

Mecanismos Actuales del Fraude Fiscal. Hacia un Nuevo Modelo de Control^(*)

Por Humberto J. Bertazza^(**)

Resumen Ejecutivo

Ante el fenómeno del fraude fiscal y sus efectos no sólo a nivel de la recaudación sino también de la competencia desleal de los incumplidores, la acción de los poderes públicos debe encaminarse no sólo a la detección y regularización de los incumplimientos, sino también a evitarlos, pivotando en los aspectos disuasivos de la lucha contra el fraude, favoreciendo el cumplimiento voluntario de las obligaciones.

Ello implica una revisión integral de los objetivos perseguidos en la gestión del sistema tributario estatal, enfatizando en la búsqueda de las medidas coordinadas sobre la base de la experiencia práctica para mejorar la respuesta ante el fraude fiscal.

El trabajo comienza analizando el fraude fiscal en el marco de la crisis económica y de la internalización.

Luego se pone la mira en el tema de la política criminal social o preventiva, ante la experiencia de los países más avanzados que demuestra la necesidad de priorizar y planificar la lucha contra el crimen con programas de integración de las múltiples áreas de gobierno dirigidas a la prevención social y penal o de la profilaxis predelictual.

Uno de los aspectos puntuales del tema se refiere a intercambio de información

y su relación con el fraude fiscal, clave en la aplicación en los tributos y en la lucha contra el delito en general y en particular, en el tributario.

Otro aspecto del trabajo, se vincula a la relación del lavado de dinero con el delito fiscal, habida cuenta de las similitudes que existen entre el fenómeno del lavado de dinero procedente del crimen organizado con el del fraude fiscal.

Asimismo, merece particular atención el tema de los paraísos fiscales, ante la decisión de la mayoría de los países de poner acento en el mismo.

El trabajo analiza también el tema de la simulación y el abuso de derecho en la especialidad y las tramas del delito fiscal, tanto respecto del fraude en el IVA, en sus regímenes especiales y el fraude "carrusel".

Al respecto, se hace referencia a la lucha contra el fraude en el IVA, pasándose revista a los distintos mecanismos empleados para su prevención, en el orden internacional.

Por último, el trabajo se refiere a una actualización y puesta al día de la problemática de la prevención del delito fiscal, en diversas administraciones tributarias del mundo, haciéndose eco en la experiencia española, organizaciones internacionales, Trinidad y Tobago, Chile y Australia.

El autor pone el énfasis en el tema de la política criminal social o preventiva. El trabajo presenta un pormenorizado análisis de las prácticas o experiencias de distintos países en los cuales se observa que la prioridad es la planificación de la lucha contra el crimen fiscal a través de programas de integración de distintas áreas de los gobiernos. En el trabajo queda plasmado que se está superando el actual concepto de pretender combatir la evasión exclusivamente con el accionar de la Administración Tributaria.

Introducción

Este trabajo sigue la línea de otros anteriores presentados en este mismo ámbito.

En el año 2003, presentamos un trabajo sobre "La evasión fiscal y los acuerdos internacionales de colaboración" (1). En tal oportunidad, analizamos el concepto de crimen organizado, la evasión fiscal como delito internacional y los aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal.

En particular, el trabajo versó sobre las condiciones necesarias para prestar asistencia en materia de recaudación, los acuerdos de colaboración en nues-

(*) Este trabajo fue expuesto en las sesiones plenarias del XIX Encuentro Técnico Internacional de Administradores Fiscales del IEFPA desarrollado en Bariloche – Argentina en el mes de diciembre de 2009.

(**) Docente del IEFPA. Contador Público Nacional. Socio del Estudio Damonte - Nicolini - Bertazza y asociados. Profesor Universitario. Coordinador y Expositor del ciclo Actualidad Tributaria del C.P. Cs. Es de la C.A.B.A. Director La Ley Online Ciencias Económicas.

tro país, los tratados bilaterales de inversión, su tipificación constitucional y los acuerdos de cooperación en los TBI. En el año 2005, presentamos un trabajo sobre nuevos instrumentos legales de prevención de la evasión fiscal (2).

En dicha oportunidad, analizamos las nuevas figuras legales incorporadas al régimen sancionatorio tributario, como el agente fiscalizador y el tema del secuestro, interdicción y decomiso de mercaderías.

En el año 2007, presentamos el trabajo sobre planes integrales para la prevención y corrección del fraude fiscal (3).

En tal oportunidad, se analizó el concepto de fraude fiscal, los planes integrales de fiscalización (PIF), los estudios de apoyo, la implementación, la organización del proceso de seguimiento y ejecución de los planes y el contenido de los PIF.

Por último, en el año pasado presentamos un trabajo sobre la prevención del fraude fiscal a través de las facturas apócrifas (4).

En tal oportunidad, analizamos el tema de la criminalización del fraude y sus supuestos habituales y las facturas apócrifas en el derecho comparado.

Luego, analizamos el uso de las facturas apócrifas y su punibilidad en el campo penal tributario, haciendo hincapié en la falsedad documental y la prevención del fraude fiscal.

El fraude fiscal es un fenómeno del que se derivan graves consecuencias para la sociedad en su conjunto, al implicar una merma para los ingresos públicos, afectando la presión fiscal que soportan los contribuyentes cumplidores, considerando el nivel de calidad de los servicios públicos y las prestaciones sociales y distorsionando la actividad de los dis-

tintos agentes económicos.

De tal modo, las empresas fiscalmente cumplidoras deben enfrentarse a la competencia desleal de las incumplidoras, de forma que el fraude fiscal constituye el principal elemento de inequidad de todo sistema tributario.

Ante ello, la acción de los poderes públicos debe encaminarse no sólo a la detección y regularización de los incumplimientos tributarios, sino también a evitar que tales incumplimientos se produzcan, pivotando en los aspectos disuasivos de la lucha contra el fraude, al tiempo de favorecer el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias.

Ello implica en la práctica una revisión integral de los objetivos perseguidos en la gestión del sistema tributario estatal, determinando las debilidades del mismo en relación a la detección, regularización y persecución de los incumplidores tributarios más graves y estableciendo un conjunto de medidas coordinadas sobre la base de la experiencia práctica que persiguen mejorar la respuesta frente al fenómeno del fraude fiscal.

La lucha contra el fraude fiscal parece ser actualmente el objetivo de preocupación de los países más importantes, siendo centro de las intervenciones de USA, del G-20 y de la UE.

El 2 de febrero, la Comisión presentó dos nuevas propuestas de Directiva que tienen el objetivo de mejorar la asistencia mutua entre las autoridades fiscales de los Estados miembros. Si se adoptan estos proyectos, los Estados miembros ya no podrán invocar el secreto bancario para rechazar las demandas de cooperación en materia fiscal. Estas reglas internas de la UE afectarían igualmente a Suiza. (5)

El control de los mercados financieros

está también en el orden del día del G-20 de los países más importantes, industrializados o emergentes, que se celebró el 2 de abril próximo pasado en Londres. El primer ministro británico, Gordon Brown, que preside esta cumbre, ha apelado a una "acción mundial contra los paraísos fiscales".

El hecho de que, de los 31 paraísos fiscales contabilizados por la OCDE, nueve estén en territorio británico y 14 en ex colonias de la corona demuestra que la lucha contra el fraude fiscal no puede ser el verdadero objetivo de esta cumbre. Las cosas empiezan a perfilarse cuando se sabe que Suiza, uno de los principales centros financieros del mundo, no ha sido invitada a esta cumbre. De hecho, se trata de una reorganización del sistema financiero internacional, cuyos platos rotos ella puede acabar pagando. Esto ya ha quedado claramente demostrado con el asunto UBS. La acción de la Administración estadounidense contra este banco helvético en realidad es una utilización de una operación contra la evasión fiscal de sus ciudadanos para modificar en beneficio de la Administración estadounidense las reglas del funcionamiento del sistema bancario a nivel mundial.

En un primer momento, el banco suizo UBS aceptó, a pesar del derecho helvético, entregar a la justicia estadounidense el nombre de unos 250 clientes a los que había ayudado a evitar el fisco estadounidense. También aceptó pagar 780.000 millones de dólares de multas. La Administración estadounidense habría podido obtener esta lista respetando el procedimiento suizo y el acuerdo firmado previamente entre Suiza y EE UU.

Para encubrir este procedimiento, la au-

toridad suiza de vigilancia de los bancos, la FINMA, utilizó un artículo de ley previsto para situaciones en que un banco está amenazado de quiebra. Se trataba de saltarse la vía judicial normal y de entregar, sin esperar, los nombres de los clientes. El problema era o bien entregar los datos o bien arriesgarse a una denuncia penal del Departamento de Justicia estadounidense, teniendo en cuenta que en el pasado prácticamente ninguna empresa había sobrevivido a una denuncia del Departamento de Justicia estadounidense. Sin embargo, la justicia estadounidense ha vuelto a la carga, a pesar de que los datos habían sido entregados.

Ahora exige que UBS entregue al fiscal la identidad de unos 52.000 clientes estadounidenses titulares de "cuentas secretas e ilegales". Las cuentas incriminadas representan un total aproximado de 14.800 millones de dólares. Estas exigencias se basan en una denuncia presentada por la Administración estadounidense en el tribunal civil de Miami.

El Tribunal Administrativo Federal de Suiza (6), comunicó su decisión de prohibir la transmisión de los datos bancarios de los clientes de UBS a las autoridades estadounidenses. A pesar de todo, ya se han entregado los datos de los 250 clientes de UBS.

El abogado de la empresa en Washington, George Clarke, piensa que "sin duda el fiscal estadounidense ya conocía esta lista de clientes". Se puede suponer que los estadounidenses hacen que se les entregue una lista de nombres que ya tienen. El objetivo es menos el establecimiento de procedimientos fiscales que obligar tanto al banco UBS como a las autoridades de regulación

suizas a violar su propia legalidad. Se trata, pues, de un auténtico acto de soberanía internacional en la medida en que EE UU tiene capacidad de imponer una decisión que viola el marco legal en el que ella se inscribe.

Tanto la respuesta positiva de UBS como su legitimación por parte de las autoridades de control suizas sitúan a la Administración estadounidense en una posición que le permite formular nuevas exigencias, de nuevo fuera de toda legalidad. Así, la soberanía estadounidense se define no sólo como capacidad de imponer la excepción, sino de imponer un Estado de excepción permanente.

Esta manera de proceder recuerda a la forma en que EE UU obtuvo de las autoridades europeas tanto la transferencia de los datos de los pasajeros aéreos como las informaciones financieras sobre ciudadanos de la UE. En primer lugar, EE UU planteó un acto de pura fuerza, de toma de las informaciones personales violando el derecho europeo. Más tarde varios acuerdos firmados con la UE legitimaron esta acción.

El hecho de que la Administración estadounidense disponga (a través del servidor [informático] de la sociedad Swift situado en territorio estadounidense) del conjunto de las informaciones relativas a las transacciones financieras internacionales permite suponer que, en su mayor parte, ya tiene los datos reclamados a UBS de los 52.000 defraudadores del fisco estadounidense. Recordemos también que gracias a Remotegate las autoridades estadounidenses disponen de una entrada especial que les permite vigilar los intercambios entre bancos internos de Suiza.

El sistema de cifrado que utiliza el

banco tampoco podría resistir a las investigaciones de la NSA, la agencia de espionaje estadounidense que está particularmente especializada en esta materia.

Tampoco podría el lenguaje codificado utilizado por los gerentes de UBS ('naranja', por euro; 'verde', por dólar; 'cisne', que significa un millón, y 'nuez', 250.000) engañar a un investigador.

En sus últimas exigencias, lo esencial para las autoridades estadounidenses es hacer que se les entreguen también las informaciones, lo cual es una violación de los procedimientos jurídicos suizos. Se trata de hacer que este Estado abandone sus prerrogativas de regalía para cedérselas a la Administración estadounidense. Además, el Consejo Federal de Suiza reaccionó en términos de soberanía el pasado domingo 22 de febrero protestando contra las amenazas estadounidenses de medidas unilaterales y anulando su participación en una audición en el senado estadounidense en relación a las cuestiones fiscales y al asunto UBS.

Esta nueva soberanía estadounidense se inscribe en una reorganización del sistema financiero internacional que a través de la lucha contra el fraude fiscal distingue los 'paraísos fiscales' (a los que pertenece Suiza) de los centros 'offshore', como, por ejemplo, los centros financieros de las islas del Caribe. Completamente controlados por las autoridades estadounidenses, estos últimos podrían conservar todas sus actividades en detrimento de sus competidores a los que se ha clasificado negativamente.

EE UU y su satélite de las islas del Caribe controlan un mercado de 'dinero gris' casi igual al de Suiza, puesto que

ocupan una segunda posición, después de Suiza, en materia de gestión de las 'fortunas transfronterizas'. Suiza, que sigue manteniendo una tercera parte del mercado del ahorro mundial administrado fuera del país de residencia, podría ceder rápidamente el terreno a su principal competidor tras esta ofensiva estadounidense.

Este tema nos ha motivado para realizar un estudio sobre el mismo, en el marco del XIX Encuentro Técnico Internacional de Administradores Fiscales en Argentina.

La Crisis Económica y el Fraude Fiscal

La economía mundial desde el año 1990 se ha caracterizado por su creciente apertura y globalización, proceso en el que ha unido la desregulación y la liberación de amplios sectores de la economía y una estrategia de globalización de origen empresarial que implica la división en ámbitos nacionales distintos de la cadena total de valor añadido de una determinada empresa (7).

Tal proceso provoca una creciente interdependencia económica entre todos los países, debido al incremento del flujo de bienes y servicios, de capitales y por la rápida difusión de la tecnología y de la información.

Si bien este proceso de globalización, tuvo movimientos similares en las décadas finales del siglo XIX y principios del XX, aparecen ahora algunas características distintas, como el hecho que no sólo los países desarrollados son los protagonistas, ya que el proceso incluye además a la totalidad de aquellas vías de desarrollo.

Por otra parte, debe destacarse el volumen de operaciones pues nunca antes se conoció un número tan elevado, como el realizado por los mercados financieros, con una vasta variedad de instrumentos financieros.

El proceso no afecta sólo al ámbito económico, sino que potencialmente lo ha hecho a las estructuras políticas y sociales.

Así, aparecen distintas causas que han originado la globalización, como la consecuencia de su naturaleza claramente empresarial, la existencia de mercados fuertemente interconectados en el ámbito mundial, en los que el arbitraje y la competencia conduce a la igualación de los precios en un tiempo muy breve y la desregulación, de la actividad económica y de la liberalización de los movimientos de capitales, bienes y servicios, aunque tal liberalización no haya alcanzado aún a los movimientos internacionales del trabajo.

Ante ello, la globalización presenta también consecuencias muy variadas, como el concepto de país desarrollado, que es aquel que ha acometido los cambios estructurales y sociales que le han permitido salir de la situación de baja renta y reducido nivel de vida que caracteriza el desarrollo (8).

De tal forma es posible distinguir entre crecimiento económico, como fenómeno cuantitativo y desarrollo, como fenómeno cualitativo. El primero, entendido como el aumento real del producto o de la renta y el segundo como la transformación estructural y mejora de los modos de producción y el nivel de vida de una realidad determinada.

En segundo lugar, la generación de fuertes efectos de reasignación, a corto

plazo, derivados de la necesidad de dismantelar sectores productivos enteros en países desarrollados y sus efectos que se difunden con rapidez por la economía mundial, lo cual hace que crisis nacidas en un extremo del planeta puedan afectar casi de inmediato a economías muy distantes.

De tal manera, es posible afirmar que la globalización económica genera importantes beneficios en la economía mundial, como el apreciable aumento de la producción en los últimos años derivado del incremento de las inversiones y del reforzamiento de las actividades de innovación.

Respecto de la movilidad de capitales, la globalización económica se ha concretado a través de un crecimiento del flujo de capitales en los mayores países industriales, lo que implica una participación cada vez mayor de las inversiones extranjeras en los mercados financieros, una eliminación paulatina de la legislación de control de los movimientos de capital y una amplia liberalización financiera de los países industriales.

Ello, ha provocado asimismo importantes desequilibrios fiscales con la consecuente emisión de títulos sobre la financiación bancaria y graves problemas de endeudamiento de los países en desarrollo (9).

En el nuevo contexto económico, los Estados, en alguna medida como espectadores perplejos, asisten a la competencia internacional de los agentes económicos, en algunos casos incumpliendo el objetivo de ofrecer un marco legal adecuado, con lo que el mercado constituye el elemento básico de asignación.

Se produce la crisis financiera y tras ello, se impone un mayor control de los Estados y de los bancos centrales sobre el sector financiero para garantizar el correcto funcionamiento de los mercados (10).

Por otra parte, el proceso de globalización económica provocó la interacción de este entorno económico competitivo con las políticas fiscales de los Estados de tal modo que las medidas fiscales se verán influenciadas por las adoptadas por otros Estados, generándose entornos, una competencia internacional en el ámbito de la política fiscal.

Así, aparecen dos escenarios: uno, el denominado “competencia fiscal sana”, pues los sistemas fiscales tienden a la neutralidad con el fin de que las decisiones de inversión sean más eficientes y no sufran distorsiones de origen fiscal, con el resultado de una mayor equidad horizontal, en la vía de los ingresos tributarios y las políticas de gasto público para promover la redistribución de los recursos.

Por el otro lado, aparece la “competencia fiscal perjudicial”, con el objetivo de atraer capitales utilizando la variable fiscal como ventaja comparativa, a través de bajos tipos impositivos y falta de información.

En principio, cada Estado es soberano para diseñar el régimen fiscal que crea más adecuado, por lo que las diferencias fiscales no permiten hablar de competencia fiscal perjudicial, lo cual aparece con las ventajas fiscales exorbitantes o injustificados (11).

Así, el primer estudio sistemático sobre la materia fue realizado por OCDE (12), que llegó a la conclusión que los paraísos fiscales actuaban como instrumento

de competencia fiscal perjudicial, al atraer bases impositivas de otros países mediante la oferta de un marco de acción acomodaticio y de una legislación idónea para la realización de actividades ficticias, al tiempo de ofrecer al capital extranjero la opción de una tributación baja o inexistente (13).

En los últimos años, tanto OCDE como en la UE, se han realizado diversos trabajos sobre el tema, adoptándose medidas de forma explícita y estructurada contra la competencia fiscal perjudicial. De tal forma, se concluye en que para que una jurisdicción pueda ser considerada paraíso fiscal, debería darse al menos, el primero y alguno de los demás criterios.

- a) Nivel de imposición bajo o nulo.
- b) Falta de intercambio de información efectiva.
- c) Falta de transparencia en lo que se refiere a una falta de conocimiento del funcionamiento de las disposiciones legales, administrativas o legislativas.
- d) Falta de actividad sustancial.

A la par de dichos criterios, que podemos conceptualizar como principales, se incluyen otros aspectos que se consideran como relevantes como inaplicabilidad de criterios sobre precios de transferencia elaborados por OCDE, exención de rentas de fuente extranjera, posibilidad de negociación con las autoridades fiscales de las condiciones de tributación (rulings) y la fama internacional notoria de la jurisdicción como paraíso (reputation test).

En 2001 la OCDE reorienta sus trabajos y modifica estos criterios perfilando la distinción entre paraísos fiscales cooperantes y no cooperantes, reservando sólo para estos últimos la inclusión en

listas negras y adoptando contramedidas defensivas. La acción terrorista contra las Torres Gemelas pone de manifiesto que los paraísos fiscales son plataformas para financiación de la actividad terrorista internacional y el interés de Estados Unidos se centra en luchar contra la falta de intercambio de información efectiva y la falta de transparencia en lo que se refiere a una falta de conocimiento del funcionamiento de las disposiciones legales, administrativas o legislativas.

En definitiva, se mantienen formalmente los cuatro criterios del Informe de 1998 para definir un paraíso fiscal, pero sólo se considerará que un paraíso fiscal es no cooperante cuando incumpla los criterios b) y c) anteriores y será objeto de inclusión en las listas negras que permiten medidas defensivas.

En 2003 se incorpora un nuevo concepto, el level playing field principle por el que los Estados deben adoptar un compromiso formal de cumplir los estándares de transparencia e intercambio de información.

Como es sabido, se reúnen en Londres (14) los miembros del G 20 bajo el liderazgo norteamericano para reconducir la grave crisis financiera mundial. En dicho foro se decide poner coto a los paraísos fiscales, por su falta de transparencia y se hace pública la lista negra de paraísos fiscales no cooperantes (Costa Rica, Filipinas, Malasia y Uruguay). En dichos momentos, esa lista provoca una cierta conmoción y los cuatro afectados comunican urgentemente a la OCDE su compromiso de intercambio de información y mayor transparencia.

En definitiva, la OCDE (15) ha hecho pública sus listas y por primera vez no

existe una lista negra de paraísos fiscales. Los paraísos fiscales son jurisdicciones que han sido consentidas por las grandes potencias, porque permitían cínicamente realizar actividades impensables en las jurisdicciones respetables. Por ejemplo, muchas empresas multinacionales para localizarse en determinadas jurisdicciones u obtener grandes adjudicaciones de contratos internacionales tenían que sobornar a las autoridades locales. Ante esta situación ¿cómo justificar dichos gastos ante sus Administraciones fiscales?. Pues con anterioridad desviando fondos que permitieran dichas prácticas. Por otra parte, la defectuosa corrección de la doble imposición internacional provocó que se constituyeran sociedades instrumentales en los paraísos fiscales donde se remansaban beneficios en lugar de repatriarse a los Estados donde residían los inversores internacionales. (16).

Es importante, en este punto, plantearnos hacia dónde va el mundo, con la crisis actual de origen financiero. Es indudable que la misma nos obliga a replantearnos el control de los mercados y aumentar la transparencia, con un adecuado funcionamiento de los bancos centrales y la elaboración de estándares de transparencia por el FMI.

Respecto de los paraísos fiscales han dado un paso atrás en el escenario mundial tras la reunión del G20, aunque es de destacar que muchos países respetables, tienen un doble discurso pues mientras que por un lado realizan una fuerte condena, por el otro buscan desesperadamente liquidez de los depósitos con medidas que van en sentido contrario.

Por otra parte, otros países han reanudado la lucha contra los paraísos fiscales y para solventar la crisis financiera internacional han instrumentado la denominada tasa Tobin, que en realidad es un impuesto para luchar contra los especuladores internacionales a través de los tipos de cambio.

Este impuesto grava los movimientos de capitales, ante la salida masiva y especulativa de capitales de un Estado con nueva divisa débil hacia un Estado con una divisa fuerte.

Tal propuesta jamás se ha aplicado antes y produce distorsiones a la libre circulación de capitales, no pudiendo aplicarse, en principio, en el seno de la UE por ser contraria al Tratado, pudiendo ser sus efectos indeseables, al provocar el encarecimiento de la inversión directa internacional hacia los países en vías de desarrollo y potenciar el contrabando de divisas para evitar el impuesto con los costos administrativos que ello conlleva y fomentar la creación de estructuras delictivas a tal fin (17).

Política Criminal Social o Preventiva

La experiencia de los países más avanzados (18) demuestra la necesidad de priorizar y planificar la lucha contra el crimen con programas de integración de las múltiples áreas de gobierno dirigidas a la prevención social y penal o de la profilaxis predelictual (19).

Así, ninguna medida de seguridad, jurídico-penal será por sí sola suficiente si no va acompañada de una prevención criminal de base científica y no mera-

mente dogmática o filosófica.

La elevada cifra de delincuencia oculta demuestra que sólo una mínima parte de los delitos cometidos son efectivamente denunciados o comunicados a la autoridad judicial, con lo cual recién tendrá lugar el proceso cuya tasa condenatoria no suele superar el 3%, de lo que se deduce que menos del 1% de los crímenes ocurridos es objeto de sanción. Un deficiente funcionamiento y organización de la justicia penal y de la detección del delito, suele reforzar positivamente la tendencia y la pulsión al delito, ante la expectativa de éxito asegurada por una eventual impunidad. De tal forma, la necesidad de evitar la conducta social ambivalente.

Con relación al tema de la política criminal social o preventiva, ha dicho Tieghi (20) que es aquella que, mediante la aplicación de los conocimientos antrosociales que sirven para explicar la conducta social y delictiva, de forma de fomentar las medidas convenientes para disminuir aquellas causas o factores que favorecen el denominado aprendizaje criminal y convenientemente, la tasa operante del delito.

A su vez, Von Liszt (21) diferenció a la política social de la criminal, afirmando que la primera tenía por objeto la supresión, o al menos de la restricción, de las condiciones sociales del crimen.

La experiencia de muchos países, entre los cuales se encuentra la Argentina, nos indica que existe una inaceptable falta de atención a la planificación, organización y puesta en práctica de una prevención criminal ética y científica de la criminalidad.

Para ello, parece útil la propuesta de

Tieghi (22) en el sentido de determinar las causas del auge o estallido criminal, como punto de avance en el tema. Ahí, el mencionado autor, expone tales causas de la siguiente forma: a) la desintegración familiar y el aprendizaje desviado b) la aprobación incondicionada de fines; c) la deficiente desaprobación social del delito; d) la corrupción administrativa y el abuso de poder, intensificando las ambivalencias institucionales; e) el incremento de la delincuencia oculta y de impunidad del crimen; f) la ausencia de disposiciones eficaces sobre el propio producto del delito; g) la inexistente detección anticipatoria del crimen y de su aprendizaje; h) la carencia de una difusión coherente de mensajes o señales por parte de los medios de comunicación e intercomunicación.

Es por ello que, a partir de dichas premisas, los programas de prevención, deben operar en base a ciertos propósitos o estrategias, que deben ser cuidadosamente definidos, entre los cuales deben ocupar un sitio de privilegio el fortalecimiento y consolidación de las costumbres, las normas éticas, de valores y de significaciones centrales de la sociedad, impulsando programas dirigidos a la detección primaria precoz o anticiparia de la criminalidad y de la detección secundaria sobre quienes se encuentran bajo motivación o expectativas de riesgo.

De prescindirse de tal política de prevención, nos encontramos ante la recurrente situación que hoy asistimos en nuestra sociedad, caracterizada por desbordes continuos y exponiendo al estado de derecho a inevitables exce-

sos que constituyen su propia negación. Desde tal punto de vista, compartimos con Tieghi (23) que ninguna medida de seguridad, jurídico-penal será por sí sola suficiente si no va acompañada de una prevención criminal de base científica y no meramente dogmática o filosófica.

El Intercambio de Información y el Fraude Fiscal

Es indudable que la información es clave para una actuación eficiente en muchos aspectos de la vida, en la gestión y en el proceso de toma de decisiones. En particular, el tema es clave en la aplicación de los tributos y en la lucha contra el fraude fiscal y contra el delito en general.

La información de trascendencia tributaria y su vinculación con la gestión de recaudación fiscal es un tema novedoso, en lo que respecta a la Administración tributaria, diríamos de las últimas tres décadas.

Así, han aparecido en el mundo distintos mecanismos de información, utilizados en materia tributaria, a través del denominado deber de colaboración que tienen los contribuyentes, como obligación accesoria de la de determinación e ingreso de los impuestos.

De tal manera el deber de colaboración con la Administración tributaria, implica cumplir con los requerimientos fiscales a fin de proporcionar toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria.

El desarrollo del sistema de información

tributaria capaz de asegurar eficientemente el cumplimiento de las obligaciones tributarias, se basó fundamentalmente en el desarrollo del tratamiento automatizado de datos que permitió un nuevo procedimiento de gestión.

Al expandirse el fenómeno del fraude a otras fronteras, aparece un nuevo tema que es el que se refiere a la información vinculada al de su intercambio entre las distintas administraciones tributarias.

Aparecen así nuevas dificultades en torno a la información, tanto en lo que respecta a la obtención de la información, como a su limitación territorial, por la ocultación realizada por ciertos países y territorios, principalmente por el mantenimiento del secreto bancario o por la negativa de suministrar información.

La implantación del IVA, en los países de la Unión Europea, provoca como resultado inmediato, el intercambio de la información, entre los países miembros. Luego, otros acontecimientos reforzaron la importancia del intercambio de información no sólo en la lucha contra el fraude fiscal, a través de paraísos fiscales y competencia fiscal dañina, sino también como plataforma de la armonización fiscal en la Unión Europea con proyección internacional y como elemento imprescindible contra el blanqueo de capitales (24).

Tal como señala Calderon Carrero (25) tal situación se debe además a que la libre circulación de personas y capitales, combinadas con la facilidad de las comunicaciones y el relajamiento de los controles fronterizos, permiten la deslocalización fiscal artificial de las personas

y el desplazamiento de activos financieros a locaciones opacas con relativa facilidad.

El intercambio de información tiene lugar, en forma habitual, al amparo de las previsiones de los convenios de doble imposición sobre asistencia mutua.

El intercambio de información puede hacerse mediante requerimiento, en forma automática y espontánea, pudiendo estas modalidades combinarse entre sí o con otras técnicas para obtener información, como comprobaciones paralelas y simultáneas con otros estados.

La información requiere del secreto, que debe garantizar cada estado que la recibe o la emite.

Por otra parte, al principio general de intercambio de información, existen ciertas limitaciones.

Como reconoce Bustamante Esquivias (26) las peticiones mediante previa solicitud, son en la actualidad el instrumento de mayor incidencia en el normal funcionamiento de las relaciones de asistencia mutua.

En la Comunidad Económica Europea, el interés común de los países miembros en detectar y prevenir la evasión y el fraude fiscal, llevó a una regulación de las bases de intercambio de información (27), relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los estados miembros.

El régimen de intercambio de información en la Unión Europea tiene sus antecedentes en la práctica asociada a la aplicación del Art. 25 del modelo de convenio para evitar la doble imposición.

Así, han surgido diversas cuestiones con su aplicación, como las modalidades del intercambio de informa-

ción y sus limitaciones.

Otros aspectos del intercambio de información se vincula a la aplicación concreta respecto de cada tributo, como el IVA, los impuestos especiales y el gravamen del ahorro.

En una economía globalizada, necesitada de intercambios de información para garantizar la aplicación efectiva de los sistemas tributarios, la OCDE ha desempeñado un papel sustancial tomando iniciativas para facilitar el intercambio de información, posibilitando contactos entre Estados miembros y terceros países.

En tiempos recientes, ha trabajado estrechamente con la Unión Europea en la mejora de los sistemas de cooperación existentes y en el establecimiento de relaciones entre las autoridades fiscales y las administraciones responsables de evitar el lavado de dinero ilegal.

En tal sentido, el patrón base sobre el intercambio de información a los efectos de las iniciativas de la OCDE sobre competencia fiscal perjudicial, está dado por el Modelo de Acuerdo, al surgir de los trabajos desarrollados para atajar las prácticas fiscales perjudiciales.

El Convenio Consejo de Europa-OCDE sobre Asistencia Administrativa mutua de materia fiscal fue desarrollado conjuntamente por ambas instituciones y abierto a la firma de los estados miembros (28).

Asimismo, hay que destacar los esfuerzos de la OCDE para mejorar el intercambio de información mediante el uso de nuevas tecnologías en la transmisión de la información.

Los avances en materia de intercambio internacional de información mediante el uso de nuevas tecnologías en la trans-

misión de la información.

Los avances en materia de intercambio internacional de información para combatir el fraude fiscal, han sido espectaculares en los últimos 20 años, pues de un sistema prácticamente inoperante se ha pasado a un modelo muy activo y de gran potencialidad, que involucra no sólo a los Estados, sino también a instituciones técnicas y políticas internacionales.

Ha existido desde hace tiempo atrás, una notoria preocupación en los países más desarrollados en relación a la utilización de los datos que se encuentran en poder de las respectivas administraciones tributarias.

Ello, pues nos enfrentamos ante una cuestión tan compleja y delicada, como la posible eficacia del secreto fiscal, en cuanto al carácter reservado de la información obtenida por los órganos de recaudación.

Desde este punto de vista, el secreto fiscal es el complemento o contra peso de los deberes de colaboración establecidos en el procedimiento tributario a cargo del sujeto pasivo o de terceros, de manera de existir una conexión jurídica entre los deberes de suministro de información y el secreto tributario (29).

Así, podría decirse que el debate sobre el alcance y extensión de los deberes de colaboración ha cedido el paso a la discusión sobre el fundamento, alcance y límites del secreto tributario. Ello es así, pues el reconocimiento del secreto tributarios no sólo establece un deber a cargo de la Administración y los funcionarios afectados, sino que concede un derecho subjetivo al particular interesado.

La relevancia constitucional del tema,

en relación al secreto tributario, se vincula a la conexión con el deber de colaboración, del sujeto pasivo, pues los deberes de colaboración en general, y el deber de suministrar información en el caso concreto, no son deberes autónomos ni independientes, sino instrumentales respecto del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (30).

Sin perjuicio de ello, es indudable la importancia en el momento actual de garantizar el cumplimiento de las leyes tributarias de un Estado con la información fiscal de carácter interestatal (31). Tal situación adquiere una dimensión particular ante el denominado “dumping fiscal”, como consecuencia del aumento del fraude y de la evasión fiscal internacional, que ha generado la necesidad de establecer límites ante ello (32).

Así, se ha dicho que una de las piedras angulares de un efectivo sistema de control fiscal es la información, ya que la función de la obtención de la misma es determinar hasta qué punto el obligado tributario está cumpliendo sus deberes fiscales.

De tal manera, a través de una eficiente red de información, los agentes tributarios pueden verificar que obligaciones tributarias realizan hechos con trascendencia fiscal y el alcance de la misma. Ante la importancia de los hechos delictivos a los que hemos hecho referencia, la mayoría de los países han tomado conciencia de la generación de un nuevo contexto a través de la cooperación mutua internacional, más allá de la complejidad técnica de su instrumentación, unida a las ramificaciones políticas y diplomáticas que entrañan.

En la actualidad, el intercambio de información entre Estados constituye uno de los mecanismos de asistencia administrativa mutua que goza de mayor difusión y eficacia al objeto de prevenir el fraude y la evasión fiscal internacional (33).

Sin embargo, debe destacarse que la verdadera expansión y uso de este tipo de mecanismos de asistencia administrativa se ha producido recién en la década de los 70 (34).

El denominado secreto tributario constituye una excepción al principio de publicidad y transparencia, propio de los estados democráticos, que protege la información obtenida por la Administración tributaria frente a su revelación o uso indebido.

Desde tal perspectiva, el secreto tributario entraña dos consecuencias jurídicas: por un lado, supone la consagración de la reserva o confidencialidad de toda información obtenida por la Administración tributaria, de forma que no puede ser revelada a terceros y por el otro, el secreto impide que tal información en poder de la Administración tributaria puede ser usada para fines diferentes de los estrictamente tributarios.

Así, la protección directa tiene lugar cuando una ley establece el secreto y los límites del uso de la información fiscal y la indirecta, por el contrario, garantiza la reserva de la información fiscal, estableciendo sanciones disciplinarias de carácter administrativo y/o penales en el caso de que las personas al servicio de la Administración tributaria infringieran su deber de sigilo en relación con los datos de los que tuvieran noticia en el ejercicio de sus funciones.

Tal como ha expuesto Ruiz García (35) el secreto tributario puede tutelar tanto intereses públicos como privados o particulares, invocándose desde la perspectiva de la doctrina española, el derecho a la intimidad, en forma personal y económica, como fundamento del secreto tributario.

Así, la protección del secreto fiscal queda confundida con la de los derechos fundamentales o de los datos que gozan de una especial protección constitucional.

Existen ciertas excepciones o derogaciones de la regla del secreto tributario a falta de previsión constitucional específica, en dónde no haya un derecho constitucional al secreto.

Así, el legislador podría libremente configurar el secreto tributario de la forma que resulte más oportuna, respetando en todo caso los límites que se derivan de texto constitucional. En tal sentido, el legislador podría permitir la revelación pública de los datos que no gozan de protección constitucional, atendiendo a otros intereses prevalentes.

De allí, podría surgir una base legal que permita el intercambio de información fiscal interestatal, en el sentido de permitir la transmisión de información fiscal cuando la cesión tenga por objeto la colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias (36).

En el derecho interno, la mayoría de los países excluye el intercambio de información a administraciones fiscales extranjeras a menos que exista un convenio internacional que encauce este tipo de transmisiones de datos y en algunos, se intercambian informa-

ción únicamente en aquellos casos en los que el convenio obliga al suministro de datos, de tal forma que la Administración tributaria requerida no posee discrecionalidad al respecto.

Por lo tanto, es posible afirmar como regla a nivel mundial que las administraciones tributarias de los diferentes estados no intercambian información fiscal si no media un convenio internacional específico fiscal que lo permita.

En general, el intercambio de información (37) únicamente articula un mecanismo de asistencia administrativa, mutua, por lo que las Administraciones fiscales son los mismos sujetos que intervienen en tales transmisiones de datos, de forma que resulta excluida la intervención directa de otro tipo de sujetos como podrían ser los órganos jurisdiccionales o incluso o dos tributarios. Surgen así ciertos principios para que resulte susceptible el intercambio de información, como el hecho, de ser necesaria, relevante para la aplicación del convenio o del derecho interno de los estados contratantes y afectar o concernir únicamente a los impuestos cubiertos por el convenio.

Desde otro punto de vista, la jurisprudencia internacional exige que los requerimientos de información (intercambio rogado) emitidos por una Administración tributaria a otra tengan relevancia o están conectados con un caso concreto. De ello, se deriva que debería estar enmarcado en una comprobación o inspección ya iniciada, excluyéndose totalmente la posibilidad de las denominadas “fishing expeditions” o

requerimientos de información genéricos, sin referencia alguna a un obligado tributario o particular, destinados a detectar bolsas o supuestos de fraude fiscal internacional.

Por otra parte, para que resulte obligatorio el suministro de la información se requiere, además de la relevancia fiscal de la información, que el Estado solicitante haya agotado todos los medios de que dispone para obtenerla (exhaustion rule), de forma de operar una suerte del principio de subsidiariedad que excluya la obligación de intercambio del Estado requerido cuando el requirente no acreditara su incapacidad o la imposibilidad de obtener los datos que solicita.

Una cuestión importante a analizar es la relativa a los medios que pueden y deben emplear las Administraciones tributarias de los estados contratantes cuando ejecutan un requerimiento de información solicitado por otro estado contratante.

Ello, pues es indudable que los estados están habilitados y obligados a intercambiar la información fiscal que las Administraciones tributarias posean, siempre y cuando la hubieran obtenido legalmente.

Existen ciertos límites a la obligación de intercambiar información (38), en los casos en que no concurre la “reciprocidad”, cuando el suministro de datos supone la revelación de secretos empresariales y profesionales y cuando la transmisión de la información contravendría el orden público.

Otro aspecto de interés es el que se refiere a la cláusula del “secreto tributario

internacional” y su funcionalidad, pues el tratamiento jurídico de los datos objeto de intercambio entre las Administraciones tributarias constituye una piedra angular en el sistema de asistencia mutua internacional y comunitario.

Ello, pues la mayoría de los países, como hemos señalado, gozan de un sistema jurídico moderno estableciendo diferentes mecanismos destinados a proteger la información obtenida por la Administración tributaria de usos o revelaciones no autorizadas.

Si bien la mayoría de los países han previsto normas destinadas a garantizar el secreto fiscal, las regulaciones difieren entre sí en tal medida que no existe un informe de protección que resulte susceptible para unos u otros.

Así, aparecen algunos países con una arraigada tradición del secreto tributario (39) y otros (40) en que existe una cierta tendencia a la publicidad de la información fiscal por considerarse que la comunidad tiene derecho a saber que todas las personas cumplen con sus obligaciones tributarias.

Otro aspecto que requiere una profunda revisión es la posición jurídica de los obligados tributarios en los procedimientos de intercambio de información, a los efectos de hacerlos compatibles con las garantías procedimentales y materiales presentes en la mayoría de los sistemas tributarios modernos.

Surge así, uno de los temas centrales de la cuestión: si bien el intercambio de información entre las Administraciones tributarias constituye una necesidad incontestable en la hora actual, ello no

debe hacerse a toda costa en perjuicio de los obligados tributarios, lo cual debe ser objeto de un tratamiento equilibrado. Tal situación debería comprender también la introducción de medidas que permitieran la resolución eficaz de las frecuentes contingencias fiscales que, como consecuencia del intercambio de información, soportan los obligados tributarios (41), ya que el control del deber de contribuir no debe hacerse efectivo en detrimento de los obligados tributarios en una tributación justa (42).

Lavado de Dinero

Existen similitudes entre el fenómeno del lavado de dinero procedente del crimen organizado y del fraude fiscal, por sus similares técnicas de lavado de capitales. Así, el crimen organizado y el fraude fiscal generan rentas que necesitan de un proceso de lavado para reintegrarlas a la economía legal (43).

Las principales operaciones resultan ser las mismas, pues, en primer lugar, se aleja los fondos de toda asociación directa con el delito, en segundo lugar, se borra cualquier relación con su verdadero origen y en tercer lugar, se pone de nuevo el dinero a disposición del delincuente o defraudador una vez ocultado su origen geográfico y la actividad que los ha generado.

La relación entre el fraude fiscal y la criminalidad organizada despliega sus efectos en las plazas financieras.

De tal manera, el informe sobre Refugios Financieros de las Naciones Uni-

das, establece que en el caso de la criminalidad organizada, una de las características de un refugio financiero ideal para el lavado de capitales de origen criminal, es la ausencia de todo acuerdo para compartir información fiscal con otros países.

La denominada globalización de la economía, ha ampliado las oportunidades de fraude y evasión fiscal, así como la expansión del crimen organizado y el lavado de sus fondos (44).

La percepción social del fraude tiene su influencia en el lavado de capitales, pues una sociedad carente de valores sociales y con un alto nivel de fraude será más propensa a aceptar los capitales procedentes de la delincuencia organizada, en la medida que el blanqueador se aprovecha de este clima social para lavar sus capitales de origen criminal.

Es posible distinguir entre dos tipos de lavado en función de la procedencia del dinero: por un lado, el dinero gris que es aquel que ha sido obtenido en una actividad legal pero oculta al Fisco y que en un momento determinado es necesario darle una apariencia de legalidad y por el otro, el dinero sucio o criminal, que es aquel que procede de actividades que por sí constituyen una actividad delictiva y que al menos en una parte, es reinvertido en la economía legal.

El fraude fiscal como delito previo del delito de lavado

Debido a las estrechas relaciones existentes entre el fenómeno del crimen organizado y el fraude fiscal, una corriente

política cada vez más influyente aboga por incluir el delito fiscal como fuente de delito de legalización.

Así, el Informe sobre Refugios Financieros remitido a las Naciones Unidas, establece que parece haber llegado el momento de poner fin a la división artificial del dinero delictivo en categorías que dependen de la índole del delito de que provienen, quedando tipificada la evasión fiscal como delito antecedente en el lavado de dinero.

De la misma manera, en el ámbito europeo, tanto el Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades y sus dos protocolos adicionales, como la Acción común 98/699/JAI relativa al lavado de dinero, abogan por incluir a la evasión fiscal como figura delictiva a los efectos del lavado.

En el caso de los EEUU, se incluye dentro de la extensa lista de delitos previos, a los delitos fiscales de evasión de impuestos y la falsificación de documentos con la finalidad de defraudar tributos o la asistencia para realizarlo (45).

Uno de los temas que ha merecido la atención de la doctrina es el bien jurídico protegido en el caso del lavado de dinero, el cual debería dirigirse contra los efectos económicos de la criminalidad organizada y contra la financiación del crimen organizado.

En tal sentido, el Preámbulo de la Convención de Viena de 1988, manifiesta que la necesidad de penalizar el lavado de dinero proviene de la capacidad de las organizaciones criminales de invadir, contaminar y corromper las estructuras

de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles.

De acuerdo con el enfoque que se adopte respecto del concepto material del delito de legalización, dos son las posiciones político criminales sobre la concreta determinación del delito.

La primera, aunque no se llegue a considerar este delito como una forma de participación criminal, fundamenta el delito de la legalización y por lo tanto, su mayor gravedad respecto al encubrimiento y la receptación, en la gravedad del delito previo.

La segunda, apunta a una mayor autonomía del delito de legalización y fundamenta la delimitación del delito previo, no en la mayor gravedad de éste, sino en la capacidad de afectar el bien jurídico protegido.

En tal sentido, si el delito de lavado de capitales debe ir encaminado a la lucha contra la criminalidad organizada, y en especial, contra los efectos negativos en el sistema económico, los delitos de referencia deberán limitarse exclusivamente a aquellos que potencialmente reúnan esta característica, y no volver, en cierta medida, a castigar de nuevo el hecho tipificado en el delito de referencia.

La importancia del tema, en cuanto al problema del delito previo, está dado por el hecho de que para que los bienes procedan de un delito previo es necesario que éste se haya cometido con anterioridad.

Ello, pues en términos generales se ha admitido que el blanqueo de capitales ha de recaer sobre objetos

originados de un delito previo.

Inicialmente, el delito de blanqueo de capitales surge en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, de manera que el Convenio de Viena restringe el blanqueo de capitales exclusivamente a los bienes procedentes de delitos relativos a drogas tóxicas o estupefacientes (46).

La evolución más reciente del delito de blanqueo de capitales tiende a incluir como delitos otras actuaciones delictivas también generadoras de enormes beneficios (47), con lo que no se restringe al ámbito de bienes susceptibles de ser blanqueados sino que, por el contrario, lo amplía a todos las infracciones penales, o sea, a todo tipo de delitos (48).

En el mismo sentido, se expresa la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, en la medida que el fenómeno de blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también con otras actividades delictivas (49).

Siguiendo tal línea, también se encuentra la GAFI (50) que establece que en adelante seguirá ejerciendo su trabajo en relación con el blanqueo de capitales procedentes de delitos graves y/o delitos que generan importantes ganancias. Esta posición es también compartida por otros autores (51) cuando advierten la 4ª recomendación de la GAFI (52) en el sentido de dejar el criterio de cada país la determinación de cuales sean las infracciones graves que deban ser consideradas como generadoras de capitales cuyo blanqueo dé

lugar a los delitos previstos.

Sin embargo, las notas “interpretativas” especifican que el delito de blanqueo de capitales debería introducirse por los países en relación a aquellas infracciones graves que generen un volumen importante de beneficio para el infractor.

El Intercambio de Información y el Fraude Fiscal

Hace ya algún tiempo, los expertos señalaban que buena parte de la inversión extranjera en el mercado de capitales, son capitales nacionales repatriados que previamente han salido, regresando a través de entidades constituidas en el exterior (53).

A su vez, la Resolución del Consejo de Comunidades Europeas (54), sobre fraude y evasión fiscal internacionales puso de relieve las principales razones que obligan a regular este fenómeno social.

Un tratamiento clásico del tema ha sido dado por el informe del Comité de Expertos (Informe Ruding) que ha establecido tres zonas consideradas de baja tributación: los paraísos fiscales clásicos, las áreas de baja tributación y los territorios con servicios desarrollados (55).

a) Paraísos fiscales clásicos o tradicionales

Se trata de territorios que tratan de atraer la inversión extranjera ofreciendo capacidad fiscal y/o regímenes tributarios extremadamente ventajosos en relación con la tributación de otros países

considerados de carga fiscal normal o elevada. Estamos ante países escasamente industrializados, que tratan de allegar recursos financieros empleando casi exclusivamente sus incentivos fiscales.

b) Áreas de baja tributación

Son territorios o países desarrollados que establecen incentivos y opacidad fiscal en relación con determinado tipo de operaciones o personas que obtengan rentas foráneas. Se trata de países de alto nivel impositivo que establecen regímenes tributarios especiales para atraer capital extranjero.

c) Países con servicios altamente desarrollados

Estos países no ofrecen tipos de gravamen bajo o exenciones, sino secreto tributario y bancario, una amplia red de convenios de doble imposición y un alto nivel de sofisticación de asesoramiento económico, financiero, jurídico, fiscal y contable.

Debe advertirse que en la práctica no existe un consenso a la hora de encuadrar a una plaza financiera extraterritorial en alguna de las categorías mencionadas (56).

Con relación al tema de los paraísos fiscales, es de recordar que el término anglosajón tax haven, como refugio fiscal, es el origen de la palabra.

Ciertos elementos caracterizan los paraísos fiscales (57), entre los que se encuentra la presencia en su ordenamiento de un régimen fiscal especialmente ventajoso, que se puede instrumentar a través del establecimiento de una exención o de un tipo de gravamen muy reducido para una cate-

goría de rentas, para una determinada categoría de personas o a favor de determinados sectores empresariales.

En segundo lugar, la protección de la confidencialidad de la información económica-financiera desde dos ámbitos diferentes: por una parte, la mayoría de las áreas de baja tributación garantizan el secreto bancario y niegan la asistencia a las administraciones y tribunales de otros Estados. Por otro lado, el derecho comercial de este tipo de territorios está configurado con frecuencia a los efectos de garantizar la confidencialidad de los inversores foráneos.

En tercer lugar, una legislación mercantil y financiera flexible, con escasa publicidad contable y formas flexibles en lo que se refiere a la constitución, funcionamiento y liquidación.

En cuarto lugar, una escala o nula red de convenios internacionales en materia fiscal y sobre todo aquellos en los que se establecen mecanismos de cooperación entre las administraciones tributarias con relación al intercambio de información (58).

Una de las operaciones más frecuentes es la constitución de sociedades para que reciban determinadas rentas que, de otro modo, estarían sujetos a un impuesto societario notablemente más elevado, como sería el caso de las sociedades base, ubicada en un territorio fiscalmente beneficioso y controlada por personas físicas o jurídicas domiciliadas en el territorio de donde proceden las rentas.

Si la sociedad decide no distribuir directamente los beneficios entre los verdaderos propietarios, por residir en

territorios de alta tributación o por cualquier otro motivo, se podrá recalificar la renta obtenida de muy diversas formas y eludir las cargas fiscales.

El restante aspecto es el que se refiere a la residencia de las personas físicas, sin perjuicio de lo cual los beneficios de este tipo de operaciones a través de los paraísos fiscales han disminuido en los últimos tiempos.

Ante ello, la mayoría de los países establecen listas de territorios que tienen la consideración de paraísos fiscales, de forma que toda operación financiera o comercial con algunos de ellos está sujeta a un régimen especial de control.

La Simulación y el Abuso de Derecho en el Derecho Tributario

El fraude de ley se verifica cuando se intenta amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición dada en verdad con una finalidad diferente. El negocio en fraude a la ley consiste en utilizar un tipo de negocio o un procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio; aquel precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en la práctica (59).

Así, el fraude a la ley aparece como un ataque indirecto al ordenamiento jurídico en su conjunto mediante la ejecución de un o una pluralidad de actos, que se concretan al amparo de una norma de cobertura en la obtención de un resultado prohibido por la norma prohibitiva o im-

perativa que se aspira a eludir (60). Surge una estrecha relación entre el fraude de ley y el abuso del derecho, pues ambos tienen como característica en común, el repudio o el rechazo de la obtención o del intento de obtención de un resultado contrario del ordenamiento jurídico positivo que busca, sin embargo, su apoyo o su cobertura en el propio ordenamiento (61).

Así, los actos calificados de fraude o de abuso del derecho son verdaderamente legales, aunque utilizando como instrumento el propio derecho.

Si bien el abuso y el fraude constituyen modalidades de incumplimiento de las obligaciones, en el caso del abuso, el incumplimiento es directo y en el fraude, se produce indirectamente, mediante la elusión de la ley aplicable (62).

Existe también una vinculación entre la buena fe y el fraude a la ley. La exigencia de la buena fe, como deber jurídico de cualquier ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones, se enlaza a una regla de conducta, según los criterios sociales o morales de los impuestos.

Ahora bien, el imperativo de no defraudar la confianza está en la base de la buena fe, siendo ésta un elemento constitutivo del fraude de ley.

Desde otro punto de vista, destacamos que la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial, ya sea éste contrario a la existencia (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa) (63).

La simulación es pues una declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines

de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.

Existe un campo común de coincidencia entre simulación, abuso de derecho y fraude de ley, en razón de la finalidad de transgresión indirecta de las normas jurídicas o del traspaso de los límites permitidos.

Sin embargo, la reacción frente a la simulación se centra en la verdadera realidad jurídica y en el fraude de ley, se dirige a la destrucción de la realidad jurídica que abiertamente se intenta crear. En frente a tales conceptos, se encuentra la idea del ahorro fiscal o la economía de opción, que está en la ley, y en su aplicación correcta, como configuración por parte del legislador de oportunidades tributarias que suponen siempre la elección entre otras posibilidades, todas ellas lícitas.

A su vez, el concepto de evasión fiscal se traduce en el comportamiento ilícito del particular incumpliendo el deber de prestación patrimonial que origina la realización del hecho imponible.

Así, el núcleo de la conducta transgresora es la ocultación de rendimientos, bienes y derechos de contenido económico mediante la utilización de documentos, material o ideológicamente falsos, la realización de actos o negocios jurídicos que no se corresponden a la realidad jurídica efectiva o la obstrucción que impide la determinación de la deuda tributaria.

En tal sentido, la simulación es sólo uno de los paradigmas de la evasión, aún cuando no el menos destacado: la evasión depende de la simulación de los hechos (64).

Otro aspecto que debe considerarse es

el de los negocios anómalos, caso de formación de una figura negocial, requerida por quienes la crean y hecha para escapar de la regulación normal de los negocios. La anomalía es el signo común de identidad asimiladora de los negocios jurídicos simulados en fraude a la ley, fiduciarios o indirectos (65).

A su vez, la simulación nos indica que en los actos o negocios en los que se produzca la existencia de simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados.

Así, la simulación es sinónimo de ocultamiento pero también de engaño.

Otro de los aspectos a considerar es el denominado negocio indirecto, como negocio jurídico utilizado por las partes para realizar una función diversa de la que corresponde a su causa. Se trata de conseguir un fin distinto al que se obtiene típicamente con la clase de negocio empleado, al existir una discordancia entre el medio adoptado y el fin perseguido (66).

Así, el negocio indirecto no es un tipo específico de negocio jurídico, sino el resultado del empleo instrumental de un negocio típico existente o de la combinación de varios de ellos, pero con fines diferentes.

Ahora bien, ¿cuáles son los mecanismos que la ley tributaria adopta frente al fraude fiscal?

En términos generales, puede decirse que el legislador adopta una pluralidad de instrumentos para combatir el fraude fiscal, a través del cuerpo normativo textual o por vía secundaria de la interpretación o integración jurídica.

Así, nos encontramos ante los hechos

imponibles, subrogatorios o suplementarios, que son definidos con toda precisión y que en defecto de alguna connotación distinta remite a otra propuesta de hecho, cuya integración adoptará los mismos efectos jurídicos del primero.

También se encuentran las presunciones o las ficciones legales, que tienen una función antielusiva, con su principal reproche que es posible formular, en el sentido que el interés fiscal prevalece sobre la capacidad económica.

Tramas del Delito Fiscal

El Fraude en el IVA

El fraude en el IVA se encuentra en ascenso en los diversos países del mundo, alcanzando magnitudes por demás preocupantes, como es el caso de España que se estima en 4.000 millones de Euros y 100.000 millones de euros al año para toda la Unión Europea.

Tal como sostiene Luis Manuel Alonso González (67) las claves para comprender la extensión que ha adquirido el problema son varias, como la propia configuración del régimen transitorio del IVA y las operaciones intracomunitarias, la que ofrece sobrados alicientes para las diversas tramas de defraudación.

Por supuesto que, a tales efectos, debemos diferenciar de lo que es la modalidad omisiva de aquella que es una modalidad activa en la defraudación.

En otras oportunidades y como una modalidad defraudatoria, cada vez más generalizada; se encuentra la defraudación mediante el incremento ficticio del IVA soportado, a través de facturas falsas.

En tal sentido, la conducta defraudatoria consiste en minorar el importe de la cuota a pagar mediante el incremento ficticio del IVA soportado, maniobra que, hasta cierto punto, remite a la práctica corriente de incrementar de modo artificial el volumen de gastos deducibles en el ámbito del impuesto sobre la renta (68).

De su valor en el ámbito de la prueba, se deriva el potencial dañino que se desprende de un modo específico de la factura falsa, pues de modo similar a lo que sucede con la contabilidad falsa, la factura falsa sirve, tanto para encubrir la infracción en la medida en que proporciona un soporte documental al infractor.

De tal forma, si la factura es por sí un medio de prueba, la factura falsa viene a servir como prueba de una realidad inexistente.

Pero además de ello, es el instrumento genuino del fraude pues, en el caso del IVA, permite la consumación del fraude. Así, en el caso español se distingue en doctrina entre factura falsa y falseada. La primera consiste en un documento que no es veraz que refleja hechos que no han ocurrido, o sea operaciones in-existentes.

El segundo tipo, o sea las facturas falseadas, son aquellas en que la inexactitud se ciñe a algunos aspectos reflejados en el documento, como puede ser la fecha o la cuantía, siendo la operación existente.

Un tema de particular interés al respecto es la relación de las facturas falsas en el tipo de falsedad común. En tal caso, en el ejemplo español, para el derecho penal, en principio, la factura falsa no deja de ser una forma más de falsedad mercantil, que ha de enmarcarse en el

seno de las falsedades documentales.

Desde el punto de vista de las tramas de facturas falsas, hemos de referirnos a la tipología y funcionamiento de los “factureros” en el caso español (69).

Un esquema básico consiste en la emisión y utilización de facturas falsas, en las que se carece de los medios naturales y humanos para desempeñar los trabajos que constituyen la justificación formal de las facturas.

Con ello, el receptor de la factura logra disminuir la cuota a ingresar en concepto de IVA. Pero ese no es el único fin, pues bien puede ocurrir que mediante el empleo de facturas falsas, se intente lavar el dinero negro.

En este último caso, el emisor imputa al cobro de las facturas falsas cantidades de dinero de procedencia ilícita de modo de reinsertarlo en circuitos legalizados, aún a costa de asumir el coste fiscal derivado de tal operación.

Por otra parte, las facturas falsas pueden también ser útiles como documento justificatorio de un gasto real, ya realizado por el receptor de los mismos pero que carece de la pertinente documentación justificatoria. Si aquel primer desembolso se hizo con dinero negro, se produce luego una operación de blanqueo.

Asimismo, la cobertura que proporciona la factura falsa a su destinatario le permite destinar el dinero que presuntamente debiera servir para extinguir la deuda reflejada en aquella a otros fines, tales como el pago en negro a trabajadores o prestadores de servicios que no facturan o a fines o provecho personal (70).

De tal manera, el sujeto emisor raramente cumple con sus obligaciones fiscales, resultando el lucro o beneficio de

la actividad no sólo de ese ahorro sino normalmente, de hacer suyo el impuesto repercutido (71) y de cobrar una comisión en forma de porcentaje sobre el importe de las facturas emitidas.

Otro aspecto que debe señalarse es el de la defraudación producida mediante la obtención de devoluciones indebidas, de manera que el importe del IVA se ha falseado de tal modo que el saldo a favor del contribuyente no puede absorberse vía compensación, desembocando en la devolución del exceso de cuotas soportadas.

El Fraude en los Regímenes Especiales del IVA

El fenómeno del fraude en el marco de los regímenes especiales del IVA se caracteriza por considerar las conductas defraudatorias más típicas con las oportunidades de expansión del delito fiscal a través de las regulaciones previstas para algunos sectores económicos o tipos de actividad.

Así, en el caso de los esquemas de las tramas defraudatorias, uno de ellos se refiere a las entregas de oro. En tal caso, la regla consiste en que la base

imponible de las entregas de bienes y prestaciones de servicios en los que el sujeto pasivo haya utilizado oro aportado por el destinatario de la operación será equivalente a la suma de la contraprestación que se exigió y el valor de mercado del oro aportado por el cliente.

En tal sentido, el tipo de fraude fiscal consiste principalmente en la compra, en un primer momento, de oro de inversión exento del IVA para su posterior transformación en joyas u otros bienes sin que se impute el IVA al valor de oro de inversión incluido en la transacción que se está realizando.

Otro aspecto de las tramas de fraude en el IVA, se da respecto de la entrega de materiales de recuperación, denominado fraude de "chatterros".

Los metales utilizados proceden de minerales, importados en su mayoría y tratado en numerosas fundaciones y refineras. Así, se hacen pasar por compras a chatterros de transacciones ocultas, sin facturas.

En relación a las medidas adoptadas contra el fraude, los países europeos optaron por dejar exentas las entregas de materiales de recuperación.

Un capítulo aparte merece dispensarse al régimen especial de bienes usados en el caso de vehículos automóviles, el cual

constituye un especial aliciente para el fraude.

El Fraude "Carrusel"

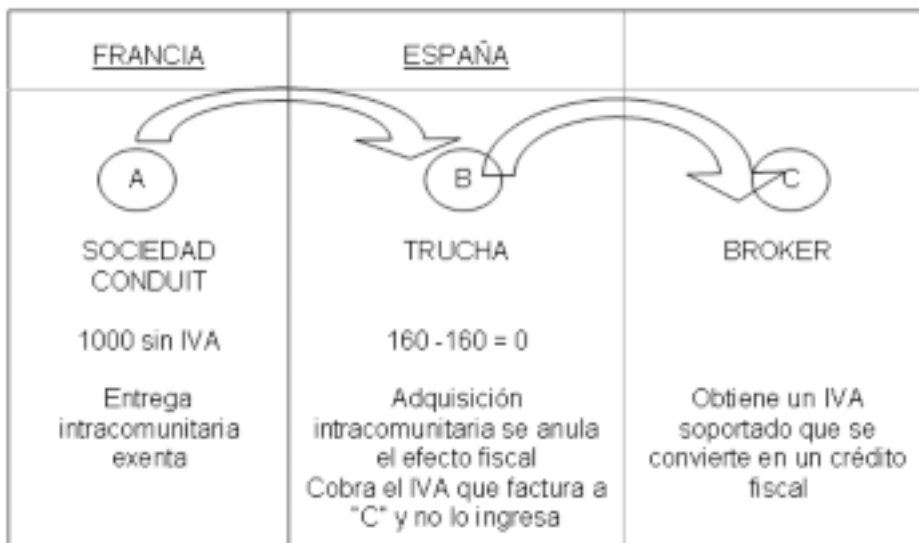
Es particularmente importante el análisis del fraude intracomunitario que, a través del fraude carrusel, está asolando desde hace años las haciendas de los estados miembros.

En tal caso, la adquisición intracomunitaria de bienes tributa en el estado de destino de la mercancía, debiendo eximirse del pago del impuesto a la correspondiente entrega intracomunitaria en el Estado de origen.

Así pues, mientras la adquisición intracomunitaria reemplazó a la tributación de la importación, la exención de la entrega intracomunitaria, sustituye a la exención de la exportación.

De tal forma, la desaparición de las fronteras interiores en la Europa comunitaria implicó, la eliminación material e individualizada de los controles sobre la circulación de las mercancías, intentándose compensar este hecho con el establecimiento de rigurosas obligaciones formales.

El fundamento básico de esta mecánica de fraude es el siguiente:



La empresa "A" registrada en un Estado miembro de la UE realiza una entrega intracomunitaria de bienes a la empresa "B", registrada en otro estado miembro. La empresa "B" adquiere los bienes exentos de IVA y a continuación efectúa su entrega interior a la empresa "C" que se encuentra radicada en el mismo Estado miembro en el que se ubica "B".

La empresa "B" es trucha, de manera que traslada el IVA a la empresa "C", pero no lo ingresa. Como "C" computa el crédito fiscal, la pérdida de la recaudación se produce ante la falta de cumplimiento fiscal de la empresa "B".

A partir de esta operatoria básica, el mecanismo delictivo se puede complicar con la aparición de empresas intermedias entre "B" y "C".

En la actualidad, se observan también nuevas modalidades de fraude carrusel, a través de la extensión al sector servicios.

La Lucha contra el Fraude en el IVA

En un primer momento, los mecanismos empleados para prevenir el fraude han sido los tradicionales en el sentido de intensificar las potestades administrativas que los ordenamientos ponen en manos de las administraciones fiscales, como controles preventivos y comprobaciones e investigaciones de hecho acaecido (72).

Luego, y ante la percepción de tratarse de instrumentos insuficientes, se decide innovar el ordenamiento introduciendo medidas pensadas directamente para el problema al que se enfrentan.

Así, una de las medidas que cuenta con mayor consenso en la lucha contra el

fraude en el IVA es la mejora de la cooperación intracomunitaria, tal y como viene reclamando desde hace ya años la propia Comisión Europea.

En la actualidad, todas las administraciones fiscales coinciden en adoptar el mayor número posible de medidas de carácter preventivo, pretendiéndose aplicar un tratamiento de naturaleza profiláctica dirigido a detectar la puesta en marcha de la mecánica del fraude así como a propagar un cierto efecto disuasorio que lleve al infractor a desistir de sus intenciones.

Desde el punto de vista de las facturas apócrifas se considera que lo mejor es actuar antes de que su establecimiento se produzca, dado que de la mecánica que hemos analizado se deduce que opera muy rápido y desaparece con la misma celeridad, lo cual hace muy difícil de detección y locación posterior.

El punto clave, en tal sentido, es la obtención del Número de Operador Intracomunitario (NOI) y su inclusión en el Registro de Operadores Intracomunitarios (ROI), ya que la ley exige que para poder realizar una adquisición intracomunitaria el sujeto que desempeñe el papel de emisor debe tener el NOI y estar inscripto en el ROI.

Así, se abordan supuestos de negación del NOI ante la falta de veracidad de los datos comunicados por los interesados a la Administración en sus solicitudes y la falta de aportación de documentación requerida por la Administración en relación con dicha solicitud.

También se expulsa del ROI a todos aquellos operadores que están inactivos con el propósito de evitar que su NOI pueda llegar a ser utilizado fraudulentamente por quienes sí están activos me-

dante operativas fraudulentas.

En tales casos, se acuerda su baja de oficio del ROI, de tal forma que se pretende que el ROI se convierta en un registro de confianza pues otorga a quienes están en él, la capacidad de generar créditos tributarios para los contribuyentes de otro país que se le va a efectuar una entrega intracomunitaria.

Desde el punto de vista práctico, la Administración tributaria maneja diversos factores de riesgo, como la forma social, los administradores o titulares de las firmas, sus locales y domicilios, medios de transporte y plantillas de personal.

Otras medidas están dirigidas a la detección precoz del fraude, continuando con la labor de depuración del ROI y manteniendo su índice de confianza mediante una labor posterior orientada a la obtención de información que permita controlar al sujeto inscripto.

En tal sentido, deberán combinarse las visitas de los funcionarios al sospechoso con requerimiento de información a todos aquellos sujetos que se relacionan con él, como transportistas, bancos, proveedores y clientes.

Otras de las medidas dictadas en los últimos tiempos enfocadas a potenciar la celeridad y eficacia de la Administración es la prolongación del plazo de las actuaciones inspectoras y la supresión del trámite de audiencia al interesado previo al proceso por delito fiscal.

En el caso español, el Observatorio de Delito Fiscal, establece los criterios de actuación del Ministerio Fiscal contra las tramas que defraudaron el IVA en las operaciones intercomunitarias.

En lo que respecta a la reacción de la Administración tributaria ante el fraude carrusel, se encuentra la imputación de

simulación, la aplicación del régimen de operaciones interiores a operaciones exentas y la negativa a conceder deducciones y devoluciones.

Al respecto, es importante destacar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hace descansar la admisión de supuestos excepcionales en los que quepa la denegación del derecho de deducción, en la comprobación, mediante datos objetivos, de que el sujeto pasivo sabía o debía haber sabido que mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude en el IVA.

Otros países de la Comunidad Europea han tomado la decisión de introducir en sus legislaciones tributarias un supuesto de responsabilidad mediante el cual, al menos, paliar el daño, que las tramas de fraude causan a su recaudación.

De tal manera, se establece la responsabilidad de otro y otros sujetos que se han relacionado con ella en la cadena de transacciones (73).

Asimismo, en el caso español (74) se establece que la Administración tributaria podrá exigir de los sujetos pasivos la prestación de garantías suficientes en los supuestos de devolución regulados. Otras medidas de control administrativo tienen como propósito la búsqueda de nuevos modos de articular la gestión del impuesto, comenzando con el denominado "cross check", implantado en Alemania, que consiste en que cuando el proveedor realiza una entrega intracomunitaria de bienes, el adquirente le satisface tanto el precio como el IVA que corresponde a la operación.

Así, si no se ingresa el IVA por parte del proveedor o si se atrasa en hacerlo, le perjudicará en la medida en que le impide deducirse el IVA que en realidad sí

ha pagado, con lo que el perjudicado puede ser el adquirente de buena fe.

Otro tema que ha sido promocionado es la verificación cruzada de envíos electrónicos, que descansa en la utilización extensiva e intensiva de las posibilidades que hoy brinda la tecnología (75).

Se trata, en esencia del envío que por vía electrónica hace el proveedor a la Administración tributaria del estado de su residencia y al de aquel en el que se encuentra situado su cliente, describiendo la operación realizada.

En tiempo real y "on line" recibiría la aprobación por parte de la Administración fiscal de su estado de residencia, lo cual permitirá deducir el IVA al adquirente, con la confianza de que la situación de su proveedor es correcta.

Otro mecanismo interesante es el "VAT accounts", conforme al cual los sujetos pasivos del IVA deberían tener abierta una cuenta corriente en una determinada entidad bancaria en el cual ingresarán el IVA repercutido y cobrado.

Una vez verificada la existencia del pago, las autoridades fiscales autorizarán posibles solicitudes de devolución (76).

Otra propuesta, como combinación de las capacidades tecnológicas actuales es la solución "IVA en tiempo real" (77) que propone el establecimiento de un sistema electrónico destinado a asegurar y controlar todos los montos sujetos al IVA en tiempo real (78).

De tal manera, se trata de evolucionar del sistema vigente basado en facturas y ligado a plazos periódicos de liquidación, a un sistema fundado en la inmediatez.

El mecanismo sería el siguiente: el vendedor ingresa el IVA repercutido en una cuenta bancaria controlada por el Te-

soro de modo que las autoridades fiscales pueden determinar, prácticamente on line, la existencia del IVA devengado y su cobro y consecuentemente la procedencia de la deducción del crédito fiscal para el sujeto pasivo.

Por último, aparece el "IVA digital" (79), como sistema de certificación que, siguiendo el modelo de similares sistemas ya en servicio en los EEUU (80) y admitidos por la OCDE, permitiría, ya sea en todas las transacciones o sólo en las que tienen lugar en el seno de determinados sectores económicos, conocer la veracidad de las operaciones y la identidad de las personas intervinientes por parte de las autoridades fiscales implicadas y en tiempo real.

De todos modos, la Comisión Europea se ha expedido en forma pacífica y reiterada (81) en el sentido de ser partidaria de centrar los esfuerzos de las administraciones fiscales de los estados miembros en el marco de la solidaridad y confianza mutua.

Desde esta óptica, los esfuerzos se han de encaminar, seguramente, al acceso automático a la información contenida en las bases de datos que son objeto de declaración, almacenaje y transmisión en relación con las operaciones intracomunitarias, y la utilización de la infraestructura en las actividades de lucha contra el fraude que emprendan los países miembros.

Otros Ensayos Internacionales Sobre Prevención del Delito Fiscal Observatorio del Delito Fiscal

En el primer informe del observatorio administrativo, previsto en el convenio

del 30/6/05 entre la Agencia estatal de Administración tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal en España (82), se desarrollan una serie de herramientas con el propósito de mejorar la eficacia en la prevención y corrección del fraude fiscal.

En primer lugar, se hace una descripción del modelo de delito fiscal en España, con su evolución legislativa (83) la cual exige en la actualidad un importe de la cuota defraudada, que debe superar la suma de 120.000 euros.

Se hace referencia también en el aludido documento, a las tramas como nueva forma de delincuencia fiscal, con sus factores determinantes (propios del ámbito tributario y derivados de la actividad económica), haciéndose hincapié en la lucha contra el fraude de tramas.

En relación a las modalidades de tramas, el informe analiza las tramas del IVA intracomunitario, con la extraordinaria relevancia del fraude, los criterios de persecución de las tramas, los problemas suscitados en la práctica procesal y el auxilio jurisdiccional.

Asimismo, se analiza el fraude en los impuestos especiales de falsificación (84), una tipología del fraude penal y el fraude en el impuesto especial sobre determinados medios de transporte (IEDMT).

Otro aspecto que merece el interés del estudio lo constituyen las otras modalidades delictivas en fraude de la hacienda pública, como es el caso de la insolvencia punible, en especial la situación de la presentación sistemática de autoliquidaciones sin ingreso y su relación con el delito fiscal.

Desde el punto de vista del análisis de la situación y las tendencias actuales se

concluye en la percepción general no satisfactoria del delito fiscal, la percepción por los ciudadanos y por la Administración tributaria de la necesidad de mejorar la seguridad jurídica, el elevado y creciente coste de oportunidad para la Hacienda Pública, las dudas sobre el adecuado cumplimiento de las finalidades de prevención y especial del delito fiscal.

En forma especial el informe analiza la situación del IVA en la Unión Europea y el fraude fiscal y las distintas propuestas de reforma del delito fiscal, distinguiendo entre las alternativas normativas y no normativas.

Plan de Prevención del Delito Fiscal

Se trata de la actualización del plan de prevención del Fraude Fiscal de 2005 (85) de España, como instrumento de planificación estratégica que pone el acento en el diseño de medidas preventivas para evitar el fraude fiscal y en la investigación como el eje central de las actuaciones de control.

Las características principales del Plan de Prevención del Fraude Fiscal se pueden resumir en tres: es integral, operativo y flexible.

Es integral porque abarca los diversos enfoques con los que se puede contemplar la prevención del fraude, desde la educación tributaria a la lucha contra las tramas delictivas del fraude, pasando por la captación de información o la colaboración internacional.

El plan es operativo porque, si bien subsisten en él las operaciones técnicas sobre las causas y los modos de afrontar el fenómeno del fraude, no es un ins-

trumento de reflexión sino una guía para la acción y sus medidas constituyen, además, un compromiso para el organismo fiscal.

A su vez, el plan también es flexible puesto que está sujeto a revisión permanente y mantiene su vocación de apertura a la sociedad para adaptarse a las circunstancias cambiantes de la realidad y a las nuevas modalidades de fraude que puedan presentarse.

Desde este punto de vista, el Plan de Prevención del Fraude Fiscal ha modificado el modo en que la Agencia tributaria afronta el fenómeno del fraude, operando un profundo cambio en el modelo de control.

Un efecto del mismo es que, a través de la constatación de que se están realizando actuaciones de comprobación e investigación, muchos contribuyentes han decidido regularizar su situación fiscal a través de la presentación de autoliquidaciones extemporáneas (86).

El plan de prevención del fraude fiscal ha significado además la adopción por parte de la Agencia tributaria de una nueva forma de desenvolver su actividad, conforme a un enfoque estratégico, con una integración y articulación sistemática de las diversas medidas, proyectos y actuaciones en un marco único, ordenado hacia la convicción de los objetos fijados.

Así, se ha avanzado en la línea estratégica de fomentar el cumplimiento voluntario de los contribuyentes de sus obligaciones fiscales, ya que su gran reto no es descubrir el fraude sino minimizarlo. El documento se articula en torno a tres grandes capítulos: el fomento del cumplimiento voluntario, el control de las áreas de riesgo y un conjunto de medidas de apoyo al Plan.

Experiencia Internacional Sobre Medidas de Reorganización de las Administraciones Tributarias en la Lucha Contra el Fraude Fiscal

Nos ha parecido muy interesante este documento (87) que muestra la reacción de las administraciones tributarias de los países desarrollados ante el incremento de la competencia fiscal entre estados, el carácter internacional de las operaciones empresariales y las posibilidades de las nuevas tecnologías.

Desde este punto de vista, es indudable que la lucha contra el fraude fiscal y la utilización de técnicas destinadas a lograr una mayor eficacia y eficiencia en la actuación de los órganos de la Administración tributaria están centrados en los esfuerzos realizados en forma unilateral por los Estados, como así también en distintos foros de carácter supranacional, como la OCDE y el CIAT.

El documento advierte que la imagen represora y formalista frente a los contribuyentes no ha dado buenos resultados y que la actual dirección de las administraciones tributarias se encamina hacia la búsqueda de los máximos niveles de cumplimiento voluntario por parte de los contribuyentes, partiendo de la premisa que el comportamiento fiscal de una persona obedece a múltiples factores de corte económico como sociológico y psicológico.

Así, el pilar de la actuación de muchas administraciones tributarias está basado en la credibilidad, la responsabilidad y

la asistencia a los contribuyentes (88).

Para ello, se requiere una serie de medidas conjuntas, como el cambio de filosofía en las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes, cooperación para lograr una confianza mutua, políticas de transparencia, calidad y atención, adaptación al cambio tecnológico y fomento de la proyección internacional de la Administración tributaria.

Desde esta óptica, el aumento en el nivel de cumplimiento de las obligaciones fiscales, estará dado en doble dirección: servicio y control, pues se requiere además una aplicación más estricta y rigurosa de las sanciones.

La Administración tributaria debe tender a ampliar la base de contribuyentes objeto de fiscalización y aumentar la percepción del riesgo.

Es el ejemplo de las administraciones tributarias de los países más adelantados (89) que han demostrado el incremento del cumplimiento de las obligaciones fiscales, a través de un sistema tributario equilibrado y eficiente, que ofrece todas las vías posibles de ayuda y colaboración a los contribuyentes.

En tal sentido, es de destacar la importancia del proceso de gestión de los riesgos de cumplimiento, adoptado por algunos países miembros de la OCDE. Ello implica, la delimitación del contexto operativo, la identificación de los riesgos, su evaluación y establecimiento de prioridades, el análisis del comportamiento en cuanto a su cumplimiento y la definición de estrategias con su planificación y control de su ren-

dimiento con relación a los planes.

La Experiencia de Trinidad y Tobago

El análisis del tema (90), tiene el aporte de promover una conciencia acerca del papel crítico que desempeña la estructura organizativa de la Administración tributaria al propiciar un enfoque integrado en la lucha contra la evasión fiscal así como la necesidad de evaluar y adoptar la estructura de forma permanente del modo de hacer frente a los desafíos de un entorno cada vez más volátil.

En realidad, este enfoque del tema reconoce como antecedente uno de los trabajos más importantes del CIAT (91) escrito por dos funcionarios de la administración tributaria de los Países Bajos, sobre la base de una amplia investigación realizada por dos grupos de trabajo internacionales.

El caso práctico de Trinidad y Tobago da un pantallazo acerca del rol de la estructura organizativa y los tipos de estructuras más comúnmente utilizadas por las administraciones tributarias.

Luego de hacer un análisis de las estructuras organizativas por tipo de impuesto, funciones y tipos de contribuyentes, el documento se dedica al diseño de una estructura organizativa efectiva, haciendo hincapié en las dificultades a evitar y en las características sugeridas a considerar.

Todo ello, lleva a la reflexión sobre la propia posición actual de las administraciones tributarias y la necesidad de

adaptar sus estructuras internas al enfrentarse a los desafíos de las nuevas sociedades emergentes, caracterizadas por una economía crecientemente globalizada, avances tecnológicos en las comunicaciones, sectores y un público más informado y exigente.

La Experiencia Chilena

La experiencia chilena de los últimos tiempos ha demostrado importantes avances en la reducción de la evasión tributaria a través del diseño y aplicación de estrategias de control y prevención eficaces (92), basado en amplios consensos nacionales y en el desarrollo de diversos estudios para precisar las áreas de riesgo del comportamiento tributario de los contribuyentes y la aplicación de planes de fiscalización en línea con dichos estudios.

Para ello, se ha realizado un plan integral entre las tres instituciones de la Administración tributaria, el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio Nacional de Aduanas y la Tesorería General de la República.

En tal sentido, el modelo de control de cumplimiento de las obligaciones tributarias se ha enfocado en establecer un conjunto de acciones que eleven las percepciones de control y de riesgo en el contribuyente, incorporando estos elementos en su decisión de cumplimiento.

Así, las mediciones oficiales demuestran un importante descenso en el incumplimiento en el IVA, desde el año 2000 que alcanzó al 21% hasta el año

2004, cuyo indicador es del 14%.

A los efectos de facilitar el cumplimiento tributario, se ha estructurado un plan estratégico basado en la calidad de atención, simplicidad de las obligaciones, costo del cumplimiento, accesibilidad a la Administración tributaria, seguridad jurídica y fortalecimiento de la fiscalización.

Desde tal punto de vista, constituye un tema central el ciclo de vida tributario electrónico, que tiende a facilitar el cumplimiento tributario voluntario mediante la posibilidad de realizar procesos por internet.

Esta experiencia tiene ciertos puntos de contacto, con otro trabajo (93), en el que se analizan los fundamentos teóricos y empíricos para incluir un Plan de lucha contra el Fraude (PLCF) como una herramienta más dentro de las figuras tradicionales para elevar la fiscalidad, basado en una metodología para guiar el diseño de un plan y la estrategia necesaria para su consecución óptima.

La Experiencia de Australia

Un caso que merece particular atención es el de Australia (94) en que se expone cómo la agencia tributaria construye sistemas de inteligencia y trabaja con otras agencias para combatir el delito.

En este caso, la gestión del riesgo tributario es un tema central tanto para los contribuyentes como para la comunidad, siendo el cumplimiento voluntario el elemento más crítico.

El documento se basa en el modelo de

cumplimiento de la ATO (Agencia tributaria Australiana), como pirámide regulatoria que busca alertar a la mayor cantidad de contribuyentes hacia la base de la pirámide, donde hay autorregulación y altos niveles de cumplimiento voluntario.

Un aspecto de tales estrategias incluye el abordar el delito tributario, a través de una cantidad de áreas identificadas donde el delito organizado y grave tiene un efecto sobre la administración tributaria.

En el marco de gestión de riesgos, la misma requiere de un enfoque sistémico y estructurado, a cuyos efectos se sigue la Nota de guía 2004 de la OCDE (95).

Así, el plan permite vincular la inteligencia a la gestión de riesgos, como capacidades estrechamente alineadas, pues la inteligencia brinda la comprensión requerida para tomar decisiones informadas acerca de cuáles son los riesgos y cómo gestionarlos.

De tal manera, se estableció una unidad de especialistas (96) para formalizar la inteligencia y los riesgos a nivel corporativo, abarcando la inteligencia, el liderazgo estratégico y las capacidades.

Un aspecto a ser destacado es el nexo entre las distintas agencias para abordar en forma efectiva los delitos que afectan a la Administración tributaria (97).

A los efectos de establecer la gobernabilidad del proyecto, existen puntos clave como el claro liderazgo de la agencia, la permanente buena voluntad y colaboración activa por parte de las agencias asociadas, los foros de gober-

nabilidad y la comunicación unificada. Uno de los aspectos clave del proyecto es mejorar la confianza general de la comunidad en la integridad de los sistemas, a través de cambios sostenibles en los comportamientos de los participantes. Por último, la inversión en la construc-

ción de buenas alianzas y procesos que respalden mejor el trabajo conjunto de múltiples agencias y jurisdicciones para el proyecto, ha conducido a mejoras sustanciales de mayor duración para la comunidad. En tal sentido, debe destacarse un trabajo de OCDE (98) en que se halló que

la gran mayoría de los contribuyentes están interesados en ayudar a las autoridades tributarias a mejorar su gestión de riesgos, su reconocimiento entre alto y bajo riesgo y a no imponer costo de cumplimiento adicionales sobre contribuyentes de menor riesgo.

NOTAS

(1) Bertazza, Humberto J. "La evasión fiscal y los acuerdos internacionales de colaboración en el marco del XIII Encuentro

Internacional de Administradores Tributarios en Argentina, Mar del Plata, del 26 al 30 de Noviembre de 2003, en el tema de las Herramientas fiscales para combatir la corrupción organizada.

(2) Bertazza, Humberto J. y Marconi, Norberto J. "Nuevos instrumentos legales de prevención de la evasión fiscal" en el marco de las XV Encuentro Internacional de Administradores Tributarios en Argentina, La Falda (Córdoba) del 9 al 11 de Octubre de 2006 en el Temario". El fraude fiscal en los distintos sectores económicos. Prevención, fiscalización y penalización".

(3) Bertazza, Humberto J. "Planes integrales para la prevención y corrección del fraude fiscal", en el marco del XVII Encuentro Técnico Anual AMFEAFIP, Mendoza, del 8 al 12 de Diciembre de 2007, Tema 2 "El fraude fiscal organizado" Técnicas avanzadas de investigación del fraude fiscal organizado.

(4) Bertazza, Humberto J. y Marconi, Norberto J. "La prevención del fraude fiscal a través de facturas apócrifas" en el marco del XVIII Encuentro Técnico IEFPA / Mutual Federal, Mar del Plata, del 6 al 10 de diciembre de 2008 en el Seminario, "La gestión fiscal para un modelo de acumulación con inclusión social, cuyo eje temático fue los "Desafíos para el control del fraude fiscal,

en los modelos económicos sustentados en la expansión del consumo interno. (5) Jean-Claude Paye "¿Lucha contra el fraude fiscal o reorganización del sistema financiero internacional". Traducido del francés por Beatriz Morales Bustos. Jean-Claude Paye es autor de El Final del Estado de Derecho, Hiru y de Global War on Liberty, Telos Press.

(6) Con fecha 20/2/09.

(7) Informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, del 7/9/09 www.ief.es. (8) Izquierdo Llanes, G. (2002) "La economía mundial contemporánea y sus procesos de cambio". IEF, Madrid.

(9) Bajo Rubro. O y Montáñez, Garcés; MD (1998). Los movimientos de capitales en la economía española (1990-1998) Cuadernos Aragoneses de Economía, Vol. 8, Nº 2.

(10) Abadía, L (2008) "La crisis Ninja" Espasa Calpe, Madrid.

(11) Se estima que anualmente pasan por los sectores financieros de los paraísos 7 billones USD, entre 600.000 y 1,5 billones de u\$s de dinero negro y el valor de los depósitos es de 11 billones de USD.

(12) OCDE (1998) Competencia fiscal perjudicial: una cuestión global emergente.

(13) En sentido similar, Albi Ibáñez, E (2005) "La globalización económica en el marco de las relaciones internacionales" Información comercial Española Nº 825 y Vallejo Chamorro, JM (2005) "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y de la Unión Europea" Información Comercial Española, Nº 825.

(14) Primeros días de abril de 2009.

(15) Junio de 2009.

(16) LISTA BLANCA (Junio, 2009)

Alemania. Argentina. Australia. Barbados. Canadá. China. Chipre. Corea. Dinamarca. Emiratos Árabes Reunidos. España. Estados Unidos. Federación Rusa. Finlandia. Francia. Grecia. Guernsey. Hungría. Irlanda. Islandia. Isla de Man. Islas Vírgenes. (USA). Italia. Japón. Jersey. Malta. Mauricio. Méjico. Noruega. Nueva Zelanda. Países Bajos. Polonia. Portugal. Reino Unido. República Eslovaca. República Checa. Seychelles. Sudáfrica. Suecia. Turquía LISTA GRIS (Junio, 2009)

Andorra. Anguila. Antigua y Barbuda. Antillas holandesas. Aruba. Austria*. Bahamas. Bahrain. Bélgica*. Belize. Bermudas. Brunei. Chile. Costa Rica**. Dominica. Filipinas**. Gibraltar. Granada. Guatemala. Islas Caimán. Islas Cook. Islas Marshall. Islas Turcas y Caicos. Islas Vírgenes. (UK). Liberia. Liechtenstein. Luxemburgo*. Malasia**. Mónaco. Montserrat. Nauru. Niue. Panamá Samoa. San Cristóbal y Nieves. San Marino. San Vicente y Granadinas. Santa Lucía. Singapur. Suiza*. Uruguay**. Vanuatu.

* Países que mantienen reservas al intercambio de información en sus Convenios

** Países que formaban la lista negra de paraísos no cooperantes a abril de 2009.

(17) Un interesante informe sobre el tema de este punto fue elaborado por Manuel Gutierrez Lousa, Analista de Investigación del IEF del MEyH, profesor asociado del sistema fiscal de la Universidad Complutense de Madrid.

(18) Incluye USA, Rusia y Japón.

(19) Tieghi, Osvaldo N. "Política criminal social o preventiva" LL, 9/10/09.

(20) Tieghi, Osvaldo N. "La conducta criminal". Abaco, Bs As., 1978, pág. 233 y sig.

(21) Von Liszt "Tratado de derecho penal" Reus, Madrid, sin fecha de edición, II, 16.

(22) Tieghi, Osvaldo, aut y ob citado.

(23) Tieghi, Osvaldo, aut y ob citado.

(24) Miguel Cruz Amorosos "El intercambio de información y el fraude fiscal" en Nuevas tendencias en armonía y fiscalidad internacional, CE, Nº 825, pág 173 y sig.

(25) Calderon Carrero "La cláusula de intercambio de información articulada en los Convenios de doble imposición" en Fiscalidad Internacional, obra colectiva dirigida por F. Serrano Anton, 2º ed, CEF, 2005, pág. 989 y sig.

(26) Bustamante Esquivias, XLXIII Semana de Estudios de Derecho

Financiero.

- (27) Directiva 77/799/CEE del 19/12/77.
- (28) 25 de enero de 1988.
- (29) José Manuel Calderón Carrero "Intercambio de información y fraude fiscal internacional" Ediciones Estudios Financieros, pág. 12.
- (30) Tribunal Constitucional Español STC 110/1984.
- (31) Sainz de Bujanda "Notas de Derecho Financiero" (1975) tomo 1, Vol 3, VCM, Madrid, pág. 413/415.
- (32) Informe del Comité Fiscal de la OCDE (1998) y el ECOFIN de la UE (1/12/97) sobre la política fiscal.
- (33) Su origen se remonta a mediados del siglo XIX, en que Bélgica firmó varios tratados fiscales con Francia (1843), Países Bajos (1845) y Luxemburgo (1845).
- (34) Ha resultado muy importante, al respecto, las conclusiones de ciertos foros internacionales, como la Sociedad de Naciones Unidas, la ONU (1984) y la propia UE (1997), el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, los MCs OCDE (1997), ONU (1980), Departamento del Tesoro de EEUU (1977, 1981, 1996), Directiva Comunitaria (77/799/CEE) y Convenio Multilateral elaborado por el Consejo de Europa y OCDE (1988).
- (35) Ruiz García JR. Secreto bancario y hacienda pública. Civitas. Madrid. 1988, pág. 170.
- (36) Artículo 113.1, b) LGT de España.
- (37) CDIs y Directiva comunitaria 77/199/CEE.
- (38) Ap. 2 del Art. 26 MCs OCDE, ONU y EEUU.
- (39) Reino Unido.
- (40) Francia, Italia, Dinamarca y Suecia.
- (41) Doble imposición internacional y económica.
- (42) Van Hoorn, J. "Problems, possibilities and limitations with respect to measures against international tax avoidance and evasion" Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 8, Nº 4, 1978, pág. 775/777.
- (43) Fernández, José Ángel "Fraude fiscal y lavado de capitales" política criminal Nº 7 A-7, p1-19, http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_5_7.pdf
- (44) Owens, J. "Curbing Harmful tax competition" Intertax, Nº 8-9 (1998) p. 231.
- (45) Código de EEUU, Sección 1956, título XVIII.
- (46) En forma similar, el Reglamento Modelo Americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos anexos, suscripto en Las Bahamas el 23/5/92.
- (47) Convención del Consejo de Europa de 1990.
- (48) Isidoro Blanco Cordero "El delito de blanqueo de capitales" Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 225 y sig.
- (49) Como la delincuencia organizada y el terrorismo.
- (50) Último informe de la primera etapa.
- (51) Daniel Alvarez Pastor y Fernando Eguidazu Palacios "La prevención del blanqueo de capitales" Aranzaldi, Pamplona, 1998, pág. 73.
- (52) Versión actualizada de 1996.
- (53) Instituto de Estudios Fiscales "Informe sobre fraude en España", Madrid, 1994, pág. 203.
- (54) 10 de febrero de 1975.
- (55) Calderon Carrero José Manuel "Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal" en Temas de derecho penal tributario, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 207.
- (56) Van del Laet, Diego "Los paraísos fiscales como escenarios de la elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española" Crónica tributaria, Nº 3 (2000), pág. 51.
- (57) Informe del Comité Europeo de Expertos "Aspectos internacionales" Nº 2, pág 206.
- (58) Van del Laet "Los paraísos fiscales" Crónica Tributación Nº 3 (2000), pág 51.
- (59) F. de Castro "El negocio jurídico" Madrid, 1985, pág. 339 y sig.
- (60) Tulio Rosembuj "El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario" Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 38.
- (61) L. Díez Picazo "El abuso de derecho", pág. 217.
- (62) Giorgianni "L'abuso del diritto nella teoria della norma giurídica" Milan, 1963, pág. 140.
- (63) F de Castro "El negocio jurídico" pág. 285.
- (64) J. A. Vitoras Jiménez "La elusión fiscal mediante sociedades" Civitas REDF Nº 15/16, 1978, pág. 795-796.
- (65) Ruiz Serramalera "El negocio jurídico" pág. 283-284.
- (66) J. L. Lacruz "Derecho de obligaciones" Barcelona, 1987, pág. 154.
- (67) Presentación del libro "Fraude y delito fiscal en el IVA: fraude carrusel, truchas y otras tramas", Marciel Pons, Madrid, 2008, pág. 9.
- (68) Luis Manuel Alonso González "Fraude y delito fiscal en el IVA: fraude carrusel, truchas y otras tramas" Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 140.
- (69) Luis Manuel Alonso González "Fraude y delito fiscal en el IVA: fraude carrusel, truchas y otras tramas" Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 172.
- (70) Caso de la SAP Zaragoza Nº 76/03 del 6 de marzo Sección 1º REC Nº 316/02 y STS 827/06 del 10 de julio.
- (71) STS 827/06.
- (72) Luis Manuel Alonso González, aut y ob cit, pág. 296.
- (73) Es el caso de Portugal, Italia, Francia y Reino Unido.
- (74) Art. 118 L IVA
- (75) China, Corea, México, Brasil y Chile, entre otros.
- (76) Bulgaria desde 2003.
- (77) RT vat.
- (78) En realidad, se trata de un sistema con un retraso de 24hs.
- (79) El profesor Ainsworth defiende la aplicación del Digital VAT o D-VAT "Carrousel fraud in the EU: a digital VAT solution" Boston University School of Law. Working paper Nº 06-23 del 1/5/06.

- (80) *Streamlined Sales Tax, SST.*
- (81) *Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo – SEC (2006).*
- (82) *Diciembre de 2006.*
- (83) *En especial, el Art. 305 del Código Penal referido al fraude a la Hacienda Pública.*
- (84) *Hidrocarburos, alcohol y bebidas, productos intermedios, cerveza, labores de tabaco y electricidad.*
- (85) *Del 19/11/08.*
- (86) *Según el informe oficial el número de presentaciones aumentó en un 81,67% y su importe en un 35%.*
- (87) *Luz Ruibal Pereira de la Universidad de Santiago de Compostela, DOC Nº 27/08 del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.*
- (88) *Es la posición, por ejemplo, de la administración tributaria holandesa.*
- (89) *Australia, Canadá y EEUU, entre otros.*
- (90) *Rawle Adimoolah, Comisionado Encargado de Rentas Internas, Ministerio de Finanzas (Trinidad y Tobago) “Estructura organizativa necesaria para luchar contra la evasión fiscal” CIAT, Madrid, España, Octubre 23 al 26 del año 2006.*
- (91) *Manual “Estructura organizativa y gestión de las administraciones tributarias” CIAT, Julio de 2000.*
- (92) *Ricardo Escobar, Director General del Servicio de Impuestos Internos – SII (Chile) Caso práctico, Estrategias integrales de control y prevención, Conferencia Técnica CIAT, Madrid, España, 23 al 26 de Octubre de 2006.*
- (93) *Patricio Barra “Un plan de lucha contra el fraude como herramienta para elevar la fiscalidad. Alentadora experiencia en el caso de Chile”. Trabajo presentado en el XVI Concurso de Monografías CIAT/AEAT/IET, Marzo de 2003.*
- (94) *Raelene Vivian, Comisionada adjunta de la Oficina de Ingresos (Australia) “La organización y desarrollo de las acciones de inteligencia tributaria y las alianzas con otras agencias del Estado” Conferencia Técnica CIAT, Johannesburgo, Sudáfrica 29/9/08 al 2/10/08.*
- (95) *“Gestión del riesgo de cumplimiento: gestionando y mejorando el cumplimiento tributario” OCDE-2004.*
- (96) *Unidad Corporativa de Inteligencia y Riesgos.*
- (97) *Policía Federal, Comisión contra el delito, Bolsa de Valores, Dirección del Commonwealth para procesos públicos, Centro de Informes y Análisis de transacciones (AUSTRAC).*
- (98) *“Study in to the robe of tax intermediaries” OCDE, 2008.*