravado para tales territorios, atendiendo al deber de colaboración y lealtad que debe animar a todas prácticas en este espacio económico y de Derecho.

En segundo lugar, es de destacar que muchas de las medidas antiparaíso adoptadas no se reducen a las entidades contratantes residentes en paraísos fiscales, sino que se aplican a entidades que median en las operaciones de ingreso y pago. Así, no es extraño contemplar como se extienden los efectos de las normas preventivas, tanto a las operaciones realizadas «con» entidades residentes en paraísos fiscales, como a las realizadas «por» las entidades allí residentes. Como ejemplo de la expansión subjetiva en la aplicación de tales medidas el art. 15, g) de la LIS considera gasto no deducible los servicios realizados por persona residente en paraíso fiscal o que se pague por persona allí residente. En las valoraciones del art. 19 de la LIS se tiene en cuenta las operaciones realizadas con o por entidades residentes en paraísos y en el art. 18.3.3ª de la LIS contempla también el hecho de que el mercado regulador aparezca en el paraíso fiscal.

Refiere tanto a los actores de la contratación como a los terceros cuya función o relación es intermediar en el pago. Supone una ampliación subjetiva plenamente justificada por la expansión y riesgo que supone que el sector financiero –el denominado sistema bancario en la sombra<sup>18</sup>– de cobertura económica a negocios opacos. Es un claro mensaje al sistema financiero establecido en paraísos fiscales que media en transferencias y pagos internacionales. A este respecto resulta especialmente beligerante la obligación estadounidense establecida a entidades extranjeras a facilitar información so pena de aplicar un recargo del 30% (normativa FATCA –Foreign Account Tax Compliance Act–)

<sup>18</sup> Ver al respecto Comunicación COM(2012) 102 final de la Comisión de 19.3.2012. *Libro Verde el Sistema Bancario en la Sombra*.

En tercer lugar, y desde la técnica jurídica empleada, se ha de evidenciar la importancia de las presunciones y ficciones a la hora de establecer singularidades en el régimen tributario cuando intervienen los paraísos fiscales.

Las presunciones legales son medios de determinación de los hechos profusamente utilizados por el legislador tributario para prevenir el fraude. Es una institución que fija determinados hechos a partir de la prueba de otros entre los que existe un juicio lógico. A pesar de que las presunciones desarrollan sus efectos en el ámbito probatorio, en puridad, no es un medio de prueba pues ni puede proponerse ni practicarse como tal. Es una institución que fija determinados hechos a partir de la prueba de otros entre los que existe un juicio lógico<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Ver Villagómez Cebrián, Marco, «Las presunciones» en Cortés Domínguez, Valentín y Moreno Catena, Víctor, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid. 2000, pág. 100.

Con la ficción se crea una verdad jurídica irrefutable que disiente de la real. Mientras que en la presunción existen siempre dos hechos y una relación causal de probabilidad, en la ficción no existe el hecho indicio que requiera prueba, ni la evidencia de un proceso intelectual o volitivo. Es una mera determinación o calificación de hechos normativa que puede discurrir de su consideración real. Las ficciones proyectan sus consecuencias no sobre la fase de fijación de los hechos, sino que regulan directamente las relaciones jurídicas<sup>20</sup>. No es una institución vinculada con la actividad probatoria, sino una norma definitoria de una situación fáctica o jurídica. Las ficciones son normas materiales, de derecho sustantivo, y no meras normas procedimentales, muestran como verdad jurídica lo que no es probable en la realidad de los acontecimientos<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Martín-Barnuevo Fabo, Diego, *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 145

<sup>21</sup> Ver Gutiérrez Bengoechea, Miguel, *Las presunciones y ficciones en el ámbito tributario y su aplicación a las rentas societarias*, Comares, Granada, 2012, pág. 47-48.

En la actualidad existen un gran número presunciones legales y ficciones con finalidad preventiva. Dicha proliferación posee dos peligros: uno, el determinar una realidad normativa que disienta de la real a la hora de su gravamen; y otro, vinculado a la función preventiva atribuida, que aboque a un clima de recelos y sospechas respecto de la conducta del administrado. El primer peligro puede llevar a gravar una capacidad económica inexistente, ficticia y formal. El segundo peligro, derivado de tal función preventiva, propende a conferir una visión patológica a la conducta del obligado.

Las presunciones legales –y en mayor medida las ficciones– han de atemperar sus efectos, de manera que no contribuya a crear una «para-realidad» jurídica que poco tenga que ver con la

fáctica, e incluso con la realidad jurídica concretada por otras ramas del Derecho. Así, han de ponderar el peligro que pretenden conjurar con la injerencia que supone su actuación. Si el peligro es muy abstracto, más difícil será la justificación de su injerencia al alterar la normal conformación de los hechos en el ámbito probatorio. Se ha de tener presente que la presunción determina una realidad probable que sustituye la certeza otorgada por la prueba. De ahí que conformar tal probabilidad, sobre la base de sospechas de evasión o elusión, genere un clima de recelo poco propicio para la vigencia del principio de buena fe en las relaciones tributarias.

La existencia de medidas de prevención ha de conjugar los distintos criterios de seguridad jurídica concurrentes. Seguridad de los individuos, que ampara los derechos y garantías reconocidos, y la previsibilidad de gravamen que han de poseer las normas. Y seguridad de la sociedad, ante los riesgos a la lesión del deber de contribuir desterrando, en todo caso, los ámbitos de arbitrariedad de los poderes públicos.

## 2. Estados y territorios considerados paraísos fiscales

Los paraísos fiscales presentan no pocas inseguridades, tanto respecto de su designación, como respecto de sus características y definición. En orden a delimitar su figura de otras la legislación española diferencia dos realidades diversas: los territorios con nula tributación, y las jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales.

### 2.1. Las dificultades de su concepto

La palabra de paraíso fiscal denota una idea equivoca que alude a sitios idílicos en donde no existen aflicciones ni cargas –en este caso fiscales–. Sin duda es una expresión poco afortunada pues asocia ideas contradictorias. Relaciona a tales territorios con lugares beatíficos, cuando las prácticas habituales de tales territorios no son referentes de virtud. En tal sentido, y con el mismo uso metafórico, cabría hablar de «infiernos fiscales» y entender por tales los lugares en donde existe una fuerte carga tributaria. En tales designaciones se genera una paradoja evidente; en los infiernos fiscales la elevada tributación implica una gran solidaridad y el cumplimiento de las normas tributarias; en los paraísos fiscales, la menor tributación coexiste con la constatación de conductas de evasión o elusión. Detrás de tal terminología subyace –no sabemos si únicamente– un malentendido idiomático<sup>22</sup>. En todo caso tal expresión no puede servir para dulcificar u ocultar la realidad de la evasión o elusión tributaria frecuente en los negocios que tienen por base a tales territorios.

<sup>22</sup> Se habla de que la expresión el paraíso fiscal resulta una mala traducción del inglés – *tax haven* (refugio fiscal)- en donde se hace equivaler «*haven*» a «*heaven*» (paraíso).

En la actualidad es frecuente la expresión de territorios *off shore*<sup>23</sup>, designación que denota ideas de deslocalización; se vincula con la idea de refugio fiscal, de sociedades ubicadas en territorios en donde no realizan actividad económica y están controladas por otras personas o entidades<sup>24</sup>. La idea de refugio para aludir a paraíso fiscal también resulta insuficiente dado que supone una realidad estática, de una mera ubicación patrimonial, cuando en verdad se trata de espacios dinámicos de intercambio económico.

<sup>23</sup> Ver Gutiérrez De Pablo, Gonzalo, «Bancos *offshore*: diversos aspectos sobre su utilización a través de instrumentos financieros», *Cuadernos de Formación IEF*, nº 16, 2013.

<sup>24</sup> García Pérez, José Antonio, «Actividad financiera societaria *off shore* la desaparición formal de los paraísos fiscales», *Cuadernos de Formación IEF*, nº 4, 2011, pág. 65.

Si bien la expresión de paraíso fiscal es claramente insatisfactoria nuestro ordenamiento la ha acogido de manera genérica, de ahí que empleemos tal concepto más en la idea de referencia común que por resultar una expresión adecuada. Es necesario buscar una terminología técnica y objetiva para referirnos a la realidad que constituyen los paraísos fiscales. La idea de refugio fiscal, aun no siendo totalmente satisfactoria, podría colmar la función que tales territorios cumplen en numerosas ocasiones.

Establecer un concepto de paraíso fiscal, más allá del mero catálogo de países así calificados, es una tarea ardua y compleja, tanto por los intereses políticos en juego, como por la dificultad de



establecer unos criterios homogéneos y concretos para la gran variedad de casos. Aún así, resulta una necesidad para evitar las arbitrariedades y calificaciones interesadas.

Por un lado la OCDE, al margen de señalar algunas de sus características genéricas, ha establecido listados de territorios considerados como paraísos fiscales en donde los criterios de oportunidad política resultan presentes. Tales listados no incluyen todos los territorios a nivel mundial, pues se excluyen territorios situados en América del Sur y Asia. A este respecto también se ha de remarcar la paradoja que supone la existencia de países que condenan la utilización de paraísos fiscales, pero que poseen territorios dependientes o asociados que tienen tal consideración. Es el caso de Reino Unido con Gibraltar o de Estados Unidos con Islas Caymán<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Lampreave Márquez, Patricia, «Erradicar los paraísos fiscales», *Cinco días*, 27.06.2012. Ver también Lampreave Márquez, Patricia, «Medidas adoptadas por la OCDE para paliar la competencia fiscal lesiva y la evasión fiscal», *Gaceta Fiscal*, nº 303, 2010.

Por otro lado, dada su extraordinaria diversidad y movilidad, existe una gran dificultad para acotar la idea que define al paraíso fiscal<sup>26</sup> pues no es la menor tributación o el establecimiento de un régimen tributario privilegiado el elemento definitorio. En su ideación existen múltiples elementos concurrentes que originan una difícil conceptualización. Y si difícil es delimitar tal realidad, no lo es menos establecer mecanismos y procedimientos consensuados contra la misma.

<sup>26</sup> Afirma Vallejo Chamorro, que «La formulación de una definición universal del concepto de paraíso fiscal es una tarea muy complicada, debido a los diferentes rasgos que se pueden apreciar en los numerosos países existentes en la actualidad» (Vallejo Chamorro, José M<sup>a</sup>., «La competencia fiscal perjudicial», en Cordón Ezquerro, Teodoro (Dir.): *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2<sup>a</sup> ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág 1157.

En el seno de la OCDE se ha optado por establecer un concepto flexible de paraíso fiscal como base para concretar una lista o catálogo de tales jurisdicciones. Las características que genéricamente se atribuyen a los paraísos fiscales son<sup>27</sup>:

<sup>27</sup> Ver a este respecto la síntesis efectuada por Salto Van Der Laet, Diego, «Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española», *Crónica Tributaria*. nº 93. 2000, pág. 9-11 y Imaoka Hojyo, Lilliam Sumi, *Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?*, Tesis doctoral inédita, Madrid, 2013, pág. 102 y ss.

1º. Carga tributaria escasa. Normalmente conviven regímenes tributarios diferenciados según se trate de residente o no residente; con carácter general, existe un nulo o escaso nivel de imposición a los no residentes.

2º. Deberes de información atenuados. Existe una alta protección por sus leyes internas al secreto financiero, comercial y bancario en donde existen cortapisas para indagar sobre la naturaleza, titularidad u origen de los bienes. De manera correlativa, existe un escaso desarrollo en la suscripción de convenios internacionales de intercambio de información.

3º. Facilidad y rapidez para la creación de sociedades. Posibilidad de crear sociedades incluso sobre la base de títulos al portador que permiten el anonimato de sus accionistas o partícipes. Dicha facilidad va asociada a una falta de controles mercantiles y financieros.

Junto a las anteriores características tales territorios ofrecen unas determinadas condiciones político-económicas o extrafiscales: una gran estabilidad política que hace presagiar un buen fin del negocio, y una estabilidad y desarrollo financiero-económico que permite la transferencia de las ganancias. Los efectos o consecuencia de tal desarrollo es que los paraísos fiscales poseen una sobredimensión de su sector económico-financiero en relación al sector productivo<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Lampreave Márquez, alude como elementos inequívocos de los paraísos fiscales: 1.- Un nivel de tributación bajo o nulo aplicado a los no residentes. 2.- Un secreto bancario reforzado. 3.- Una amplia infraestructura soporte (bancos, abogados, notarios, fideicomisarios ...). 4.- Un procedimiento laxo en cuanto a la inscripción de una empresa en su territorio. 5.- Una facilidad de transacción de capitales a nivel internacional. 6.- Una eficacia y rapidez manifiesta en la incorporación de una entidad. 7.- Una infraestructura de alto nivel con apoyo en centros financieros off-shores. 8.- Seguridad jurídica en su territorio. 9.- Una ausencia de transparencia. (Lampreave Márquez, Patricia, «La crisis del sector financiero internacional y los paraísos fiscales», *Carta Tributaria* - Monografías, nº 15, Sección Monografías, Septiembre 2012).

La rémora de negatividad –además del régimen jurídico desfavorable– que comporta la calificación de paraíso fiscal lleva a éstos a mutar sus características y cambiar su fisonomía. En el marco de la OCDE, y sobre la base del informe de 2 de julio de 2010, parece que los paraísos fiscales han desaparecido; ya que no existen jurisdicciones que no acepten estándares internacionales de intercambio de información, sólo jurisdicciones pendientes de implantación<sup>29</sup>.

29 García Pérez, José Antonio, «Actividad financiera societaria off shore la desaparición formal de los paraísos fiscales», *Cuadernos de Formación IEF*, nº 4, 2011. Trabajos de la OCDE sobre paraísos fiscales ver Samplon Salvador, Roser, «Los paraísos fiscales y la lucha contra el fraude fiscal», *Cuadernos de Formación IEF*, nº 3, 2007, pág. 204.

Los paraísos fiscales son lugares de cobijo y negociación de bienes de diversos orígenes lícitos e ilícitos que son tratados de forma privilegiada en relación a la regulación del entorno. Dicho privilegio no proviene solamente, como induce su designación, por razón de una menor tributación sino también, y sobre todo, por el hecho de que tales países no facilitan información a los otros Estados sobre los bienes que allí residen o desde donde actúan<sup>30</sup>. Determinar cuando nos encontramos ante un paraíso fiscal u otra realidad resulta esencial para establecer remedios y medidas normativas de prevención. De otra manera, existe el peligro de que dicha calificación pueda utilizarse de manera arbitraria e interesada, o que se empleen medidas preventivas inadecuadas.

30 Los rasgos que caracteriza a un paraíso fiscal son a decir de López Espadafor y Lombardero Expósito: el bajo o nulo intercambio de información, el régimen de estanqueidad y la baja o nula presión fiscal (López Espadafor, Carlos M<sup>a</sup>. y Lombardero Expósito, Luís Manuel, «Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales», *Revista de contabilidad y tributación*, nº 323, pág. 11). La [Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2010](#) rec. 407/2007 señala que «Bien es cierto que tras la regulación de los paraísos fiscales está la desconfianza del legislador, no sólo nacional, sino de otras naciones que comparten con la nuestra una tradición jurídica común, hacia determinados países y territorios que contienen una regulación fiscal caracterizada, en lo que aquí interesa, no sólo por la benignidad en el tratamiento de los actos y negocios de trascendencia tributaria, sino por la opacidad informativa frente a terceros países, lo que favorece que, a través de determinadas operaciones, por ejemplo de creación de sociedades residentes en estos estados o territorios, se puedan eludir las obligaciones fiscales a que deben ser sometidas las personas naturales o jurídicas que han de contribuir en España como consecuencia del cumplimiento de un deber de orden personal, asociado al factor de la residencia, elusión que cuenta con el favorecimiento y la facilidad que brindan los paraísos fiscales en el ámbito de la información tributaria, bancaria y societaria en general».

El ordenamiento español con el fin de evitar ambigüedades diferencia, en primer lugar, la realidad de los paraísos fiscales de los territorios de nula tributación, y en segundo lugar, establece un conjunto de criterios para concretar los países así calificados.

## 2.2. Paraísos fiscales y territorios de nula tributación

En la legislación nacional más que definir las características sustanciales que integran el concepto de paraíso fiscal, se ha formalizado su existencia a través de una relación o listado reglamentario. La Disposición Adicional primera de la [Ley 36/2006, de 29 de noviembre](#), de medidas para la prevención del fraude fiscal, no explicita los criterios empleados para la conformación de tales listados reglamentarios, de ahí que podrían incluirse a territorios con baja o nula tributación o con regímenes tributarios privilegiados. Ahora bien, tanto en la previsión de otros criterios de inclusión o exclusión de tales listados como de la existencia de una calificación específica para los territorios de nula tributación, se observa que el intercambio de información tributaria es el criterio relevante para tal consideración. Por ello conviene delimitar la realidad de los paraísos fiscales de los territorios de nula tributación.

Con la introducción de los territorios de nula tributación parece que el legislador establece una cierta gradación de países o territorios que pueden resultar lesivos fiscalmente, bien por no facilitar información y ser considerados paraísos fiscales, bien por competir fiscalmente de manera agresiva –al no señalar tributación para determinadas rentas– y ser considerados como territorios de nula tributación. No obstante tales realidades han de ser objeto de calificaciones y medidas diversas pues si, en el primer caso, se lesiona el deber de colaboración informativa, en el segundo, el perjuicio de las conductas no resulta tan evidente pues cada Estado tiene la potestad de fijar libremente su nivel de tributación.

La consideración de territorios de nula tributación no pivota exclusivamente sobre la competencia fiscal agresiva que realiza el Estado, también se efectúa teniendo presente la capacidad económica gravable. El nivel de tributación –la intensidad del poder tributario ejercido– resulta un aspecto intrínseco a la libre decisión y soberanía del Estado. Ahora bien, los terceros Estados también son libres de decidir cómo tributarán aquellas rentas que se relaciona con su soberanía y, en tal orientación, podrán establecer un mayor o menor gravamen atendiendo a si existe o no una doble imposición. De lo anterior se deduce que mientras el tratamiento de la realidad de los paraísos fiscales ha de regirse por el criterio de peligro para la tributación, que conlleva indirectamente un juicio peyorativo de tales jurisdicciones, en los territorios de nula

tributación prevalece el juicio sobre la capacidad económica pues las rentas, al no gravarse en otros Estados, podrán tributar plenamente.

El país o territorio de nula tributación resulta un concepto genérico y sustancial, a diferencia de la formalidad que reviste el de paraísos fiscales, en donde parece primar su determinación nominativa. El concepto de país o territorio de nula tributación se basa en la no aplicación en tales territorios de un impuesto de la renta idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, según corresponda. Como puede apreciarse el parámetro comparativo se centra en el gravamen de la renta y el patrimonio, admitiendo incluso, impuestos que aunque no graven la renta o el patrimonio su finalidad sea su imposición, siquiera que sea parcial<sup>31</sup>. La existencia de regímenes especiales y bonificados de los anteriores impuestos no comportará la calificación de territorio de nula tributación, mientras se considere que el impuesto existe.

<sup>31</sup> «3. Existe nula tributación cuando en el país o territorio de que se trate no se aplique un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según corresponda. A efectos de lo previsto en esta disposición, tendrán la consideración de impuesto idéntico o análogo los tributos que tengan como finalidad la imposición de la renta, siquiera parcialmente, con independencia de que el objeto del mismo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de esta. En el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, también tendrán dicha consideración las cotizaciones a la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen.[...]».

Partiendo del anterior concepto la propia Disposición Adicional primera de la Ley 36/2006 clarifica un aspecto relevante: qué se ha de entender por impuesto idéntico o análogo. La identidad no presenta grandes complejidades para ser acotada, ya que existe cuando se grava el mismo hecho imponible. Para delimitar el sentido de impuesto análogo se emplea una interpretación auténtica a la que se efectúa una mención que concreta tal supuesto: el haber suscrito un convenio para evitar la doble imposición<sup>32</sup>. Se trata de una determinación normativa imperativa, si bien el mismo convenio puede establecer especialidades o singularidades.

<sup>32</sup> «Se considerará que se aplica un impuesto idéntico o análogo cuando el país o territorio de que se trate tenga suscrito con España un Convenio para evitar la doble imposición internacional que sea de aplicación, con las especialidades previstas en el mismo».

Los territorios de nula tributación constituyen sin lugar a duda una realidad diversa a la de los denominados paraísos fiscales. De ahí que no resulte lógico equiparar el tratamiento de tales realidades, pues el peligro a prevenir es diverso. No obstante existen supuestos en los que se equiparan tales consideraciones; por ejemplo en el art. 8 de la LIS a la hora del establecimiento de la presunción de residencia, o en el art. 23.1 c) o en el art. 100.14, ambos también de la LIS.

### 2.3. Criterios de determinación normativa

La Disposición final segunda de la [Ley 26/2014, de 27 de noviembre](#) ha introducido importantes modificaciones en los criterios que acotan la figura de los paraísos fiscales en la Disposición Adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Antes de proceder a su análisis cabe efectuar algunas consideraciones sobre el ámbito de su aplicación y naturaleza de tal regulación.

El ámbito de aplicación de tal regulación resulta todo el ordenamiento tributario. Las definiciones que se contienen son de aplicación a todas las categorías tributarias –impuestos, tasas, contribuciones especiales– en base a que al delimitar los paraísos fiscales establece la posibilidad de que cada norma tributaria –«Las normas de cada tributo [...]» apartado 5–, no únicamente la norma impositiva, pueda establecer especialidades. Señalado lo anterior, no puede llevarnos a ignorar que la aplicación habitual de tales criterios se efectuará a los impuestos. En las referencias a territorios de nula tributación hace más evidente su aplicación a todo tipo de tributos, fiscales e incluso parafiscales, al afirmar –apartado 3– como figura de imposición de la renta a las cotizaciones de la Seguridad Social<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> De ahí que hemos de entender aplicable dicha regulación a todo tributo, teniendo presente el sentido amplio que emplea el Tribunal Constitucional como «prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos» ([STC 182/1997, de 28 de octubre](#); FJ 15; [STC 233/1999, de 16 de diciembre](#), FJ 18 y [STC 194/2000, de 19 de julio](#), FJ 8).

La ubicación de tal regulación en la Disposición Adicional primera de la Ley de medidas contra el fraude fiscal no parece deseable en base a dos razones: la primera, de carácter formal por encontrarse en una ley que no tiene carácter general; y la segunda, más sustancial, por relacionar paraísos fiscales con el fraude tributario y las medidas represivas, y no con la prevención y el fraude de ley.

La disposición reformada lleva por título «Definición de paraíso fiscal, de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria», lo cual evidencia su voluntad de delimitación conceptual. De ahí que aparezca más preocupada por aprehender tales conceptos que por establecer concretas medidas a la realidad normativa que prevé. Ahora bien, la anterior afirmación no quiere decir que carezca de toda eficacia pues las normas reglamentarias –algunas de las cuales anuncia y habilita– habrán de respetar su contenido. También se alude a otras normas legales –apartado 5– que podrán introducir modificaciones, especialidades, por razón de su ámbito concreto de aplicación. Las singularidades que afirma parecen afectar más a la concreta aplicación, que a los conceptos que se emplean.

La conceptualización de paraísos fiscales de acuerdo a tal regulación conjuga diversos criterios a tener presente; a) el listado reglamentario de territorios así calificados, b) la celebración de concretos acuerdos internacionales en donde el intercambio de información está presente, c) la valoración de la eficacia del intercambio comprometido y d) la calificación efectuada por pares del Foro Global.

#### **a. Listado reglamentario.**

El apartado 1 afirma que «Tienen la consideración de paraísos fiscales los países y territorios que se determinen reglamentariamente». La inclusión en el listado o relación reglamentaria determina su consideración como paraíso fiscal; a contrario, sin tal constancia no puede atribuirse tal designación y trato. De aquí se deriva, por un lado, que no cabe una calificación tácita e implícita, y por otro lado, que basta la mención formalizada en una disposición de tal rango, sin exigir mayor motivación, para su inclusión.

Ahora bien tal consideración no resulta definitiva, pues pueden actualizarse tales listados excluyendo e incluyendo territorios. A tal fin se habilita expresamente al Gobierno para efectuarlo «[...] para actualizar la relación de países y territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales.» (apartado 6).

Hasta la fecha se han realizado diversas actualizaciones a la relación de países así considerados, se estableció el listado de países en el art. 1 del [Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio](#) y, posteriormente, fue modificado por el [Real Decreto 116/2003, de 31 de enero](#) añadiendo un art. 2 para posibilitar la salida de los territorios que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información. Desde tal fecha han desaparecido de tal listado un buen número de países, dada la modificación normativa de 2014 y en tanto no se emita una nueva lista, la Dirección General de Tributos en su Informe de 23 de diciembre de 2014 afirma que mantiene «vigente, en tanto no se apruebe una nueva relación, la lista actual de territorios contenida en el RD 1080/1191 y actualizada conforme a los criterios introducidos por el RD 116/2003». Ahora bien, y como es obvio dado su rango, la existencia o no de la actualización reglamentaria no implicará la salida de tal lista a países que suscriban un tratado internacional o cumplan las demás exigencias –en particular, la valoración por pares– señaladas en la Disposición Adicional.

#### **b. Acuerdos internacionales.**

En la actualidad se establecen una relación de tres posibles acuerdos internacionales que tienen como eficacia la exclusión de la lista reglamentaria: el convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, el acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, y el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010.

La nueva regulación ha añadido el mencionado Convenio de Asistencia a la relación de tratados anteriores que permiten la exclusión de tal listado o calificación. En fecha 16 de noviembre 2012 se publicó en el BOE el [Instrumento de Ratificación del Protocolo de Enmienda al Convenio de](#)

[Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Paris el 27 de mayo de 2010](#), y el texto consolidado del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988. Es resultado de la revisión efectuada en 2010 de la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal de 25 de enero de 1988 elaborada conjuntamente por el Consejo de Europa y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. La intención de tal revisión fue doble, por un lado, adecuarla a los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información acordados por la OCDE, y respaldados por los países del G7/G8 como de las Naciones Unidas. Y por otro lado, abrir su firma y aceptación a países no pertenecientes a la OCDE o el Consejo de Europa<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Ver Texto del Informe Explicativo revisado de la Convención sobre la asistencia administrativa mutua en materia fiscal enmendada por Protocolo disponible en <http://http://www.oecd.org>. [fecha de consulta 29 de enero de 2015].

El objetivo de tal instrumento es promover la cooperación internacional en materia fiscal para hacer más efectiva la lucha contra la evasión y el fraude fiscal respetando al mismo tiempo los derechos de los contribuyentes. La asistencia puede consistir tanto en el intercambio de información, la notificación directa de documentos, como el cobro de la deuda tributaria. Desde la perspectiva del intercambio de la información la suscripción del Protocolo supone eliminar el secreto bancario y el interés nacional como elementos que justifican la denegación de la información solicitada<sup>35</sup>. En el contexto de la Unión Europea se ha de tener presente las Directivas existentes sobre la materia<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Ver la nueva redacción del art. 21 del Convenio de Asistencia Administrativa Mútua en materia Fiscal.

<sup>36</sup> Respecto de la obligación de intercambio de información entre Estados de la Unión Europea se ha creado la [Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011](#) relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la [Directiva 77/799/CEE](#), la misma evidencia como el intercambio deviene necesidad ante el dinamismo y movilidad de los sujetos obligados y el número de negocios transnacionales realizados. Queda así fuera de su ámbito el IVA y los impuestos relativos las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social. Respecto de la información sobre intereses bancarios satisfechos a personas físicas se aplica la [Directiva 2003/48/CE Consejo de 3 de junio de 2003](#). La Directiva 2011/16/UE ha sido traspuesta mediante modificación a la [LGT](#) efectuada por el [R.D.L. 20/2011, de 30 de diciembre](#), de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit y desarrollada mediante el [Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre](#).

En puridad, la referencia a los tratados y convenios como instrumentos para evitar la consideración de paraísos fiscales tiene una finalidad sistemática y clarificadora, pues los Tratados Internacionales poseen un rango normativo superior que la propia disposición Adicional no puede contrariar.

### c. La valoración de la eficacia del intercambio

Es un criterio que pretende evaluar el efectivo intercambio de información tributaria derivado de la suscripción de los anteriores convenios. Si bien la remisión del precepto al apartado 4<sup>37</sup> para tal valoración hace que sea un contenido fuertemente normativizado y en buena medida reiterativo; o sea, el haber suscrito tales convenios implica la existencia de un efectivo intercambio.

<sup>37</sup> «Existe efectivo intercambio de información tributaria con aquellos países o territorios que no tengan la consideración de paraísos fiscales, a los que resulte de aplicación: a) un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente a los efectos de esta disposición; b) un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria; o c) el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010. No obstante lo anterior, reglamentariamente se podrán fijar los supuestos en los que, por razón de las limitaciones del intercambio de información, no exista efectivo intercambio de información tributaria». Tal apartado genera algunas paradojas para delimitar el ámbito subjetivo de su aplicación. El mismo alude a países o territorios que no tengan la consideración de paraísos fiscales. Tal expresión proviene de la enmienda 259 introducida en el Senado -BOCG. Senado Núm. 429\_2901 (Apartado I) de 04/11/2014, pág. 273- con el fin de aplicarla únicamente a los territorios que no son paraísos fiscales. La apreciación de la efectividad del intercambio parte del hecho de que sea un territorio originariamente considerado paraíso fiscal con quien se ha suscrito un acuerdo, con lo que ha dejado de ser considerado tal.

No obstante la virtualidad del criterio reside en la remisión reglamentaria a los supuestos en los que, por razón de las limitaciones del intercambio de información, no exista dicho efectivo intercambio. En definitiva, habilita al reglamento para que se vuelva a considerar como paraíso fiscal, aún cuando se tengan suscrito un tratado internacional. Con tal mención se pretende combatir los acuerdos internacionales formales, pero carentes de eficacia práctica en el intercambio de información. Ahora bien, la remisión a un reglamento para que pueda señalar

cuando no existe el efectivo intercambio que acaba de definirse legalmente, ¿no implica una habilitación para regular de forma contraria o diversa a la ley? Y lo que resulta más grave ¿no deja en manos del reglamento y de las autoridades administrativas la eficacia de los Tratados internacionales?

En definitiva, en tal mención la valoración de la efectividad del intercambio se normativiza solapándose a la suscripción del convenio, mientras que se abre la posibilidad, pendiente de desarrollo reglamentario, a que existan actos administrativos que aprecien la inexistencia de la efectividad del intercambio con graves dudas sobre su legalidad.

#### **d. Calificación por pares del Foro Global de Transparencia.**

Mediante tal criterio se dota de eficacia a las decisiones de un organismo internacional para incluir o excluir jurisdicciones en la consideración de paraíso fiscal. El ente que efectúa tal calificación es el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria creado en el año 2000 por la OCDE para hacer frente a los riesgos que plantean los paraísos fiscales respecto el cumplimiento de las normas tributarias. Es un organismo internacional especializado que busca garantizar la aplicación de las normas acordadas internacionalmente de transparencia e intercambio de información en materia tributaria<sup>38</sup>. Realiza un proceso de revisión por pares para verificar la aplicación de los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información que sus miembros se han comprometido a poner en práctica<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Ver información al respecto en <http://www.oecd.org/tax/transparency> [consultado el 4/02/2015].

<sup>39</sup> Sobre los procesos de evaluación por pares ver Musilek Álvarez, Mary Antoinette: «Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información en Materia Tributaria: evaluación del primer mandato e inicio del segundo». *Cuadernos de Formación Escuela de Hacienda Pública*. nº 17. 2014, pág. 209 y ss.

De tal evaluación puede resultar que se considere a un concreto Estado o territorio como paraíso fiscal o no. Así resulta que, por un lado, la calificación del Foro Global tendrá una eficacia automática en el ordenamiento español, siempre que sea una evaluación efectuada por pares y de acuerdo con las normas que disciplinen tal actividad. Y por otro lado, genera algunas discrepancia terminológicas ya que tal organismo emplea calificaciones de «Conformes», «Conformes en Gran Medida» o «No Conformes». También, y en su relación con los otros criterios, ¿tales evaluaciones hacen que territorios reglamentariamente considerados como paraísos fiscales o con los que no existe un efectivo intercambio informativo dejen de estarlo? Dar respuesta a este interrogante resulta básico para averiguar cuál es el criterio prevalente, y para ello es preciso su exegesis funcional.

### **3. La relación dual de paraísos fiscales**

De los anteriores criterios que dicen definir a los paraísos fiscales podemos observar un primer aspecto: los paraísos se determinan más que se definen. Los criterios legales fijan concretamente los países así considerados, no delimitan las características o aspectos que permitan su conceptualización. Existe una mayor preocupación por concretar el quién, que por definir el porqué. Y tal extremo nos muestra el punto de vista del legislador: la decisión sobre los paraísos fiscales es una decisión de Estado que resiste a ser discutida jurisdiccionalmente. Ahora bien, las problemáticas respecto la relación entre ley y reglamento, o la de éste respecto de la calificación del Foro Global, pueden generar no pocas controversias aplicativas.

En segundo lugar, aparecen nuevos criterios que junto a la lista o relación reglamentaria de paraísos fiscales intervienen en su delimitación. La lista reglamentaria ya había sufrido un proceso de flexibilización para matizar su rígida determinación. Flexibilización, por el hecho de suscribir concretos convenios internacionales que permiten excluir a un país de la consideración de paraíso fiscal. Si bien tales menciones no dejan de ser huera, o si se quiere meramente interpretativas dado el rango normativo del tratado internacional en relación al reglamento, e incluso respecto de la ley<sup>40</sup>. De ahí que en caso de suscribir un tratado internacional del que se derive que el país en cuestión deja de ser considerado paraíso fiscal no es preciso la aprobación de un nuevo reglamento.

40 El carácter de fuente de derecho afirmado por el art. 7.1, b) de la [LGT](#) se evidencia más claramente en la eficacia reconocida en el art. 96.1 de la [CE](#). De tal precepto se deriva una vinculación directa, sin necesidad de una transposición al ordenamiento interno, una vez publicado, y su superioridad a otras fuentes de derecho por los singulares procedimientos de reforma.

La gran novedad de la nueva redacción de la Disposición Adicional primera resulta la introducción de la evaluación por el Foro Global como criterio autónomo y principal de inclusión y exclusión a la consideración de paraíso fiscal. En tal sentido, y de lo analizado, se observa que el legislador emplea una pluralidad de criterios que precisan ser clasificados para mostrar su funcionalidad y relación. Así cabe diferenciar entre:

a) Criterios formales y materiales. Los criterios formales se basan en declaraciones efectuadas normativamente, ya sea por normas nacionales –reglamentos–, o ya sea por normas internacionales –Tratados–. Los criterios materiales son fruto de un proceso de valoración de diversos agentes y autoridades, por las autoridades administrativas nacionales –respecto de la efectividad del intercambio–, o por pares internacionales realizados en el Foro Global.

b) Criterios principales y accesorios o dependientes. Dentro de los primeros tienen tal consideración tanto la relación reglamentaria como la evaluación del Foro Global. En relación al listado reglamentario existen criterios dependientes: la firma de convenios y, en relación a éstos, la evaluación sobre el efectivo intercambio informativo.

c) Criterios por razón del rango normativo: tratados internacionales, menciones legales (la Disposición Adicional), disposiciones reglamentarias, resoluciones de organismos internacionales.

d) Criterios de inclusión o exclusión en la consideración de paraíso fiscal. De inclusión y exclusión, tanto la lista reglamentaria como la evaluación del Foro Global poseen tal eficacia. De exclusión, el suscribir un concreto tratado de intercambio de información; y de inclusión respecto de anterior, resulta la inexistencia de un efectivo intercambio de información.

De las anteriores agrupaciones se extraen dos reflexiones: la primera, respecto de la idea que caracteriza a los paraísos fiscales o su concepto material, y la segunda, sobre el modelo adoptado y la relación existente entre los dos criterios principales.

Por un lado, con los criterios formales se busca que el instrumento empleado dote de seguridad y fijeza la determinación, mientras que los criterios más sustanciales acostumbran a interrogar por el fundamento, permitiendo un mayor control y verificación de los requisitos exigidos. Como puede observarse predominan criterios formales, sobre todo en la elaboración del listado reglamentario, por lo que consideraciones de diversa índole pueden estar presente en la elaboración de tales relaciones. Ahora bien de los criterios accesorios a tal listado –ya sea la suscripción de Tratados o la evaluación de la eficacia– queda claro que el elemento definitorio de los paraísos fiscales es la existencia de intercambio informativo. En tal línea, las valoraciones efectuadas por el Foro Global, dada las finalidades de la Organización en que se insertan y las características que delimitan sus resoluciones, la información ocupa un lugar prevalente, aunque no exclusivo. De lo anterior se observa que el carácter básico en la calificación de los paraísos fiscales es la ausencia de intercambio de información, si bien no se excluye que puedan intervenir otros criterios.

Por otro lado, el modelo adoptado por el legislador es dual. Se emplean dos criterios de inclusión y exclusión en la categoría de paraíso fiscal basados en su relación reglamentaria y en las evaluaciones del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria. El primer criterio aparece flexibilizado por la suscripción de concretos convenios internacionales de intercambio de información cuya aplicación se matiza, a su vez, en base a eventuales apreciaciones administrativas sobre la efectividad del intercambio.

Es de observar que la inclusión o exclusión que realizan ambos criterios es recíproca; o sea, el reglamento respecto a su propia relación o listado y en relación a los considerados como tales por el Foro, y al revés, las calificaciones del Foro respecto de las propias y las reglamentarias. En tal sentido podría excluirse de la consideración de paraíso fiscal por el Foro Global e incluirse por el reglamento, y a contrario. Tal dualidad origina problemas a la hora de establecer la prevalencia de uno u otro.

El criterio de temporalidad puede resolver tal confluencia si consideramos que ambos listados o relaciones poseen reconocimiento por una norma del mismo rango. En tal supuesto, si se parte de

que ambos listados aparecen reconocidas por la Disposición Adicional, la regulación posterior en el tiempo determinará la preferencia en aquello que resulte incompatible con la regulación previa.

Otro criterio que puede decidir la concurrencia es el que afirma que la Disposición Adicional alude directamente a la calificación de pares efectuada por el Foro, por lo que otorga a ésta rango legal. Mientras que la referencia al listado reglamentario supone una legitimación para la existencia del reglamento, pero no otorga rango de ley a las designaciones que efectúa. De ahí que en caso de discrepancia entre el listado reglamentario y la evaluación o relación efectuada por el Foro Global cabría privilegiar los resultados de éste último.

Somos del parecer que este último es el criterio a seguir. La remisión normativa que supone evidencia la importancia de las organizaciones internacionales en la lucha contra el fenómeno de los paraísos fiscales y manifiesta la eficacia de las normas internacionales, aún cuando la mayor parte de éstas carezca de efectos vinculantes directos. A este respecto las disposiciones emanadas de la mayoría de organizaciones internacionales son regulaciones de la autorregulación y su manifestación normativa, el *soft law*, aparece como instrumento de reacción ante la falta o insuficiencia de gobierno o de la heteroregulación tradicional.

La autorregulación afirma la existencia de espacios de decisión autónoma de los actores, pero también el establecimiento de limitaciones, por lo que comporta un carácter regulatorio. La razón o lógica de dichas regulaciones parte de constatar una situación de desregulación existente que ha de limitarse ante los peligros o riesgos que supone. Límites, que son acordados o cuentan con la aquiescencia de los propios agentes actuantes. El énfasis de estas normas no reside en su consecuencia normativa, en el establecimiento de unos resultados uniformes, sino en los espacios de dialogo compartido<sup>41</sup>. La genérica falta de imperatividad en sus dictados conlleva otras perspectivas a valorar: su mayor adaptación a los cambios, su preocupación por la efectividad, o su carácter persuasivo<sup>42</sup>. En la medida que buscan la adhesión y generalización de los comportamientos puede ocurrir que los mismos lleguen a ser obligatorios y coercibles. En tal orientación serían normas pre-imperativas, pues pretenderían anticipar futuras conductas vinculantes a través de su aceptación o recepción, como es el caso analizado.

<sup>41</sup> Pues «[...] el soft law es una fuente del Derecho cuya base ontológica está basada en un mandato de optimización. Se trata de un sector del ordenamiento que exige de sus destinatarios un cumplimiento en grado, sea cual sea su manifestación. El reverso de esta moneda lo encontramos en el hard law, cuya base ontológica no se caracteriza por exigir mandatos de optimización, sino mandatos taxativos» (Sarmiento, Daniel: «La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law». *Cuadernos de Derecho Público*. núm. 28 (mayo-agosto 2006), pág. 229).

<sup>42</sup> Así en Mazuelos Bellido, Ángeles: «Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?». *Revista electrónica de estudios internacionales*. nº 8. 2004.

Ahora bien, la expresa remisión a tales normas, tal y cómo lo efectúa la Disposición Adicional primera, les dota de la eficacia vinculante propia de la norma remitente. Y si ello es así, resulta que la aplicación del régimen tributario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de los No Residentes pensado para los paraísos fiscales dependerá de tales resoluciones. La solución interpretativa que aboca el texto normativo genera algunos interrogantes.

En primer lugar, respecto del principio de legalidad tributaria. Si existen límites a que el reglamento efectúe regulaciones autónomas ¿no han de existir idénticas o más severas restricciones cuando la remisión es a una norma jurídica foránea de carácter no vinculante?

En segundo lugar, el primar los criterios del Foro comportará que el concepto establecido por la OCDE respecto de paraísos fiscales será el prevalente. Tal concepto interrelaciona la baja tributación con la falta de intercambio de información, además de otros criterios, dentro de los cuales pueden existir criterios de gran discrecionalidad derivados de los intereses geopolíticos de los miembros de la entidad.

En tercer lugar, y en virtud de los anteriores razonamientos, la remisión a los acuerdos del Foro Global puede resultar el fin de las listas nacionales de paraísos fiscales.



