

A decorative background consisting of a grid of grey dots of varying sizes, with several dots highlighted in red. The dots are arranged in a pattern that roughly outlines the shape of a world map.

# Para derrotar a la economía en las sombras

JOSEPH E. STIGLITZ y MARK PIETH

Noviembre de 2016

- En el mundo entero crece el consenso en torno de la idea de que las guaridas del secretismo –jurisdicciones que socavan los parámetros internacionales de transparencia corporativa y financiera– plantean un problema de alcance global: estas jurisdicciones facilitan el lavado de activos, así como la elusión y la evasión fiscal, e *ipso facto* promueven actividades delictivas y una desigualdad de niveles inadmisibles en la distribución mundial de la riqueza.
- En calidad de líderes económicos, Estados Unidos y Europa cargan con la obligación de imponer las normas globales de transparencia a los centros financieros. La lucha contra el terrorismo ha demostrado de manera contundente que ambos disponen de los instrumentos adecuados. Su renuencia a aplicarlos con el mismo rigor en el combate contra la corrupción, la elusión y la evasión atestigua el poder de los intereses interpuestos por quienes se benefician del secretismo.
- En un mundo globalizado, allí donde exista un bolsillo secreto, habrá fondos que fluyan hacia él. Es por eso que el sistema de transparencia debe ser global. EEUU y la Unión Europea son cruciales en la etapa de inclinar la balanza hacia la transparencia, pero este será solo el punto de partida: cada país debe desempeñar su papel de ciudadano global en aras de clausurar la economía en las sombras; y es fundamental que en las actuales guaridas del secretismo aparezcan algunos líderes capaces de demostrar que existen modelos alternativos de crecimiento y desarrollo.
- Los países deben posicionarse proactivamente: no conformarse con el mero cumplimiento de las normas mínimas actuales, sino colocar su modelo de desarrollo económico a la vanguardia de la evolución normativa. Cada país debe considerar seriamente si desea quedarse enzarzado en un eterno forcejeo para ponerse al día con la evolución de las normas internacionales, o bien prefiere servir de modelo, estableciendo parámetros que los demás, a la larga, se verán obligados a emular.



## Contenidos

<b>Índice</b> .....	2
<b>Prólogo</b> .....	3
<b>I. Introducción</b> .....	4
<b>II. Secretismo, privilegios impositivos y carrera a la baja</b> .....	6
<b>III. Normas internacionales de transparencia financiera e impositiva</b> .....	8
1. Transparencia financiera .....	9
a. Antilavado de activos (ALA) .....	9
b. Contra el financiamiento del terrorismo.....	10
c. Anticorrupción .....	11
2. Transparencia impositiva .....	12
a. Intercambio de información sobre cuestiones tributarias .....	12
b. Informe país por país.....	14
<b>IV. Recomendaciones</b> .....	15
1. Principios .....	16
2. Recomendaciones .....	17
a. Cooperación internacional inclusiva en la fijación e instauración de normas.....	17
b. Identificación de beneficiarios finales y registros públicos .....	18
c. Intercambio automático de información tributaria .....	18
d. Recolección, divulgación y verificación de la información .....	18
e. Supervisión de los intermediarios .....	19
f. Transacciones inmobiliarias .....	19
g. Responsabilidades de los agentes fiduciarios corporativos .....	20
h. Capacidad institucional, implementación y aplicación.....	20
i. Protección a delatores .....	21
j. Ley sobre Libertad de Información .....	21
k. Procesos de evaluación .....	21
l. Privilegios impositivos .....	22
3. Excepciones .....	23
<b>V. ¿Qué se juega en la guerra contra el secretismo?</b> .....	23
<b>Referencias</b> .....	25

## Prólogo

Los «Panamá Papers» probaron al mundo algo que se sospechaba desde hacía tiempo: las guaridas del secretismo –jurisdicciones que ocultan flujos financieros globales de maneras indetectables hasta para los funcionarios encargados de aplicar las leyes y regulaciones en los distintos países del mundo– son una herramienta útil para personas que incurren en múltiples actividades inicuas, desde la evasión impositiva hasta la corrupción, e incluso la pornografía infantil. En sentido estricto, las guaridas del secretismo facilitan esas actividades, porque si los flujos de dinero quedaran al descubierto, resultaría más sencillo identificar a los perpetradores y aplicarles todo el peso de la ley. Aunque los gerentes de los bancos, los abogados que tejen la impenetrable red de sociedades anónimas y los funcionarios que aprueban leyes para garantizar el secretismo se vean a sí mismos como meras personas que «hacen negocios» para su prosperidad, la de sus empleados y la de su país, sería más correcto encuadrar a los agentes de esas guaridas del secretismo en la figura de cómplices.

El presente Informe toma la posta donde la dejaron los «Panamá Papers». Mientras que los documentos filtrados describen lo que ocurría tras el secretismo confidencial, nuestro informe indaga qué pueden (y deben) hacer, tanto los países de la comunidad internacional, como las guaridas del secretismo.

Este Informe surge de nuestra participación en el Comité de Expertos Independientes que designó el presidente panameño en 2016, tras el escándalo de los «Panamá Papers», con el fin de evaluar y recomendar reformas legales e institucionales por cuya vía el país pudiera asumir su papel de buen ciudadano global en la lucha contra la elusión y la evasión fiscal, la corrupción y el lavado de dinero, sin necesidad de abandonar por ello su trayectoria de desarrollo sostenible a largo plazo.

Durante los últimos diez años, la República de Panamá se estableció como centro logístico de las Américas, apuntalada en las ventajas naturales del canal interoceánico y la ubicación geográfica. Hoy es una economía diversificada, con un sector de servicios que predomina sobre las prósperas industrias de la manufactura y el turismo. Estos avances le permitieron reducir en 8% el índice de pobreza a lo largo de los últimos seis años, mediante el aumento de la inversión en sistemas públicos universales

de educación y salud.<sup>1</sup> Al mismo tiempo, Panamá introdujo importantes reformas jurídicas que repercutieron positivamente en el crecimiento y la transformación del país.<sup>2</sup>

Pese a este notable progreso, Panamá ha avanzado cuesta arriba en su lucha por borrar el estigma de «Estado narco» que adquirió durante el gobierno de facto de Manuel Noriega, en los años 80. Los «Panamá Papers» parecen haber reforzado esa imagen, aunque ni siquiera 20% de las empresas implicadas eran realmente panameñas. La historia del país, aparejada al origen de los documentos –un estudio jurídico panameño que operaba en múltiples jurisdicciones– y al título bajo el cual se difundió la noticia –sin duda elegido por las cualidades mnemotécnicas de la aliteración– se reforzaron mutuamente para colocar a Panamá en el centro de la atención mundial.

El Comité de Expertos Independientes se abocó a la tarea de dilucidar qué medidas era necesario que tomara el Estado panameño para posicionarse como buen ciudadano global, a fin de desempeñar mejor su papel de centro logístico y atraer inversiones extranjeras. En el telón de fondo también se cernían amenazas –algunas sutiles y otras no tanto– que abarcaban desde la suspensión de relaciones corresponsales con bancos de países desarrollados hasta una diversa gama de sanciones adicionales propuestas por los países del G-20. Tales sanciones, a todas luces, asestarían un golpe devastador a la estrategia de crecimiento a largo plazo de la economía panameña, así como a los esfuerzos del país por desarrollar la sostenibilidad, reducir la pobreza y crear una prosperidad compartida.

Algunos actores de Panamá temen que el país quede en posición de desventaja competitiva si toma medidas

1. Entre 2008 y 2014, un periodo que incluyó la crisis financiera mundial, Panamá logró reducir la pobreza de 26,2% a 18,7%. Banco Mundial: «Panamá: panorama general», disponible en <[www.bancomundial.org/es/country/panama/overview](http://www.bancomundial.org/es/country/panama/overview)>. V. tb. Gobierno de Panamá (2014).

2. Aunque el sistema bancario panameño no haya sido siempre un modelo de transparencia y buena regulación, en los últimos años se instituyeron reformas regulatorias que apuntaban a solucionar estas deficiencias. V. el Decreto Ejecutivo N° 55, del 1° de febrero de 2012 (que modifica el Decreto Ejecutivo No. 1 del 1° de enero de 2001, que a su vez reglamenta la Ley 42, del 2 de octubre de 2000). Otros cambios legislativos del sistema jurídico panameño establecen un régimen de custodia para las acciones al portador y la identificación de los beneficiarios finales en la constitución de entidades. V. la Ley N° 18, del 23 de abril de 2015 (modifica la Ley 47 del 6 de agosto de 2013), y la Ley N° 23, del 27 de abril de 2015 (ordena que las instituciones jurídicas y financieras identifiquen y registren a los propietarios/beneficiarios finales de sus clientes corporativos; y en caso de que el beneficiario final sea una persona jurídica, la ley exige continuar con el proceso de identificación hasta que aparezca una persona natural). Panamá también ha accedido al intercambio automático de información a partir de 2018.

demasiado enérgicas para restringir el secretismo, mientras otras jurisdicciones que no quedaron tan expuestas continúan con sus prácticas habituales. De hecho, algunas de las guaridas del secretismo más flagrantes son jurisdicciones dependientes –e incluso internas– de los países desarrollados. Cualquier observador de la escena global percibe que el mundo suele ser muy injusto: bajo una plétora de declaraciones hipócritas, lo que cuenta es el poder. Los mismos países desarrollados que han permitido la continuación de estas prácticas reconocen a las fuerzas políticas que actúan dentro de su territorio en demanda de acciones concretas para poner coto a la evasión y la elusión fiscal, así como al lavado de activos. Panamá tiene que lidiar con estos aspectos de la *Realpolitik*.

Nosotros esperábamos aportar recomendaciones a un informe con propuestas de reformas que, sin costos significativos para el país, lo dejaran en condiciones de convertirse en un modelo a seguir. Sin embargo, eso no pudo ser. Al principio de las deliberaciones habíamos exigido que nuestro informe tomara conocimiento público, cualesquiera fueran sus resultados, luego de un tiempo prudencial para que el gobierno formulara su respuesta. Habíamos dejado a criterio del gobierno la determinación del plazo que creyera necesario. Cuando el gobierno se negó a ofrecer estas garantías, creímos que nuestra única alternativa era la renuncia. Nos parecía obvio que un informe sobre transparencia desprovisto en sí mismo de transparencia no tenía chances de ser creíble. Y había que predicar con el ejemplo.<sup>3</sup>

No obstante, el desafío que enfrentaba el Comité –determinar los pasos necesarios para acabar con las guaridas del secretismo, que han desempeñado un papel protagónico como auspiciantes de la elusión y la evasión fiscal, la corrupción, el narcotráfico y otras actividades socialmente execrables, en la medida en que ofrecen un refugio seguro donde esconder el botín de esas actividades ilícitas– sigue siendo tan imprescindible hoy como lo era en los días de nuestras deliberaciones iniciales. A lo largo de los últimos años, la globalización ha ocupado el centro de una encendida polémica entre partidarios que se explayan en sus beneficios y críticos que hacen hincapié en sus costos. Y es innegable que la globalización tiene muchas facetas. Pero solo sobre una de ellas existe un amplio acuerdo: un mundo de globalización positiva no

3. V. una crónica más detallada de nuestra intervención en Stiglitz/Pieth (2016).

tiene espacio para guaridas del secretismo. Junto con el desplazamiento de terroristas a través de las fronteras, estas jurisdicciones se cuentan entre los aspectos más oscuros de la globalización.

Dado el volumen de tiempo y pensamiento invertido en esta faena –trazar un programa de lucha contra las guaridas del secretismo–, creemos que el paso más oportuno y constructivo para seguir adelante era la publicación del presente Informe. Nuestro propósito es hacer frente a este problema sistémico y global mediante la elaboración de recomendaciones –aplicables a todos los países– para jaquear a la economía en las sombras y, a la larga, clausurarla definitivamente.

Con ese designio está escrito nuestro informe.

## I. Introducción

En el mundo entero crece el consenso en torno de la idea de que las guaridas del secretismo –jurisdicciones que socavan los parámetros internacionales de transparencia corporativa y financiera– plantean un problema de alcance global: estas jurisdicciones facilitan el lavado de activos,<sup>4</sup> así como la elusión y la evasión fiscal,<sup>5</sup> e *ipso facto* promueven actividades delictivas y una desigualdad de niveles inadmisibles en la distribución mundial de la riqueza. Los problemas mundiales derivados del secretismo y la falta de transparencia se han incrementado a lo largo de los años y, como era de esperarse, a la par han crecido las iniciativas para ponerles freno, junto con los consecuentes abusos del sistema corporativo y financiero global. Hoy los ciudadanos cuestionan la propia existencia de los centros financieros extraterritoriales (*offshore*). Los estadounidenses exigen saber por qué uno de los candidatos presidenciales de 2012 guardaba su dinero en un centro extraterritorial. ¿No había en EEUU servicios de suficiente competencia profesional para administrar su patrimonio? ¿O acaso el centro extraterritorial ofrecía beneficios impositivos o de otro tipo (disponibles para los ricos, que tienen los medios para acceder a esos centros, pero no para los demás)? Porque el dinero no crece más

4. «El lavado de dinero es el procesamiento de (...) rentas delictivas con el fin de disfrazar su origen ilegal». V. Glosario de las Recomendaciones del GAFI, disponible en <[www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering](http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering)>.

5. La evasión fiscal se define como la reducción de los impuestos debidos por medio de maniobras fraudulentas (es decir, ilegales), mientras que la elusión fiscal es la minimización de la carga tributaria por medios que no contravienen la ley (*Black's Law Dictionary*, 2ª ed., 2001).

rápido en las islas Caimán y otros centros *offshore* por alguna propiedad especial de la luz solar. En todo caso, el problema es la *falta* de luz.

Si hubiera alguna deficiencia en el sistema regulatorio de EEUU o de Europa que obligara a efectuar ciertas transacciones en otra parte, lo correcto sería solucionarla. Pero si lo que motiva la opción por los centros extraterritoriales es el mero propósito de burlar el fisco y las regulaciones, ¿no correspondería clausurar esos centros extraterritoriales de buenas a primeras, o bien obligarlos a cumplir y hacer cumplir las normas regulatorias e impositivas internacionales? Los documentos publicados por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ, por sus siglas en inglés), que revelaron la escala masiva de la elusión fiscal y el tenor de otras actividades «irregulares» que ocurren a diario en los centros financieros –tanto convencionales como extraterritoriales– apenas agudizaron una suspicacia pública ya existente en relación con las guaridas del secretismo e intensificaron la demanda previa de acciones concretas.

Esta situación desencadena una serie de interrogantes, tanto para la comunidad internacional como para cualquier país que desee mantener su estatus de centro financiero activo en el corazón de esa comunidad: ¿qué es posible hacer en relación con el secretismo y la falta de transparencia? ¿Cuáles son las diversas formas que adopta el secretismo? ¿Qué características debería tener un sistema globalmente eficaz de almacenamiento y transmisión de datos entre los países de la comunidad internacional, y qué pueden hacer esos países para evitar toda complicidad con los actores nocivos de la economía en las sombras? En otras palabras, ¿cómo se construye la buena ciudadanía global de la información?

A lo largo de los últimos 40 años, el mundo ha llegado a comprender mejor las secuelas aparejadas a la falta de transparencia. En el campo de la economía se desarrolló una entera rama específica sobre el tema, cuyos representantes ganaron múltiples Premios Nobel por esclarecernos sobre las consecuencias de la información imperfecta. Los teoremas convencionales sobre la eficiencia del mercado se basaron en el supuesto de la plena información; cuando la información es imperfecta –sobre todo, cuando una persona dispone de información que las demás ignoran, que en definitiva es lo que entendemos por *secretismo* y *falta de transparencia*–, la economía en general no es eficiente:<sup>6</sup> una parte puede y suele sacar ventaja de la

otra. Es por eso que todos los países promulgan leyes de fraude y divulgación para el contenido de los productos de consumo, los valores, etc., con penas severas a fin de garantizar que la información sea veraz.

También en las áreas de la política y el gobierno ha avanzado el conocimiento de los peligros que encierra el secretismo. El secretismo es la base de casi toda la corrupción y, como dice la sabiduría popular, «donde entra aire y sol, no entra el doctor». Con transparencia no existirían las componendas especiales por cuya causa un gobierno recibe menos de lo debido por los bienes que provee, o paga más de lo necesario por los que procura.<sup>7</sup>

En el mundo hay un abanico muy diverso de actitudes frente al secretismo y la transparencia. En Noruega, Suecia y Finlandia, por ejemplo, las declaraciones impositivas se publican en internet. La actitud de estos países es: ¿acaso alguien tiene algo que esconder? Si los ingresos son honestos, ¿cuál es el problema de divulgarlos? En el otro extremo del espectro hay países como Filipinas, que tipifican la divulgación como invasión de la privacidad y castigan a quien difunde datos de los contribuyentes.<sup>8</sup>

Si las decisiones en materia de transparencia y privacidad no acarrearán consecuencias sociales, cada individuo podría decidir según su criterio cuál (y cuánta) es la información que está dispuesto a divulgar. Pero las consecuencias sociales de esas decisiones son enormes. La mayoría de las actividades destructivas para la sociedad –las que atentan contra el propio tejido social– ocurren bajo la tapadera del secretismo. Si las ganancias mal habidas en el delito, y especialmente en la corrupción, se vuelven rastreables y detectables, aumentan las probabilidades de encarcelar a quienes incurren en esas prácticas. Y esta circunstancia, a su vez, reduce en gran medida los incentivos para incurrir en actividades que destruyen el tejido social.

6. Este argumento, que echa por tierra el «teorema de la mano invisible» de Adam Smith, fue desarrollado por Greenwald/Stiglitz (1986).

7. A veces el secretismo no se usa para este tipo de actividades pecuniarias inicuas, sino para la mera promoción de una agenda política. Daniel Moynihan, uno de los senadores más influyentes de EEUU, publicó un libro categórico sobre las consecuencias del secretismo, bajo el escueto título de *Secrecy* [Secretismo]. De acuerdo con su argumento, el secretismo surtió el efecto de extender e intensificar la Guerra Fría. Ver Moynihan (1998). La bibliografía sobre el tema es inmensa. V., por ejemplo, Stiglitz (2001); Stiglitz (2002); Florini (2007).

8. V. Ley de la República N° 8424, del 11 de diciembre de 1997 (prohíbe la divulgación de declaraciones impositivas, penándola con una multa de 50.000 a 100.000 pesos filipinos más dos a cinco años de prisión para empleados de la Agencia de Rentas Internas [BIR, por sus siglas en inglés], y de 2.000 pesos filipinos más seis meses a cinco años de prisión para otros individuos).

El secretismo también atenta contra la capacidad de garantizar que todos hagan sus aportes. Si aún viviéramos en una simple sociedad agrícola, donde cada familia cultivara sus propios alimentos y confeccionara su propia ropa, sería razonable argumentar sobre la escasa necesidad del Estado y el consecuente bajo costo de ocultar la información sobre el ingreso. En eras anteriores, gran parte del gasto gubernamental se destinaba a la guerra. Pero la compleja sociedad moderna necesita recaudar grandes sumas de dinero para funcionar, para promover el crecimiento y para tratar de distribuir con equidad los frutos de ese crecimiento. Necesitamos, por ejemplo, invertir en infraestructura, en educación, en salud, en investigación básica y en muchas otras necesidades públicas. Para que la sociedad funcione bien, todos tienen que aportar lo que les corresponde. Sin embargo, hay individuos que pretenden aprovechar las ventajas de los servicios públicos sin pagar nada a cambio. Si se permiten estas cosas, el entero andamiaje del contrato social puede derrumbarse.

La globalización ha redundado en una economía global, pero no en un gobierno global. Si hubiera un gobierno global, casi sin duda aplicaría una estricta legislación que obligara a los bancos y otros operadores financieros de todos los países a acatar ciertas normas de transparencia. Un gobierno de estas características percibiría el efecto corrosivo del secretismo y haría todo lo posible por combatirlo. En ausencia de un gobierno mundial, los actores más fuertes tienen capacidad efectiva para forzar a los demás a acatar las normas que ellos imponen, mediante la simple amenaza de cerrarles el acceso a su sistema financiero. Y de hecho, numerosos estadounidenses han reclamado a su gobierno que cortara todo tipo de vínculos con las jurisdicciones que no acatan las normas globales (incluso las jurisdicciones confidenciales de su propio territorio), con miras a desactivar en la práctica todas las guaridas del secretismo. Mucha gente de todo el mundo atribuye la existencia de estas guaridas al solo hecho de que EEUU y Europa hayan apartado la vista, bajo la influencia de su propio 1%. Estos actores poderosos aún no han emprendido acciones decisivas, en parte debido a la demora en ordenar su propia casa. Pero en sociedades con una creciente desigualdad, cada vez queda menos margen de tolerancia a la situación. Por lo tanto, hay una posibilidad real de que a la larga se clausuren las guaridas: las iniciativas actuales no son sino la primera etapa de un embate mucho más agresivo.

En un mundo globalizado, allí donde exista un bolsillo secreto, habrá fondos que fluyan hacia él. Es por eso que el

sistema de transparencia debe ser global. EEUU y la UE son cruciales en la etapa de inclinar la balanza hacia la transparencia, pero este será solo el punto de partida: cada país debe desempeñar su papel de ciudadano global en aras de clausurar la economía en las sombras; y es fundamental que en las actuales guaridas del secretismo aparezcan algunos líderes capaces de demostrar que existen modelos alternativos de crecimiento y desarrollo.

En el presente Informe intentamos abordar estos aspectos del secretismo y ofrecer recomendaciones para comenzar a torcer el brazo de la economía en las sombras, hasta que, a la larga, podamos clausurarla del todo. En la Sección II, exploramos el fenómeno global de las guaridas del secretismo—las estructuras que impiden la detección de los fondos ilícitos— y los riesgos que derivan de esa opacidad. La Sección III describe los actuales esfuerzos e incipientes normas internacionales para controlar la economía en las sombras. En la Sección IV, ofrecemos recomendaciones aplicables a todos los países para cerrar los canales globales de secretismo. Por último, en la Sección V, explicamos por qué consideramos que estas medidas son necesarias para la supervivencia de la globalización.

## II. Secretismo, privilegios impositivos y carrera a la baja

Los «Panamá Papers» y otras filtraciones de datos,<sup>9</sup> que sin duda continuarán saliendo a la luz, han dejado en claro los riesgos que corren quienes facilitan el oscurecimiento de los flujos financieros. Algunos de estos flujos pueden tener antecedentes completamente legales, pero los que abundan son bastante más turbios. Los «Panamá Papers» revelaron que los estudios jurídicos involucrados<sup>10</sup>

9. Los casos «Swiss Leaks» [Filtraciones de Suiza], «Luxembourg Leaks» [Filtraciones de Luxemburgo] y ahora «Bahamas Leaks» [Filtraciones de Bahamas] ofrecen abundantes detalles sobre el extendido uso de jurisdicciones fiscales y confidenciales. V. descripciones completas en <[www.icij.org/projects](http://www.icij.org/projects)>.

10. Mossack Fonseca comenzó a operar hace más de 40 años, en los años 70, una década que muchos describen como la era dorada de las empresas *offshore*. En Panamá se lo conoce popularmente como el estudio jurídico que inició los servicios de cuentas extraterritoriales. La firma comenzó por establecer empresas en Panamá, sacando partido de las leyes corporativas particularmente laxas que regían en el país. Sin embargo, después de la invasión estadounidense (que puso nerviosos a los inversores), Mossack Fonseca trasladó sus principales operaciones a las Islas Vírgenes Británicas (IVB). Las IVB pronto se convirtieron en su sede central de operaciones. Estas islas también ofrecían la ventaja agregada de contar con un sistema jurídico dependiente de los tribunales británicos, que ofrecía una sólida garantía de seguridad a los inversores. Durante los años subsiguientes, el estudio prosperó

—que operaban en todo el mundo, tanto en otras guaridas extraterritoriales como en grandes centros financieros tradicionales— habían abierto y mantenido empresas fantasma, fideicomisos, fundaciones privadas y otras entidades para que funcionaran como componentes de las así llamadas «estructuras» por donde fluye el dinero. Estas construcciones complejas están formadas por empresas con propietarios y beneficiarios desconocidos (ocultos tras directores nominales y acciones al portador)<sup>11</sup> y múltiples cuentas en jurisdicciones con leyes estrictas de secreto bancario e ínfima probabilidad de cooperación con autoridades extranjeras. Las estructuras están organizadas por agentes fiduciarios, en su mayoría abogados, que suelen ejercer en jurisdicciones donde su actividad está sujeta a exiguas regulaciones y usan el privilegio de la relación entre abogado y cliente para enmascarar la identidad de las personas a quienes prestan servicio.

Aun cuando pudieran existir algunos usos legítimos de ciertos servicios que se ofrecen en las guaridas fiscales,<sup>12</sup> los «Panamá Papers» han arrojado luz sobre un amplio espectro de abusos indignantes que son facilitados por dichas estructuras: además del liso y llano fraude impositivo por parte de personas y empresas privadas, otro grupo de casos indica que las estructuras fueron utilizadas por funcionarios públicos, ministros y hasta los propios jefes de Estado para encubrir conflictos de interés, o incluso delitos de cohecho, corrupción y malversación. Un tercer grupo expuso la utilización de esas estructuras para el lavado de dinero por parte del delito organizado. En un caso especialmente atroz, un cliente del estudio panameño lideraba una red rusa de prostitución infantil, cuyos miembros raptaban, violaban y vendían a niñas huérfanas. De acuerdo con ICIJ, cuando la firma descubrió acusaciones relacionadas con la actividad de su cliente, determinó que no tenía obligación legal de denunciarlo.<sup>13</sup> He ahí cómo estas estructuras permiten, e incluso incentivan, abusos inhumanos contra los más vulnerables.

y estableció varias sucursales internacionales, que lo convirtieron en el cuarto proveedor de servicios *offshore* más grande del mundo. A medida que se expandían sus operaciones, crecía su reputación, que a la vez atraía nuevos negocios. Ver Luke Harding: «Mossack Fonseca: Inside the Firm that Helps the Super-Rich Hide their Money», en *The Guardian*, 8/4/2016 (fecha de consulta: 12/10/2016).

11. Las acciones al portador son instrumentos negociables que otorgan la titularidad de una entidad jurídica a quien tenga en su poder el certificado de la acción al portador. V. Glosario en Recomendaciones del GAFI, disponible en <[www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering](http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering)>.

12. V. el artículo de investigación de Christine Capilouto, «A More Nuanced Argument for Tax Havens», 1/10/2016 (en poder de los autores).

13. Ver Obermayer/Obermaier (2016).

Por otra parte, muchas empresas globales respetadas también usan y desarrollan estas estructuras con el propósito de eludir el pago de impuestos sobre rentas colosales, que se cuentan por billones de dólares.<sup>14</sup> Con la asistencia de estudios jurídicos y firmas contables (e incluso algunos gobiernos, que proveen regulaciones impositivas secretas para autorizar dichas estructuras, tal como lo revelaron las filtraciones de Luxemburgo [«Luxembourg Leaks», informalmente apodadas «LuxLeaks»]), las grandes empresas multinacionales desplazan sus ganancias desde el lugar donde se desarrolla la actividad económica hacia jurisdicciones de impuestos bajos o nulos, mediante la manipulación de los precios de transferencia y otros pagos artificiosos al exterior, con lo que cargan los costos sociales sobre las espaldas del lugar que generó las ganancias.

Además, ciertos gobiernos a menudo complementan el uso de estas estructuras con la provisión de zonas económicas libres de impuestos y regímenes impositivos preferenciales para las sociedades constituidas en su territorio, que están sujetas a escasas o nulas obligaciones impositivas, siempre y cuando no se involucren en la economía local. Pero lo más alarmante de todo es el hecho de que tales procedimientos son completamente legales. Y sin embargo, los privilegios impositivos son cuestionables por donde se los mire: no solo burlan las leyes tributarias de terceros países, sino que además atentan contra el Estado de bienestar en el hemisferio norte, contra el desarrollo en el hemisferio sur, contra las inversiones en infraestructura, tecnología y educación en todas partes, y —por ende— contra el crecimiento mundial.

¿Cuáles son, si es que los hay, los beneficios sociales que arrojan estas componendas complejas y opacas? Porque sus altísimos costos sociales son cada vez más inocultables. Desde una perspectiva global, esta forma de competencia es destructiva. Desde una perspectiva fiscal, tales estructuras no generan mayor actividad económica, sino el mero desplazamiento de actividades desde un lugar hacia otro; o bien, en algunos casos, solo la *aparición* de un desplazamiento. De hecho, la competencia fiscal redundante en mayor desigualdad y peores servicios públicos. Aún más inquietante es su nexo con el secretismo: una faceta típica del lavado de activos es el desplazamiento de ganancias ilícitas a guaridas del secretismo, no solo para ocultar el origen de los fondos, sino también para eludir las cargas fiscales.

14. Tax Justice Network estima esta suma en 21 a 32 billones de dólares. Ver Henry (2012).

No obstante, algunos países insisten en percibir la estrategia de baja imposición y mínima regulación como parte de su ventaja competitiva. Según esta teoría, aun cuando un país no reciba ingresos fiscales directos de una empresa que opta por constituirse en su territorio, la actividad económica que se genera es beneficiosa y, en parte, será gravada por medio de impuestos indirectos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los costos superan abrumadoramente a los beneficios, ya que estos regímenes obstaculizan la innovación local y crean una elite interna para salvaguardar los intereses de quienes lucran con las guaridas del secretismo, así como toda inversión extranjera que puedan generar.

Es crucial tener presente que, a mayores privilegios fiscales, mayor atracción para el lavado de activos. En consecuencia, si un país opta por ofrecer privilegios fiscales indebidos, necesitará una transparencia más plena, un refuerzo de la supervisión y constancia en la aplicación de la ley. Si un país opta por mantener los privilegios impositivos, deberá abrir los libros de todas las empresas que se beneficien con ellos a cualesquiera inspecciones de la comunidad internacional, con lo cual las someterá a un escrutinio más estricto, generará más demandas de endurecimiento en la aplicación de la ley y correrá mayor riesgo de enfrentar la censura internacional si se comprueba su laxitud. Ese país debe tomar en cuenta estos costos cuando analice los costos y beneficios de continuar con el régimen preferencial.

Por otra parte, con o sin regímenes impositivos preferenciales, hay preguntas importantes que es preciso plantear en relación con las estructuras opacas de los centros financieros extraterritoriales: ¿por qué la empresa/el fideicomiso/la fundación se constituye en un centro financiero *offshore*? ¿Cuáles son los beneficios que obtiene allí y que no habría recibido de constituirse en uno de los países donde lleva a cabo sus actividades económicas? La respuesta de la comunidad internacional ante las crecientes y legítimas inquietudes en relación con los costos del secretismo es demandar mayor transparencia por parte de todos: los sectores financieros y empresariales, las fundaciones y los fideicomisos opacos, y los profesionales que les brindan servicios. Más abajo explicaremos en mayor detalle qué entraña la transparencia para las personas jurídicas (empresas, fideicomisos, fundaciones, etc.), sea cual fuere el tipo de jurisdicción donde se hayan constituido: la identidad de los beneficiarios finales o efectivos, el lugar donde se llevan a cabo sus actividades económicas, los montos de sus ganancias globales y los

impuestos debidos/pagados en cada país. En la sección que sigue se esbozan las iniciativas que ha puesto en marcha la comunidad internacional para lidiar con estos problemas.

### III. Normas internacionales de transparencia financiera e impositiva

Desde 2009, frente al panorama de crisis financiera y vaciamiento de las arcas públicas, la lucha mundial contra la elusión, la evasión y la opacidad financiera ha ganado nuevo terreno. Resulta cada vez más obvio que las estructuras del sistema financiero global facilitan la circulación de los así llamados «flujos financieros ilícitos» (según la definición más común, «dinero obtenido, transferido o empleado de manera ilegal, que cruza las fronteras»<sup>15</sup>). Estos flujos socavan el imperio de la ley, exacerbando la desigualdad y surten un impacto sumamente nocivo, sobre todo en los países en desarrollo, donde los sectores más pobres padecen severas privaciones que continúan infringiendo sus derechos humanos (sociales y económicos, así como civiles y políticos).<sup>16</sup>

Vivimos en una época de capacidades económicas, tecnológicas y administrativas que permiten abordar con eficacia el problema de la extrema pobreza. Pero lo que en verdad necesitamos es reformar el sistema global de guaridas del secretismo para evitar el drenaje de los presupuestos estatales, especialmente los del mundo en desarrollo.<sup>17</sup> Por otra parte, incluso los países desarrollados están tomando conciencia de las enormes magnitudes que alcanzan las riquezas escondidas en centros extraterritoriales, de la agresiva elusión fiscal que desguaza los presupuestos públicos, de su efecto corrosivo en la voluntad de cumplir con las obligaciones tributarias y de su relación causal con la creciente desigualdad, identificada cada vez más como uno de los problemas mundiales más acuciantes. Y como si esto fuera poco, las guaridas del secretismo también facilitan la corrupción y otras actividades ilícitas que carcomen la fibra vital de todas las sociedades. Frente a las incontenibles demandas democráticas de enfrentar estos problemas, se ha redoblado la coordinación mundial en pos de incrementar la transparencia, tanto financiera como impositiva.

15. V. Banco Mundial: *Illicit Financial Flows*, disponible en <[www.worldbank.org/en/topic/financialmarketintegrity/brief/illicit-financial-flows-iffs](http://www.worldbank.org/en/topic/financialmarketintegrity/brief/illicit-financial-flows-iffs)>.

16. Ver Sepúlveda (2014).

17. Ver Pogge/Mehta (2016)

## 1. Transparencia financiera

La caída del Muro de Berlín y la apertura del Este intensificaron la globalización económica, con consecuencias positivas y negativas. Casi al mismo tiempo emergió la regulación internacional contra el lavado de activos, la corrupción y el financiamiento del terrorismo. La comunidad internacional ha adoptado una serie de convenciones emblemáticas en el área del delito económico y organizado, comenzando por la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, de 1988; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), incluido su protocolo sobre trata de personas; la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros (1997); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por su siglas en inglés), así como varios acuerdos más específicos sobre corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. El denominador común de estos acuerdos internacionales es la necesidad de prevenir el abuso del sector financiero con fines ilícitos.

Las normas internacionales contra el lavado de activos y la corrupción constituyen una mezcla de ley «dura» y ley «blanda», apuntalada por rigurosos mecanismos de control que se promueven con fuerte compromiso político, perfeccionada por asociaciones empresariales y grupos multilaterales, e incorporada a los ámbitos nacionales por medio de su traducción a regulaciones internas. Esta mezcla de normas se aplica en procuradurías y tribunales para definir la responsabilidad empresarial en casos de lavado y corrupción.<sup>18</sup> En líneas generales, este tipo de sistema «corregulatorio» (que nació en el área de los derechos humanos) ha resultado eficaz en diversos campos, como las iniciativas contra el lavado de activos, contra el financiamiento del terrorismo y contra la corrupción.

La identificación del beneficiario final ha pasado a ser un requisito clave de la transparencia. A diferencia del beneficiario o propietario nominal, el beneficiario final es la persona natural que disfruta el uso y el título de la propiedad

sin necesidad de figurar como propietaria legal.<sup>19</sup> A primera vista, puede parecer una obviedad demandar –como norma de alcance mundial– registros públicos de empresas que incluyan la identidad de sus beneficiarios finales. De hecho, Reino Unido y Francia han establecido registros públicos de propietarios de empresas.<sup>20</sup> Sin embargo, hoy la obligación primordial de identificar al beneficiario final se delega en operadores financieros, como los bancos, que a su vez deben dar parte a las autoridades regulatorias.<sup>21</sup> Ampliaremos este tema más adelante, en la Sección IV.

### a. Antilavado de activos (ALA)

El tema del lavado de activos llegó a los foros internacionales en 1988, cuando la Convención de Viena lo incluyó en su arsenal contra el tráfico ilícito de estupefacientes.<sup>22</sup> Al año siguiente, el G-7 convocó a una reunión bajo el auspicio del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI, Groupe d'Action Financière, o FATF, por sus siglas en inglés),<sup>23</sup> que en aquel momento estaba liderado por el presidente francés Mitterrand y su ministro de finanzas. A partir de la «Cumbre de l'Arche», el GAFI trabajó en la elaboración de sus 40 Recomendaciones para combatir el lavado de activos. En una primera fase, el grupo abordó, por un lado, la criminalización del lavado de activos relacionado con el narcotráfico, el decomiso de bienes mal habidos y la pertinente asistencia mutua en materia administrativa y legal; y por el otro lado, los seis requisitos

naturales que ejercen el control efectivo final sobre una entidad o estructura jurídica. Véase en Glosario en Recomendaciones del GAFI, disponible en <[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf)>, o definición de *beneficial owner* en <[www.fatf-gafi.org/glossary/a-c/](http://www.fatf-gafi.org/glossary/a-c/)>.

20. Desde el 6 de abril de 2016, todas las empresas de Reino Unido tienen la obligación de identificar y registrar a sus propietarios/controladores. V. Parte 21A de la Ley de Empresas [Companies Act] de 2006. Reino Unido también se ha comprometido a implementar un registro central de beneficiarios finales o «personas con control significativo», públicamente accesible. V. Proyecto de Ley sobre el Pequeño Emprendimiento, la Empresa y el Empleo [Small Business, Enterprise, and Employment Bill], cláusula 70 y anexo 3. El 22 de julio de 2016, Francia instituyó registros públicos de propietarios de empresas y beneficiarios de fideicomisos y fundaciones, pero cerró los registros de fideicomisos luego de que el Consejo Constitucional los calificara de «interferencia desproporcionada con el derecho a la privacidad». Decisión N° 2016-591 QPC, 21/10/2016.

21. El 11 de julio de 2016, EEUU adoptó una reglamentación del Tesoro (denominada FinCEN) que exige a los operadores financieros reportar (solo a las autoridades gubernamentales) y verificar (solo mediante documentación) a los beneficiarios finales de los clientes que sean personas jurídicas, a partir del 11 de mayo de 2018. V. 81 F.R. 29397.

22. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988).

23. Como quedará claro a lo largo del presente Informe, este campo hace un uso muy intensivo de acrónimos. Hemos identificado cada acrónimo en su primera mención.

18. Ver Pieth (2007); Pieth (2008a); Pieth (2008b).

19. El término *beneficiario final* de un activo o una entidad jurídica se refiere a la(s) persona(s) natural(es) que en última instancia posee(n) o controla(n) el activo o la entidad jurídica, y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas

clásicos de la supervisión financiera: (1) identificación de clientes y beneficiarios finales, (2) incremento de la debida diligencia en transacciones inusuales, (3) notificación de transacciones sospechosas, (4) documentación relevante, (5) cumplimiento por parte de intermediarios financieros y (6) denuncia de transacciones en efectivo por montos elevados.<sup>24</sup>

El punto fuerte del sistema Antilavado de Activos (ALA) del GAFI es la identificación de los beneficiarios finales (de empresas, fundaciones y fideicomisos) y la subsecuente verificación de esos datos.<sup>25</sup> Sin embargo, algunos observadores de la sociedad civil consideran que las normas del GAFI son demasiado laxas. Por ejemplo, se ha objetado el alto umbral de participación en la titularidad (25%) para la definición del beneficiario final (es decir, no es necesario identificar a un individuo cuyo interés sea menor a 25%). Los críticos también ven una «laguna» en la cláusula que permite registrar a los directivos superiores como beneficiarios finales cuando no se identifica a otra persona. Como alternativa, proponen que se considere beneficiario final a cualquier persona («natural») que posea al menos una acción. En el caso de los fideicomisos, los «beneficiarios finales» identificados deberían incluir a todas las personas aludidas en los documentos de la entidad.<sup>26</sup>

Un paso estrechamente ligado al anterior es determinar el *origen* de los fondos, en particular cuando las transacciones y los patrones de conducta del cliente no tienen sentido a primera vista desde la lógica profesional (el denominado «enfoque basado en el riesgo» o EBR).<sup>27</sup>

El GAFI ha ampliado el alcance de su trabajo en tres direcciones: agregar a los fondos del narcotráfico los que derivan de todos los delitos determinantes;<sup>28</sup> incluir a todos los operadores financieros, además de los bancos; y expandir el ámbito geográfico a todos los centros financieros relevantes. Aunque sus normas siguen basadas en legislación blanda, la aplicación se lleva a cabo mediante

revisiones y monitoreo de pares y, de ser necesario, sanciones comerciales contra los países y territorios denominados «no cooperantes».<sup>29</sup>

A partir de 1990, ciertos organismos regionales –como el Consejo de Europa<sup>30</sup> y la UE–<sup>31</sup> volcaron las Recomendaciones en convenios internacionales tradicionales, mientras las normas se incorporaban a leyes y regulaciones nacionales que las hicieron vinculantes para la industria financiera. La industria financiera, en especial la banca, siguió de cerca estos avances y contribuyó al programa mediante acciones colectivas; por ejemplo, el Grupo Wolfsberg desarrolló reglas de cumplimiento interno que abordan los riesgos de lavado y corrupción e incorporan normas internacionales y leyes nacionales.<sup>32</sup>

#### b. Contra el financiamiento del terrorismo

Desde la década de 1970, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) elaboró varios instrumentos para combatir y prevenir el terrorismo. Estos instrumentos –originados en respuesta a actividades terroristas de Alemania (Fracción del Ejército Rojo) e Italia (Brigadas Rojas) y acciones terroristas de organizaciones palestinas– se caracterizaron por su enfoque en peligros específicos (como los atentados contra líneas aéreas, plataformas petroleras, etc.).<sup>33</sup> En 1999, la ONU agregó un convenio sobre financiamiento del terrorismo.<sup>34</sup> Poco más tarde,

24. V. Recomendaciones del GAFI (1990).

25. V. Recomendaciones del GAFI (2012) 10, 12, 24 Y 25.

26. V. Knobel/Meinzer (2016a); Knobel/Meinzer (2016b).

27. V. nota 24 de este documento, Recomendaciones 1 y 10.

28. Un delito determinante es una acción que provee recursos para otro acto delictivo; por ejemplo, evasión impositiva, tala ilegal, contrabando, trata de personas, etc. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) lo define así en su artículo 2(h): «Por 'delito determinante' se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención». El artículo 6 regula el lavado de activos y procura abarcar el espectro más amplio posible de delitos determinantes, incluida la corrupción.

29. V. GAFI (2000).

30. Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito (STE Nº 141).

31. Primera Directiva de la UE sobre blanqueo de capitales, de 1991 (91/308/EEC); Segunda Directiva de la UE sobre blanqueo de capitales, de 2001 (2001/97/EC); Tercera Directiva de la UE sobre blanqueo de capitales, de 2005 (2005/60/EC).

32. El Grupo Wolfsberg, formado por 11 de los mayores bancos privados internacionales, comenzó por desarrollar normas antilavado para bancos privados y luego adoptó una amplia serie de documentos especializados (sobre la prevención del terrorismo, el enfoque basado en el riesgo, la banca corresponsal y las medidas anticorrupción). Cf. Pieth/Aiolfi (2003); Pieth (2007); Wolfsberg (2000/2002/2012); Wolfsberg (2002a); Wolfsberg (2002b); Wolfsberg (2006).

33. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 16 de diciembre de 1970; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 23 de septiembre de 1971; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971, 24 de febrero de 1988; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 10 de marzo de 1988, y su Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 10 de marzo de 1988; Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, 17 de diciembre de 1997; Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 15 de diciembre de 1997.

34. ONU: Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999).

tras los atentados neoyorquinos del 11 de septiembre de 2001, la comunidad internacional, liderada por EEUU, declaró una «guerra total contra el terrorismo», incluido su financiamiento. Sobre la base de modelos anteriores para la lucha contra el narcotráfico y otros delitos graves, se introdujeron restricciones estrictas con miras a prevenir el uso del sistema financiero para la preparación y el financiamiento de actos terroristas. La comunidad internacional se valió de los acuerdos que había desarrollado para combatir el lavado de activos y agregó el «financiamiento del terrorismo» a la lista de sus delitos determinantes. Además, el Consejo de Seguridad de la ONU elaboró las denominadas «sanciones inteligentes», que ponen la mira en el libre movimiento de capital por parte de personas sospechosas.<sup>35</sup>

### c. Anticorrupción

El desarrollo de normas internacionales contra la corrupción ha seguido un patrón muy similar: en 1977, tras el caso Watergate, el Congreso de EEUU adoptó –al principio de manera unilateral– un estatuto sobre el cohecho extranjero, la *Ley sobre Prácticas Corruptas Extranjeras* (FCPA, por sus siglas en inglés).<sup>36</sup> Luego de que los principales competidores se mostraran renuentes a seguir el ejemplo, la legislación se enmendó en 1988.<sup>37</sup> Desde 1990, EEUU se ha abocado a internacionalizar la FCPA a través de la OCDE.

De 1990 a 1997, la OCDE desarrolló dos Recomendaciones y una Convención en aras de establecer medidas preventivas y punitivas contra el cohecho de funcionarios extranjeros en transacciones internacionales.<sup>38</sup> También en este caso, la combinación de recomendaciones y ley dura se aplicó en los Estados miembros en gran medida mediante una herramienta más política que jurídica: el monitoreo de países.<sup>39</sup> Además, la OCDE continuó la tarea regulatoria con una mezcla de su Convención

y una Recomendación actualizada de 2009, así como lineamientos de índole aún más blanda.<sup>40</sup> Tal como en los casos anteriores, la norma internacional de la OCDE se tradujo en leyes y regulaciones nacionales de sus Estados miembros.<sup>41</sup> Simultáneamente, otros organismos internacionales, como la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización para la Unidad Africana –por diversas razones de su incumbencia– abordaron el tema de la corrupción y redactaron sus propios instrumentos jurídicos.<sup>42</sup>

Las bases del movimiento anticorrupción fueron expandiéndose con el tiempo, desde el resguardo de la competencia justa hasta el desarrollo de una agenda sobre la gobernanza. En años más recientes, los instrumentos para el combate contra la corrupción y la defensa de los derechos humanos se han aproximado más entre sí. La UNCAC recogió todos estos elementos y los integró en un enfoque abarcador que replicó las medidas de la OCDE contra el cohecho extranjero. De manera gradual, se adoptaron las revisiones y el monitoreo de pares como medio de asegurar la implementación por parte de todas las organizaciones internacionales.

Mientras se creaban estos instrumentos internacionales, los bancos multilaterales de desarrollo determinaron que el combate contra la corrupción era inherente a sus deberes fiduciarios, en parte como respuesta a la creciente evidencia en torno de los efectos perjudiciales de la corrupción para el desarrollo de los países.<sup>43</sup> Estos bancos incorporaron

35. UNU, S/RES/1267 Y S/RES/1373; Pieth/Eymann (2009).

36. US Foreign Corrupt Practices Act [Ley sobre prácticas corruptas extranjeras], Ley Pública Nº 95-213, 91 Stat. 1494.

37. US Omnibus Trade and Competitiveness Act [Ley Consolidada de Comercio y Competitividad de EEUU], Ley Pública Nº 100-418, 102 Stat. 1107.

38. Recomendación sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales (adoptada por el Consejo de la OCDE el 27 de mayo de 1994); Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (adoptada por el Consejo de la OCDE el 23 de mayo de 1997); Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (adoptada por el Consejo de la OCDE el 21 de noviembre de 1997, firmada el 17 de diciembre de 1997).

39. Ver Bonucci (2014).

40. Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (adoptada por el Consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 2009); Anexo I: Guía de Buenas Prácticas para Aplicar Artículos Específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; Anexo II: Guía de Buenas Prácticas Sobre Controles, Ética y Cumplimiento (adoptados el 18 de febrero de 2010).

41. Ver, por ejemplo, UK Bribery Act [Ley del Reino Unido sobre Cohecho], de 2010, c. 23.

42. Convención Interamericana contra la Corrupción, 29 de marzo de 1996; Convenio Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción, STE Nº 173; en la UE, el Protocolo redactado sobre la base del Artículo K.3 del Tratado de la UE para el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (OJ C 313, 23/10/1996, pp. 1–10), y el Convenio redactado sobre la base del Artículo K.3 (2) (c) del Tratado de la UE sobre el combate de la corrupción que involucre a funcionarios de las Comunidades Europeas o de Estados Miembros de la UE (OJ C 195, 25/6/1997, pp. 1–11; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, 11 de julio de 2003).

43. El estatuto del Banco Mundial prohíbe la participación en actividades políticas y, en el pasado, la crítica a los gobiernos por causas de corrupción se consideraba de índole política. Con el sustento de los resultados obtenidos por su departamento de investigación, al mando del economista jefe Joseph Stiglitz, el Banco Mundial, bajo la presidencia de James Wolfensohn, inició una importante campaña anticorrupción que incluyó la identificación de estructuras y políticas institucionales resistentes a las prácticas corruptas.

las políticas anticorrupción a sus operaciones e introdujeron sanciones contra empresas e individuos que incurrieran en acciones fraudulentas y corruptas.<sup>44</sup> A medida que las organizaciones empresariales<sup>45</sup> y las ONG<sup>46</sup> también adoptaban las nuevas normas, la denominada «industria del cumplimiento» avanzó en la consolidación de las reglas. Una vez más, las organizaciones empresariales del sector financiero, con Wolfsberg a la cabeza, elaboraron materiales orientativos para el combate de la corrupción,<sup>47</sup> que los bancos miembros adoptaron y tradujeron a normas internas. Las sentencias y resoluciones de los tribunales nacionales (especialmente en EEUU y Alemania) también incorporaron las normas generales para la definición de la responsabilidad empresarial.<sup>48</sup> Por último, los países introdujeron la norma común en sus notas orientativas y lineamientos oficiales.<sup>49</sup>

## 2. Transparencia impositiva

### a. Intercambio de información sobre cuestiones tributarias

Hoy existe un consenso mundial sobre la necesidad de incrementar la cooperación fiscal entre los países, incluido el intercambio eficaz de información entre administraciones tributarias. Históricamente, el intercambio de información con fines impositivos se llevó a cabo por medio de tratados fiscales bilaterales, basados en el *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE* o en la *Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo*. Ambos modelos –el

de la OCDE y el de la ONU– se utilizan como documentos de referencia para los convenios tributarios bilaterales entre países, con miras a resolver los problemas más comunes sobre la base de parámetros uniformes. En ambos modelos, el artículo 26 dispone el intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados contratantes. El párrafo 1 del artículo 26 estipula que la información puede intercambiarse de tres maneras (solas o combinadas): previa petición para un caso concreto, automáticamente o espontáneamente.<sup>50</sup>

Sin embargo, el intercambio de información en el marco de los convenios tributarios bilaterales no ha servido para contener las fugas de capitales motivadas por la elusión fiscal agresiva, cuyo monto total, según los cálculos de la OCDE, oscila hoy entre 100.000 y 240.000 millones de dólares anuales.<sup>51</sup> La elusión impositiva de las empresas multinacionales ocasiona por sí sola pérdidas recaudatorias que ascienden a cientos de miles de millones de dólares, y es objeto de un extenso debate público desde que se revelaron los acuerdos secretos entre Irlanda y Apple (y, por increíble que suene en esta era de la transparencia, mientras nuestro Informe se encamina a la imprenta, ambos protagonistas continúan rehusando la divulgación pública del fallo que la Comisión Europea emitió contra ellos).<sup>52</sup> Dos décadas atrás, estas pérdidas eran cada vez más patentes para los líderes del G-7, quienes reclamaron a la OCDE el abordaje del problema. La organización respondió con el informe sobre la *Competencia Fiscal Nociva* (1998), que inició el camino hacia la definición de las «prácticas fiscales perniciosas» y condujo a la aplicación de estos criterios a los regímenes tributarios preferenciales, a través del Foro sobre Prácticas Fiscales Perniciosas (FHTP, por sus siglas en inglés), con sede en la OCDE. En segundo lugar, el Foro Global de la OCDE sobre Fiscalidad, más tarde rebautizado Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios (Foro Global), asumió la tarea de desarrollar un programa para mejorar el intercambio de información tributaria.

44. V. los Procedimientos de Sanciones del Banco Mundial, 15 de abril de 2012; Procedimientos de Sanciones del Banco Interamericano de Desarrollo, 9 de junio de 2015; Documento del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Políticas y Procedimientos de Aplicación, 25 de abril de 2014; y Procedimientos de Sanciones del Grupo del Banco Africano de Desarrollo, 18 de noviembre de 2014.

45. Cámara Internacional de Comercio: Reglas de Conducta para Combatir la Extorsión y el Cohecho.

46. Principios Empresariales contra el Cohecho, de la ONG Transparencia Internacional.

47. Wolfsberg (2007); Wolfsberg (2011).

48. Esto impone a las empresas la necesidad de trazar su perfil de riesgo particular y desarrollar e implementar sistemas de cumplimiento *ad hoc* para no meterse en problemas. M. Pieth y R. Ivory (2011), *Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence, and Risk*; Dordrecht et al., 50 y ss., 393 y ss.

49. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, 14 de noviembre de 2012; The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010).

50. En detalle: OCDE: *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio*, 15 de julio de 2014, Comentarios al Artículo 26, comentario 9 y ss., p. 17 y ss.

51. <[www.oecd.org/ctp/policy-brief-beps-2015.pdf](http://www.oecd.org/ctp/policy-brief-beps-2015.pdf)>.

52. La página web de la Comisión Europea aclara: «La versión pública de este fallo [SA38373] aún no está disponible. Se publicará tan pronto como se haya depurado de información confidencial». <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result&policy\\_area\\_id=3&case\\_number=38373](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3&case_number=38373)>. V. un análisis más extenso de la elusión impositiva por parte de las multinacionales en Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional (2015).

El informe sobre *Competencia Fiscal Nociva* delineó un plan de trabajo para identificar regímenes impositivos preferenciales en los Estados miembros de la OCDE, creó una «lista negra» de paraísos fiscales y estableció criterios para definir leyes tributarias preferenciales potencialmente nocivas, que guiaron el trabajo del FHTP.

Hacia el año 2000, el FHTP había identificado 47 regímenes potencialmente dañinos en países de la OCDE, así como 35 guaridas fiscales, pero todas menos una ya habían sido retiradas al cabo de seis años, cuando el Foro Global tomó a su cargo la tarea de la lista negra. Tras la Cumbre de 2009 en Londres, donde los líderes del G-20 prometieron «poner fin a los paraísos fiscales y regulatorios»,<sup>53</sup> el Foro Global se reestructuró con una secretaría independiente para monitorear la implementación de normas sobre transparencia fiscal e intercambio de información, a través de evaluaciones entre pares, informes sobre países y *ratings* de cumplimiento. El FHTP permaneció en el marco de la OCDE, acotado al problema de las leyes tributarias preferenciales y a la elaboración de medidas defensoras del desarrollo para contrarrestarlas.<sup>54</sup>

Alrededor de la misma época, en 2010, Estados Unidos promulgó la *Ley sobre Cumplimiento Impositivo de Cuentas Extranjeras* (FATCA, por sus siglas en inglés),<sup>55</sup> que aborda el problema desde una perspectiva unilateral. En acatamiento de la FATCA, las instituciones financieras extranjeras tienen la obligación de comunicar a la Administración Federal de Ingresos Públicos de EEUU (IRS, por sus siglas en inglés) datos básicos (nombre, domicilio, número de identificación fiscal, etc.) de cuentas a nombre de contribuyentes estadounidenses o entidades extranjeras cuyos propietarios sean contribuyentes estadounidenses; de lo contrario, los titulares de las cuentas extranjeras serán sancionados con una retención de 30% (impuesta por las instituciones financieras extranjeras, según los acuerdos con países en el marco de la FATCA) sobre todos los pagos que se efectúen desde las cuentas.<sup>56</sup> Hasta el momento de escribirse este informe,

53. G-20 (2009).

54. OCDE (2015).

55. Ley Pública N° 111-147, 124 Stat.71.

56. Bajo los acuerdos de la FATCA, una institución financiera extranjera (IFE) «participante» tiene que: «(1) llevar a cabo ciertos procedimientos de identificación y diligencia debida con respecto a los titulares de sus cuentas; (2) informar anualmente a la IRS sobre los titulares de sus cuentas que sean personas estadounidenses o entidades extranjeras de las cuales una parte substancial sea propiedad estadounidense; y (3) retener y abonar a la IRS 30% de todos los pagos originados en ingresos estadounidenses, así como de las ganancias brutas obtenidas

113 países habían sellado acuerdos intergubernamentales bilaterales con EEUU en el marco de la FATCA, con o sin cláusulas de información recíproca.

La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (CMAATM, por sus siglas en inglés) fue desarrollada en 1988 por la OCDE y el Consejo de Europa, pero se modificó mediante el Protocolo de 2011, a instancias del G-20, para abrirla a la participación de todos los países. Dos años más tarde, el G-20 encomendó a la OCDE la elaboración de una normativa común de reporte (*Common Reporting Standard*, CRS) para el intercambio automático de información, llamada *Normativa común de reporte y debida diligencia para la información de cuentas financieras*. Poco después, en 2015, la OCDE publicó el Manual para la Aplicación de la CRS.<sup>57</sup> Aunque más de 85 países han firmado el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para la Aplicación de la CRS (AMAC), EEUU no lo ha hecho.<sup>58</sup>

Bajo la CRS, cada una de las instituciones financieras informantes (definidas como entidades de custodia,<sup>59</sup> entidades de depósito,<sup>60</sup> entidades de inversión<sup>61</sup> y entidades de seguros especificados)<sup>62</sup> debe suministrar la siguiente información sobre cuentas bancarias:<sup>63</sup>

- en el caso de cuentas cuyos titulares son individuos: nombre, domicilio, jurisdicción/es de residencia, número/s de identificación fiscal (NIF), y fecha y lugar de nacimiento;

por la venta de valores que generen ingresos de origen estadounidense, a beneficio de (a) IFE no participantes, (b) titulares individuales de cuentas que no provean información suficiente para determinar si son o no personas estadounidenses, o (c) titulares de cuentas de entidades extranjeras que no provean información suficiente sobre la identidad de sus propietarios estadounidenses substanciales». IRS: Resumen de las cláusulas clave de la FATCA, disponible en <[www.irs.gov/businesses/corporations/summary-of-key-fatca-provisions](http://www.irs.gov/businesses/corporations/summary-of-key-fatca-provisions)> [en inglés].

57. OCDE (2015).

58. V. OCDE: Portal de Intercambio Automático, disponible en <[www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/](http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/)>.

59. Una entidad que mantiene activos financieros en nombre de otros como parte sustancial de su actividad comercial.

60. Una entidad que acepta depósitos en su actividad normal de banco o empresa similar.

61. Una entidad cuyo negocio principal es la realización de ciertas actividades (comercio con instrumentos del mercado de dinero, administración de cartera, comercio e inversión de activos financieros) en nombre de otras personas.

62. Una compañía de seguros que emite una póliza de valor en efectivo o de pensión vitalicia.

63. Una cuenta se considera reportable si se identifica como tal conforme a procedimientos de diligencia debida que distinguen entre cuentas individuales preexistentes de alto y bajo valor; nuevas cuentas individuales; cuentas preexistentes de la entidad; cuentas nuevas de la entidad.

- en el caso de cuentas cuyos titulares son entidades: nombre, domicilio, jurisdicción/es de residencia y NIF de la entidad, así como nombre, domicilio, jurisdicción/es de residencia, NIF, y fecha y lugar de nacimiento de las personas controlantes;
- número de cuenta;
- nombre y número de identificación (si lo tiene) de la entidad financiera informante;
- saldo o valor de la cuenta.

Cabe señalar que, aunque la CMAATM –y el AMAC-CRS que la aplica– son instrumentos multilaterales, el intercambio real de información todavía se activa y se efectúa bilateralmente entre las autoridades competentes de los países signatarios, que se comprometen a respetar la confidencialidad, la especialidad<sup>64</sup> y la reciprocidad<sup>65</sup> y tramitan las notificaciones respectivas a través de la OCDE, que funciona como depositaria de la información.<sup>66</sup>

Reconociendo la probable necesidad de aplicar medidas coercitivas, los ministros de Finanzas del G-20 también han solicitado a la OCDE que confeccione una lista de jurisdicciones no cooperativas para la Cumbre del G-20 a celebrarse en julio de 2017, fecha en la cual «se considerarán medidas defensivas».<sup>67</sup> La OCDE ha establecido que los países, en particular si están catalogados como centros financieros, solo pueden clasificarse como cooperantes si satisfacen al menos dos de los siguientes tres requisitos: categoría de «cumplidor mayoritario» en el *rating* del Foro Global; compromiso con el intercambio automático de información bajo la normativa común (CRS) a partir de 2018; participación en la CMAATM o en una red bilateral suficiente para el intercambio de información (si bien EEUU no ha firmado el acuerdo multilateral, cuenta con un amplio conjunto de acuerdos intergubernamentales sellados en el marco de la FATCA).

#### b. Informe país por país

Además del movimiento hacia el intercambio automático de información tributaria, el G-20 encomendó a la OCDE que avanzara en una reforma con miras a «realinear la imposición con las actividades económicas esenciales y

la creación de valor», así como combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés). En febrero de 2013, la OCDE publicó el informe *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, seguido, unos meses más tarde, por el *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. En solo dos años, la OCDE presentó el paquete final del Plan BEPS a los ministros de Economía y Finanzas del G-20, con informes detallados sobre cada una de las 15 Acciones y recomendaciones para la reforma coordinada de las reglas tributarias internacionales. El Plan BEPS arribó a un consenso sobre cuatro normas mínimas, que fueron respaldadas por el G-20: cláusulas modelo para impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales; modelo para la presentación de información desglosada por países (informe país por país, CbCR, por sus siglas en inglés); relanzamiento del proceso de supervisión entre pares del FHTP para abordar las prácticas fiscales nocivas; y un acuerdo para avanzar en la resolución de controversias por medio del denominado «procedimiento amistoso» o de acuerdo mutuo.

El informe país por país implica el intercambio automático entre países de datos tributarios sobre ingresos, beneficios, impuestos debidos/pagados, empleados y activos de cada entidad. A fin de implementarlo, la OCDE ha desarrollado un *Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes sobre el Intercambio de Informes País por País* (AMAC CbC), así como un formato electrónico modelo (esquema XML de CbC) para el intercambio de informes país por país entre jurisdicciones. Al momento del presente escrito, hay 49 signatarios del acuerdo. EEUU no lo ha suscripto ni ha promulgado aún una legislación que exija a las empresas la presentación de informes desglosados por país.<sup>68</sup>

Todo país dispuesto a comprometerse con las normas y la supervisión entre pares del BEPS puede acceder al «estatus de asociado» al BEPS en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. El enfoque de «Marco Inclusivo» extenderá las reformas del BEPS al plano global: la supervisión entre pares respecto de las cuatro normas, incluido el informe

64. Es decir, la información intercambiada solo puede usarse para fines tributarios, a menos que el Estado informante acepte explícitamente otro uso.

65. Es decir, los Estados solo pueden solicitar asistencia en materia tributaria y en las formas como ellos también estén dispuestos a brindarla.

66. OCDE (2014).

67. G-20 (2016).

68. Un reciente proyecto de Ley sobre Transparencia y Responsabilidad de las Empresas, de 2016, exige a las multinacionales que cotizan en la bolsa que revelen datos sobre ingresos, beneficios, impuestos y operaciones desglosados país por país en sus informes ante la Comisión de Títulos y Valores. Véase H.R. 6126 del 22 de septiembre de 2016. El proyecto ha recibido amplio respaldo, incluso de la industria financiera, pero enfrenta una insistente oposición por parte de la Cámara de Comercio de EEUU. Ver Dougherty (2016); Pearl (2016).

país por país, tendrá lugar entre los miembros del Marco Inclusivo, mientras que otras «jurisdicciones relevantes» también serán sometidas a la supervisión entre pares, participen o no en el marco.

La Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional (ICRICT, por sus siglas en inglés), un grupo de influyentes economistas y líderes del desarrollo, emitió un breve comunicado en el que recibe con beneplácito el trabajo del BEPS, pero critica la insuficiente profundidad de sus reformas –incluida la norma del informe país por país– e insta específicamente a extender el umbral para la obligatoriedad de este informe a todas las empresas (no solo aquellas cuyos ingresos superen los 750 millones de euros) y a poner esa información a disposición del público. Las recomendaciones de la ICRICT han recibido un fuerte respaldo en toda la comunidad internacional y, aunque los requisitos regulatorios son apenas incipientes, algunas propuestas de leyes nacionales sobre el informe país por país incluyen su carácter público.<sup>69</sup>

#### IV. Recomendaciones

Tal como ilustra la sección anterior, la tolerancia mundial frente al secretismo disminuye a paso acelerado. La comunidad internacional ha analizado extensamente sus costos y beneficios y, cualesquiera sean los beneficios, siempre quedan eclipsados por los costos. En los primeros tiempos de la lucha contra el secretismo, la atención se enfocó en los bancos y el sector financiero en líneas generales. Pero los «Panamá Papers» dejaron en claro que la solución de los problemas derivados de las guaridas del secretismo requiere medidas contra las componentes institucionales subyacentes que propician la falta de transparencia, así como las complejas redes de estructuras empresariales y los profesionales que contribuyen a crearlas y mantenerlas. Hoy se exige a los gobiernos la adopción y aplicación de regulaciones para prevenir la opacidad; y todo indica que los países cuyos gobiernos no lo hagan enfrentarán graves consecuencias.

Si el país no se aviene por sí mismo a aplicar regulaciones de transparencia, la comunidad internacional debe intervenir para llenar ese vacío. Y debe hacerlo de manera tal que otras guaridas del secretismo se persuadan de

adoptar la aplicación estricta de las normas. Las acciones respecto de una jurisdicción en particular arrojarán beneficios limitados si no se emprenden contra todas las jurisdicciones pertinentes.

El mundo ha cambiado mucho en el último cuarto de siglo. No solo la globalización avanzó con celeridad, sino que también lo hizo su faceta más oscura, auspiciada por las guaridas del secretismo. Y al observar el desarrollo de este problema, la comunidad global lo ha diagnosticado con acierto como una enfermedad que es preciso atacar a escala global. Los políticos de las guaridas del secretismo seguramente tienen incentivos exigüos para aplicar medidas estrictas, ya que quienes se benefician con el secretismo local suelen ejercer una influencia política desmesurada. Por fortuna, los políticos que actúan en gran parte de la comunidad internacional tienen fuertes incentivos para asegurar la aplicación de normas estrictas, en vista de que tanto ellos como sus ciudadanos y sus tesoros son víctimas de las actividades ilícitas que prosperan bajo el manto del secretismo.

En calidad de líderes económicos, EEUU y Europa cargan con la obligación de imponer las normas globales de transparencia a los centros financieros. La lucha contra el terrorismo ha demostrado de manera contundente que ambos disponen de los instrumentos adecuados. Su renuencia a aplicarlos con el mismo rigor en el combate contra la corrupción, la elusión y la evasión atestigua el poder de los intereses interpuestos por quienes se benefician del secretismo.

Mientras los países poderosos –como el Reino Unido y EEUU– pontifican sobre los vicios de los centros extra-territoriales, dentro de sus propias fronteras persisten bolsones de secretismo donde continúan esas malas prácticas. Sin embargo, la inocultable magnitud de los costos sociales alimenta una demanda pública irrefrenable que exige tomar cartas en el asunto. De ahí que los reguladores estadounidenses y europeos deban tratar a las guaridas del secretismo como portadoras de una peligrosa enfermedad. Si no se la controla, la infección puede propagarse como cualquier otro virus agresivo. Ya sabemos que la única manera de frenar el contagio de las enfermedades graves es la cuarentena. La misma medida ha de tomarse con las guaridas del secretismo: es preciso amputarlas del sistema financiero y económico global. Y tenemos a mano los medios necesarios.

69. L. 225-102-4 del Código de Comercio, Francia.

- Podemos prohibir que los ciudadanos de los países «cooperantes» tengan cuentas en jurisdicciones no cooperativas.
- Podemos prohibir que los individuos o las empresas de un país cooperativo sean accionistas, directores o fideicomisarios de cualesquiera fideicomisos, empresas o fundaciones con sede en países no cooperantes.
- Podemos prohibir que los bancos establezcan relaciones corresponsales o interactúen de cualquier otra manera con las instituciones financieras de las jurisdicciones no cooperativas.

Y el castigo por la violación de estas leyes debe ser severo. Un banco u otra institución financiera que viole estos principios debe perder su licencia para operar; un abogado u otro proveedor de servicios profesionales que viole estos principios debe perder su licencia para ejercer la profesión; una entidad inscrita en registros públicos que no declare anualmente su información relativa a impuestos y beneficiarios finales debe ser suprimida. Lo cierto es que existe una amplia provisión de buenos actores; la comunidad internacional no necesita alentar a los malos.

Es mucho lo que está en juego: si no somos capaces de demostrar ante nuestros ciudadanos que es posible templar la globalización, que es posible domarla en beneficio de las grandes mayorías, habrá represalias. Y la más alta prioridad para la doma de la globalización es la clausura garantizada de las guaridas del secretismo. Si no podemos hacer eso, ¿por qué habríamos de esperar que nuestros ciudadanos nos crean capaces –o deseosos– de templar la globalización?

Muchas de las recomendaciones enumeradas más abajo se dirigen a la comunidad internacional. Pero hay una recomendación fundamental que también se dirige a las guaridas del secretismo: las reglas y regulaciones que hace 25 años parecían impensables, hoy se consideran apenas el comienzo de la embestida. Todos los países, en especial los países pequeños con centros financieros significativos, enfrentan la necesidad vital de adelantarse a los acontecimientos que se avecinan mediante la creación de un modelo comercial para el crecimiento sostenible a largo plazo. No pueden seguir adelante con un modelo comercial basado en sacar

provecho de los resquicios que permiten eludir las normas regulatorias y jurídicas globales. No pueden seguir adelante con un modelo comercial que intente incurrir en el «arbitraje de la transparencia». Las consecuencias de perder el acceso a los beneficios de la globalización, especialmente en el sector financiero, serían devastadoras para esos países.

Los países deben posicionarse proactivamente: no conformarse con el mero cumplimiento de las normas mínimas actuales, sino colocar su modelo de desarrollo económico a la vanguardia de la evolución normativa. Cada país debe considerar seriamente si desea quedarse enzarzado en un eterno forcejeo para ponerse al día con la evolución de las normas internacionales, o bien prefiere servir de modelo, estableciendo parámetros que los demás, a la larga, se verán obligados a emular. Es mejor procurarse hoy una economía adaptada a las realidades del mañana.

Esta sección se divide en dos partes: la primera enumera un conjunto de principios amplios, que se describen más detalladamente en la segunda. Es preciso subrayar, sin embargo, que el presente Informe no se confeccionó con miras a presentar propuestas legislativas concretas, sino más bien con la intención de arrojar luz sobre la magnitud de la tarea que aguarda a la comunidad internacional y demostrar que la comunidad internacional necesita adoptar un enfoque *exhaustivo*, que trascienda el abordaje plasmado en las prácticas actuales.

## 1. Principios

1. El secretismo debe ser atacado en todo el mundo, tanto en las jurisdicciones extraterritoriales (*offshore*) como en las territoriales o convencionales (*onshore*). No pueden quedar escondites en pie.

2. La recolección y el intercambio de datos relacionados con la tributación, la propiedad de las empresas y las actividades ilícitas son una responsabilidad mundial compartida.

3. Aunque los guardianes tradicionales de esta información son las instituciones financieras, la lucha contra el secretismo requiere enfrentar a toda la industria que lo facilita, incluidos los estudios jurídicos que han desempeñado un papel clave en la creación de las redes de empresas.

4. El conocimiento de los beneficiarios finales de las empresas y las cuentas bancarias es fundamental, tanto para garantizar la tributación como para prevenir la delincuencia y aplicarle todo el peso de la ley.

5. Los regímenes tributarios preferenciales no son un derecho sino un privilegio. Los territorios libres de impuestos brindan oportunidades para el lavado de dinero, de modo que quienes operan en esas zonas deben atenerse a las normas más estrictas.

6. Las empresas, los fideicomisos y las fundaciones son creaciones del Estado: como tales, carecen de derechos inalienables. Se crean con el propósito de facilitar el bienestar de la sociedad y, para garantizar que lo hagan, es preciso someterlas a una regulación global: una regulación que asegure el pleno conocimiento de los beneficiarios finales y el pleno acatamiento de todas las leyes impositivas.

7. La complejidad favorece la falta de transparencia. Quienes buscan el secretismo entienden esto, e *ipso facto* crean redes de empresas y fideicomisos con el propósito de dificultar a los organismos encargados de aplicar la ley la tarea de rastrear los fondos ilícitos e identificar a los beneficiarios reales de las actividades ilícitas. De aquí se infieren dos conclusiones: (a) la comunidad internacional debe hacer todo lo que esté a su alcance para impedir la creación de tales redes complejas; y (b) la lucha eficaz por la transparencia –la detección de los beneficiarios finales reales– demanda recursos superiores a los que se encuentran a disposición de los organismos encargados de aplicar la ley.

8. La transparencia es un bien público global que requiere esfuerzos globales. Para facilitarlos, todos los países deben mantener registros de acceso público donde figuren los beneficiarios finales de cada corporación, fideicomiso, fundación u otras entidades.

9. Los centros financieros –tanto extraterritoriales (*offshore*) como territoriales o convencionales (*onshore*)– son creaciones de la globalización y deben tener vedado el arbitraje regulatorio y fiscal. Estas prácticas atentan contra los efectos positivos de la globalización. Si las guaridas del secretismo sirven de centros para la elusión y la evasión fiscal o facilitan de cualquier manera la corrupción y las actividades ilícitas, actúan como parásitos y deben ser amputadas de la comunidad financiera global.

10. No se trata solo de aprobar leyes y regulaciones, sino de aplicarlas y garantizar su cumplimiento. El tiempo urge: aunque no sea posible lograr de inmediato el marco óptimo, podemos y debemos dar pasos intermedios. En este informe, hemos tomado partido indeclinable por las sanciones «duras», por la simple razón de que sobran fuertes incentivos para la laxitud. Quienes se benefician del secretismo y la aplicación laxa de las regulaciones concebidas en aras de promover la transparencia presionarán a los gobiernos para que no apliquen esas regulaciones. La presión es asimétrica: por inmensos que sean los beneficios de la transparencia para la sociedad, no existe un grupo natural de presión en favor de la transparencia, y menos aún un grupo de presión con los recursos que poseen quienes presionan en favor de la aplicación laxa.

Las recomendaciones que siguen se ofrecen teniendo en cuenta este telón de fondo.

## 2. Recomendaciones

### a. Cooperación internacional inclusiva en la fijación e instauración de normas

Todos los países, y especialmente los países en desarrollo, deben participar en todos los foros multilaterales relevantes que fijan las normas internacionales de transparencia y fiscalidad, donde, a su vez, deben abogar activamente en favor de normas estrictas, mostrarse dispuestos a adoptar normas aún más estrictas de transparencia y asegurarse de que se apliquen con uniformidad. Y estos foros deben incluir a todos los países. Hasta los órganos soberanos exclusivos, como el G-20, están cayendo en la cuenta de que ya no pueden excluir legítimamente a los países en desarrollo. La presión para seguir adelante con este proceso no debe cejar hasta que todos los interesados tengan el mismo poder de voto en los procesos decisorios, así como igual representación en las burocracias que sostienen a los foros. Los países en desarrollo, sobre todo, deben insertarse en estos debates y participar en igualdad de condiciones, así como luchar por su inclusión, no solo en la implementación y la aplicación de las normas, sino también en su fijación. Todas las oportunidades de participación multilateral deben ser aprovechadas al máximo para construir recursos y negociar normas colectivas que reflejen sus prioridades nacionales y de desarrollo, pero esas estrategias de desarrollo no pueden basarse en el arbitraje regulatorio y fiscal.

## b. Identificación de beneficiarios finales y registros públicos

Tal como señalamos antes, la identificación de los beneficiarios finales de las cuentas y las empresas es un factor clave, tanto para permitir el intercambio automático de información como para prevenir el lavado de activos. La creación de registros con mecanismos de búsqueda ya es la norma común bajo las Recomendaciones del GAFI y la CRS, aunque aún hace falta más trabajo pormenorizado en los foros internacionales. A nuestro parecer, sin embargo, es crucial avanzar hacia los registros con mecanismos de búsqueda abiertos al público.

Un factor crucial para combatir las actividades ilícitas es el rastreo de los flujos monetarios; y, como hemos señalado en la Sección II, las personas involucradas en actividades ilícitas crean redes complejas de empresas y fideicomisos justamente para bloquear el rastreo de los flujos monetarios. Si se supiera dónde está escondido el dinero que robó un dictador, habría posibilidades de recuperarlo y responsabilizar a quienes facilitaron la corrupción. Además, casi no cabe duda de que la reducción de las ganancias que arrojan las actividades ilícitas reducirá también la magnitud de esas actividades ilícitas.

Los gobiernos nacionales deben establecer registros donde figuren los nombres de los directores, agentes habilitados y beneficiarios finales de todas las entidades constituidas en el país, así como de todos los fideicomisos y fundaciones con sede en el país. Quienes aprovechan las redes de empresas para ocultar actividades ilícitas saben que los recursos de los organismos encargados de aplicar la ley, así como su compromiso con la plena transparencia, son limitados. La capacidad de los organismos gubernamentales para procesar la masa de información involucrada en «LuxLeaks» o «Panamá Papers» es debatible. Pero está claro que los organismos de inteligencia, cuando han querido, han procesado volúmenes de datos mucho más grandes. Es evidente que en este caso no se han propuesto hacerlo, o bien, si se lo han propuesto, no han dado a conocer sus resultados, tal vez porque comprometían seriamente a personalidades de las altas esferas y los gobiernos de todo el mundo. Los registros abiertos al público permiten que la sociedad civil y los medios de comunicación verifiquen la idoneidad de la información suministrada. En consecuencia, la meta última en materia de identificación debe ser el establecimiento de registros públicos significativos que nombren a los

beneficiarios de las entidades corporativas (al menos por encima de cierto umbral).

## c. Intercambio automático de información tributaria

La información tributaria desglosada país por país con registros de beneficiarios finales debe ser la base para el intercambio automático de información entre autoridades impositivas y otras autoridades gubernamentales pertinentes en materia de regulación y aplicación de la ley. El acuerdo internacional vigente que pone en práctica este intercambio es la *Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal* y los acuerdos mencionados en el artículo 6 de esa convención.

Todos los países deben desempeñar un papel activo en la incorporación de estos acuerdos a leyes nacionales y el fortalecimiento de las instituciones nacionales encargadas de aplicar la ley. Los países desarrollados deben desempeñar un papel de asistencia técnica en la construcción de capacidades y comenzar por compartir información sobre una base no recíproca con los países en desarrollo que participen en programas para fortalecer su capacidad de recibir, interpretar y resguardar la información.

Por otra parte, no es deber de ningún país verificar las obligaciones impositivas de un extranjero en su lugar de origen. Cada país debe ser responsable de monitorear las actividades económicas que se desarrollan en su jurisdicción. Si un país A no es capaz de discernir qué actividad económica ocurrió dentro de sus fronteras, ¿por qué habría de esperarse que pudiera hacerlo cualquier otro país? Sin embargo, determinar la sustancia plena de las actividades transfronterizas (por ejemplo, cuando una empresa del país A alega que paga intereses a alguien del país B) suele requerir la cooperación con otros países. Además, para el país A puede ser importante saber quiénes son los beneficiarios finales de una empresa o un fideicomiso con sede en el país B —de hecho, es posible que sean ciudadanos o residentes del país A—, y el país B debe estar en condiciones (y tener la obligación) de proveer esos datos al país de origen.

## d. Recolección, divulgación y verificación de la información

La información solo puede intercambiarse si se recolecta. Es inaceptable que no se recabe este tipo de información

en el nivel nacional. He aquí algunas de las maneras en que las guaridas del secretismo pueden mejorar sus capacidades y su desempeño en la recolección de datos.

Un paso decisivo para penetrar la maraña de empresas, fideicomisos y fundaciones es la limpieza de la red mediante la eliminación de entidades zombis. Para lograrlo, hay que exigir a las empresas y otras personas jurídicas que paguen una tarifa y presenten un informe de actividades con frecuencia anual. Además de los beneficios ligados a la recolección de información y la evaluación de riesgos, los informes y las tarifas anuales reducen el número de empresas «muertas», que suelen usarse como elemento de distracción en las investigaciones.<sup>70</sup> El informe anual debe incluir las identidades de los beneficiarios finales, además de los beneficiarios contingentes o potenciales.<sup>71</sup> También debe especificar todas las jurisdicciones donde la entidad haya realizado actividades económicas durante el año previo e incluir las declaraciones impositivas presentadas en cada una de esas jurisdicciones. Si la empresa ha operado en una jurisdicción particular sin presentar una declaración impositiva, debe adjuntar una declaración jurada que la releve de impuestos en esa jurisdicción.

En su informe anual, todas las personas jurídicas constituidas en el país —empresas, fideicomisos o fundaciones— deben revelar la ubicación de sus actividades económicas, sus activos, empleados y ganancias en cada jurisdicción donde operan, así como los impuestos que pagan en cada una. Las declaraciones de impuestos deben estar refrendadas por un alto directivo de la empresa/fundación o un fideicomitente del fideicomiso,<sup>72</sup> así como por un contador público habilitado externo que dé fe de lo declarado. Además, el informe anual debe incluir una declaración jurada de los directores donde se consignen los beneficiarios, incluidos los contingentes y potenciales. En todos los casos, debería certificarse que estos representantes tienen conocimiento personal de los propietarios/beneficiarios finales.<sup>73</sup>

70. Por la misma razón, todo fideicomiso o fundación debe cumplir el requisito de registrarse con una declaración de su/s beneficiario/s final/es, así como de quienes ejercen el control efectivo.

71. Por ejemplo, en algunos fideicomisos, el beneficiario es A, pero si A muere, el beneficiario pasa a ser B. Los fideicomisarios, fideicomitentes y todas las otras personas relevantes aludidas en los documentos del fideicomiso también deben ser identificadas.

72. El/la fideicomitente es la persona que funda el fideicomiso o dona la propiedad sujeta al fideicomiso a otra persona, que es el/la beneficiario/a.

73. El informe anual también debe especificar si se ha producido algún cambio en las actividades que lleva a cabo la entidad, o un cambio

#### e. Supervisión de los intermediarios

Además de supervisar los bancos y las entidades comerciales, un Estado también debe supervisar adecuadamente a los proveedores de servicios intermediarios, como los de la industria jurídica. Ya hemos señalado una obligación básica del abogado u otro agente autorizado que inscribe una sociedad anónima o similar entidad comercial: dar fe del conocimiento personal de los beneficiarios finales o efectivos. Además, el abogado debe tener la obligación expresa de asegurarse de que exista un motivo económico genuino para la constitución de la empresa y debe cumplir el requisito de especificar ese propósito, junto con el lugar donde se pretende llevar a cabo la actividad económica, en el documento de inscripción. Cabe señalar que los abogados actuantes como intermediarios financieros, fiduciarios o constituyentes de sociedades por fuera del campo tradicional del trabajo jurídico no gozan —según parámetros internacionales— del derecho al secreto profesional. Todo abogado, agente habilitado u otro actor que inscriba una empresa o un fideicomiso a sabiendas de que el objetivo primordial de la entidad es la evasión o la elusión de impuestos, o bien el lavado de activos, debe estar sujeto a suspensión y, en el caso de múltiples infracciones, revocación de la licencia para el ejercicio de su profesión. Los agentes habilitados que no acaten las disposiciones estipuladas más arriba sobre la información financiera e impositiva también deben estar sujetos a sanciones adecuadas.

#### f. Transacciones inmobiliarias

Las propiedades inmobiliarias ofrecen un medio propicio para facilitar el secretismo y el lavado de dinero. Las noticias recientes sobre adquisiciones en efectivo de pisos de lujo en Nueva York y Londres sugieren que una probable mayoría de esos bienes es propiedad de entidades con sede en guaridas del secretismo.<sup>74</sup> EEUU ha dado una respuesta tardía con la exigencia de revelar la identidad

de directores, representantes nominales u otros individuos relevantes, mediante una declaración jurada de que el cambio se ha producido de acuerdo con el estatuto de la entidad, y de que los nuevos directores o representantes nominales tienen pleno conocimiento de la/s persona/s natural/es que es/son beneficiario/a/os/as final/es. Además, si se ha producido un cambio de los beneficiarios o fideicomisarios de un fideicomiso, debe ser informado junto con los respectivos pagos, incluida la certificación del pago de todos los impuestos sobre esas transferencias.

74. Ver Story (2016). De acuerdo con el registro de propiedad local, en Reino Unido hay bienes inmobiliarios por un valor total superior a los 170.000 millones de libras esterlinas que pertenecen a más de 30.000 empresas con sede en guaridas fiscales. Ver Garside (2016).

del beneficiario final para las transacciones inmobiliarias al contado en ciertas localidades.<sup>75</sup> Esta revelación de identidad debería ser obligatoria –y efectivizada– para todas las grandes transacciones inmobiliarias en efectivo, y los países donde están constituidas las sociedades anónimas, los fideicomisos, etc. deberían exigir la registración de todas las transacciones en efectivo vinculadas a bienes inmobiliarios. Además, el Proyecto de Ley sobre Finanzas Delictivas, presentado recientemente en la Cámara de los Comunes del Reino Unido, introduce el concepto de «órdenes judiciales de riqueza inexplicada». Estas órdenes judiciales permitirán que las agencias gubernamentales encargadas de rastrear las transacciones financieras obliguen al propietario de un activo a explicar cómo obtuvo los fondos para adquirirlo. Las órdenes judiciales de riqueza inexplicada también ayudarán a descubrir quiénes son los verdaderos dueños de los bienes inmobiliarios.<sup>76</sup> Esta estrategia de dos caras puede implicar un gran avance contra el uso de propiedades inmobiliarias para el lavado de dinero y otras actividades ilícitas.

En 2012, el GAFI endureció las normas ALA para transacciones en efectivo. Respecto de la tributación, todo abogado, agente inmobiliario o corredor de bolsa debe estar obligado a informar a las autoridades fiscales sobre las adquisiciones inmobiliarias con dinero en efectivo, consignando el monto de la operación y el nombre de los beneficiarios finales de la entidad compradora. De más está decir que la mayoría de los países tienen (o deben tener) registros nacionales de propiedad que requieran la inscripción del bien para otorgar el derecho de propiedad. La revelación plena y pública de los beneficiarios finales debe ser una condición para registrar la propiedad.

Ya hemos analizado las obligaciones impuestas a los abogados que intervienen en estas y similares transacciones. De la misma manera, cualquier patrón sistemático de infracciones detectadas en un estudio jurídico o una agencia de corredores bursátiles debe castigarse con la suspensión o revocación permanente de la licencia de todos los abogados o corredores pertenecientes a esas firmas. Es responsabilidad de todos los profesionales que trabajen en un estudio o en una agencia

asegurarse de que los socios y adjuntos o corredores y agentes asociados no incurran en tales actividades. Una vez más, los recursos gubernamentales para monitorear estas operaciones son limitados. Los socios pueden desempeñar un papel importante en el proceso de supervisión.

#### g. Responsabilidades de los agentes fiduciarios corporativos

Hoy, un solo agente puede «representar» a cientos, si no miles, de entidades corporativas. En muchos países no hay límites para la cantidad de juntas directivas en las que puede participar una sola persona, y es común que los miembros de una junta directiva no mantengan un vínculo real con las operaciones o la propiedad de la empresa: no sería extraño, por ejemplo, encontrar conserjes, secretarios/as o choferes de un estudio jurídico listados como miembros de la junta directiva de una empresa a la que presta servicios ese estudio jurídico. Debería ser obvia la imposibilidad práctica de que un solo agente –sobre todo si carece de personal adecuado– cumpla con esas responsabilidades, en el supuesto caso, claro está, de que la entidad sea real.

En consecuencia, los directores nominales –o incluso los ejecutivos– solo deben estar habilitados para servir en un número restringido de juntas directivas o cargos gerenciales, dada la imposibilidad de que cumplan con obligaciones fiduciarias para una multitud de intereses. Los directores, ejecutivos y gerentes no pueden cumplir adecuadamente con los deberes de asistencia y confianza implícitos en las relaciones fiduciarias si no existe un límite razonable para la cantidad de representaciones.

#### h. Capacidad institucional, implementación y aplicación

Otro requisito básico concierne a la capacidad institucional. Todas las instituciones regulatorias que administran el intercambio de información y supervisan a las entidades financieras, así como a los proveedores de servicios afines (contadores, agentes habilitados, representantes legales, etc.), deben estar dotadas de personal apto según los parámetros más elevados de la idoneidad profesional, así como de independencia y recursos presupuestarios suficientes para cumplir con sus obligaciones. Y es crucial que los empleados y funcionarios

75. V. Departamento del Tesoro de Estados Unidos (2016)

76. V. Parlamento del Reino Unido: Parliament Business, Criminal Finances Bill 2016–17, disponible en <<http://services.parliament.uk/bills/2016-17/criminalfinances.html>>.

públicos a cargo de la supervisión no estén afectados por conflictos de interés.<sup>77</sup>

Algunas guaridas del secretismo han respondido a la demanda de mayor transparencia con la mera aprobación de leyes similares a las que rigen en otras jurisdicciones de apariencia respetable. Sin embargo, algunas de esas jurisdicciones, aun cuando sean «territoriales», funcionan en realidad como guaridas del secretismo. El meollo de este informe es la ofensiva contra el secretismo de las guaridas, sean territoriales (*onshore*) o extraterritoriales (*offshore*), y el argumento según el cual el marco jurídico no es peor que el de otras jurisdicciones es insuficiente como defensa. Además, siempre es preciso tomar con pinzas los «trasplantes de legislación». Aun cuando sean similares, las leyes pueden surtir efectos muy diferentes en sistemas legales distintos. Por último, y tal vez en primer lugar de importancia, lo que cuenta no es solo *aprobar* leyes, sino aplicarlas.

El hecho de que las leyes promulgadas en un país sigan el modelo de las leyes de otro país no es suficiente de por sí, sino que debe ser complementado por instituciones judiciales y regulatorias fuertes e imparciales que administren, apliquen e impongan la ley. Estas leyes también deben insertarse adecuadamente en el sistema legal del país, ya que pueden necesitarse otras leyes que complementen o respalden a las que se promulgan en aras de promover la transparencia, e incluso es posible que algunas deban ser derogadas. Además, es preciso monitorear el impacto y la interacción de las leyes para determinar las enmiendas necesarias. Por ejemplo, en algunos países es ilegal divulgar información clasificada como secreta, incluso si esa divulgación es necesaria para aplicar y hacer cumplir las leyes anticorrupción.

También es preciso abordar los resquicios que permiten burlar el propósito de las regulaciones, y las cláusulas contra el abuso pueden proveer medios fundamentales para que las autoridades regulatorias cierren esos resquicios. Por ejemplo, las cláusulas de autenticación y las

77. Estos conflictos de interés pueden reducirse mediante las siguientes divulgaciones previas a las designaciones/elecciones: (1) Divulgación del beneficiario final de toda entidad, extranjera o nacional, en especial de empresas, fideicomisos o fundaciones que carezcan de transparencia; (2) Divulgación de respaldos financieros y/o aportes de campaña provenientes de cualquier persona que participe en el sector de los servicios financieros; (3) Divulgación de previos empleos profesionales y/o pertenencia a juntas directivas de las industrias a regular.

obligaciones relativas al conocimiento del cliente deben exigir conocimiento directo y personal.<sup>78</sup>

#### i. Protección a delatores

Por último, todos los países deben ofrecer mecanismos sólidos de protección a los empleados privados y públicos que informen sobre delitos cometidos en los sectores regulados.<sup>79</sup> Sin embargo, lejos de recibir protección, estas personas a menudo terminan en el banquillo de los acusados: Antoine Deltoure, ex-empleado de PwC, está apelando una sentencia judicial que lo condenó a un año de prisión y al pago de una multa de 1.500 euros por haber sacado a la luz resoluciones fiscales secretas del gobierno luxemburgués, gracias a las cuales más de 340 firmas pudieron construir estructuras empresariales complejas con el propósito de eludir impuestos societarios a escala global. Los delatores no solo han expuesto a la luz del día la elusión fiscal masiva de multinacionales respetadas, sino que también han revelado las identidades de individuos que poseen cientos de miles de empresas fantasma, fundaciones y fideicomisos establecidos a través de miles de intermediarios en todo el mundo como pantalla para evadir impuestos, lavar activos y ocultar riquezas. El lema «Si ve algo, diga algo» no debería regir solo para la seguridad pública, sino también para todos los casos de secretismo que atenten contra el interés público.

#### j. Ley sobre Libertad de Información

La Ley sobre Libertad de Información (FOIA, por sus siglas en inglés) es un elemento central de la transparencia y la participación ciudadana. Dado que el guardián de su aplicación efectiva es el Poder Judicial, los jueces tienen el poder de bloquear o postergar por tiempos desmesurados la divulgación de información, o bien autorizar una edición sustancial del contenido. En consecuencia, la ley FOIA debe incluir criterios claros para la divulgación de información, con discreción judicial limitada y sujeta a plazos concretos.

#### k. Procesos de evaluación

La economía global es dinámica y se encuentra siempre en proceso de evolución, tal como las normas de alcance

78. V., por ejemplo, US Bank Secrecy Act [Ley de Estados Unidos sobre Secreto Bancario], 31 U.S.C. 1051 y ss. y regulaciones según 31 C.F.R. 1020.220, 1023.220, 1024.220, 1026.220.

79. Ver Wolfe *et al.* (2014).

global. El sector privado es innovador en materia de estrategias para ofuscar e impedir la transparencia. De ahí que resulte crucial supervisar constantemente cómo se ponen en práctica las normas nacionales e internacionales. Hay diversas maneras de llevar a cabo esta tarea.

De acuerdo con uno de los enfoques, un gobierno puede establecer una Comisión Independiente para la Evaluación de Normas que se ocupe de evaluar tanto la legislación como su aplicación efectiva para determinar si existen brechas entre las prácticas del país y las mejores normas o prácticas globales. La composición de este organismo debe estructurarse con miras a evitar potenciales conflictos de interés y, a fin de garantizar su independencia con respecto a los grupos locales de presión, combinar expertos del país con expertos extranjeros. El informe anual de esta comisión debe identificar las brechas entre las normas internacionales y la legislación vigente, y entre las probables normas internacionales de los años venideros y la legislación actual. En lo que concierne a la aplicación efectiva de las leyes, la comisión debe evaluar la estructura, los recursos y el desempeño de todos los órganos regulatorios pertinentes.

La Comisión para la Evaluación de Normas debe complementarse con una Comisión Independiente para la Evaluación de Recursos, también compuesta por expertos nacionales y extranjeros, sometidos a investigación para evitar conflictos de interés. La Comisión Independiente para la Evaluación de Recursos debe suministrar una evaluación pública anual de las brechas existentes en materia de aptitudes y otros recursos que impidan la eficacia de la regulación, la supervisión y la aplicación efectiva, con foco especial en las instituciones educativas de nivel superior que se ocupan de la capacitación profesional en las áreas del derecho, la contabilidad y la auditoría; también debe proponer un calendario de acciones para abordar y solucionar esas deficiencias de recursos.

Las evaluaciones de países que llevan a cabo las organizaciones internacionales también pueden apuntalarse con aportes de ONG e investigaciones académicas de todo el mundo.

### I. Privilegios impositivos

Tal como expusimos en la segunda parte de este Informe, los privilegios impositivos, bajo la forma de exenciones e incentivos con miras a atraer la inversión extranjera, no

solo aportan beneficios limitados en lo que concierne a la promoción del crecimiento sostenible a largo plazo, sino que también colocan a las empresas nacionales en posición de desventaja competitiva. Un efecto aún más pernicioso de los privilegios impositivos es su combinación con el secretismo para permitir y alentar la elusión y la evasión fiscal a escala masiva, así como, en muchos casos, su papel en la atracción de operaciones que involucran lavado de activos. Las exenciones y los incentivos aplicados a la renta de actividades pertenecientes a zonas económicas especiales deben someterse a un escrutinio estricto con el fin de determinar si las rentas consignadas en los libros contables de las empresas que operan en esas zonas económicas son proporcionales al nivel de actividad económica real que se ha llevado a cabo, según los parámetros del empleo y el capital.

Además, las empresas que reciben exenciones e incentivos tributarios deben recibirlos solo allí donde no se usen para desplazar las rentas de otras jurisdicciones: el incentivo de alegar que las ganancias fueron obtenidas en una jurisdicción de bajos impuestos, aun cuando no se hayan obtenido allí, es demasiado tentador para muchas firmas. Toda firma de la que se sepa que ha incurrido en un desplazamiento sistemático de ganancias (asociado o no al lavado de activos) debe perder los beneficios de su privilegio impositivo, y esa pérdida de privilegio impositivo debe extenderse a toda entidad –empresa, fideicomiso o fundación– con sustancial superposición de beneficiarios finales o directivos. Además, los regímenes preferenciales deben estar vedados para toda firma cuyo beneficiario final tenga antecedentes de lavado de activos o haya estado preso por evasión fiscal.

Respecto de este tema, una Comisión Independiente de Evaluación Fiscal debe evaluar si los beneficios sociales y económicos de los regímenes preferenciales (por ejemplo, en materia de creación de empleo e ingresos fiscales por impuestos indirectos generados a través de las actividades estimuladas) valen la pena en relación con los costos (por ejemplo, la desviación de la actividad económica nacional, las consecuentes pérdidas de recaudación o el riesgo de asociar al país con la elusión y la evasión impositivas y el lavado de activos). Esta Comisión de Evaluación Fiscal debe publicar un informe anual donde consten todos los privilegios impositivos contabilizados como gastos presupuestarios, junto con los beneficios sociales y económicos que reportan esos privilegios.

### 3. Excepciones

En nuestros debates con los representantes de guardidas sobre los costos y beneficios del secretismo, oímos reiterados alegatos sobre las defensas de la seguridad personal, el derecho del individuo a la privacidad y las protecciones de la confidencialidad comercial. En primer lugar, cabe señalar que estas preocupaciones se han exagerado y que existen medios para lidiar con las consiguientes «excepciones».

Respecto de la seguridad personal, uno de los argumentos aduce que la eliminación del secreto divulgará detalles sobre la riqueza de los individuos y, por lo tanto, los pondrá en riesgo de ser secuestrados. Pero el estilo de vida de un individuo es una señal mucho más evidente de su riqueza: una casa de valor multimillonario indica por sí sola que sus habitantes tienen un muy buen pasar.

Además, el derecho de un individuo a la privacidad no es absoluto y debe posponerse si hay derechos humanos esenciales jaqueados por una red de secretismo global que posibilita la trata de personas, la corrupción gubernamental y el financiamiento del terrorismo. De hecho, en algunos casos, el secretismo ha atentado por sí solo contra la seguridad nacional.<sup>80</sup>

Respecto de la privacidad comercial, las empresas pueden alegar que la transparencia viola sus derechos básicos; sin embargo, tal como señalamos en el Principio N° 6 de este Informe, las empresas no tienen derechos inalienables. Las empresas no gozan de los derechos humanos automáticos reservados a los individuos. Son creaciones del Estado y, como tales, el Estado tiene el derecho de investirles con cualesquiera derechos y responsabilidades que a su juicio sirvan a los intereses de la sociedad, como la responsabilidad limitada, las protecciones de patentes, etc., y en cada caso hay un análisis previo de costo-beneficio.

También es importante señalar que ninguno de estos argumentos a favor del secretismo se sostiene en lo que concierne a la revelación de datos ante las autoridades encargadas de la regulación y la aplicación de la ley. De acuerdo con uno de los argumentos especiosos que se presentan en este caso, la revelación de información a ciertos gobiernos redundaría en filtraciones; sin embargo, una de las condiciones para el intercambio automático

de información es la capacidad de los organismos con los que se intercambia información para mantener la confidencialidad de esa información.

Por último, la comunidad global tiene el derecho de imponer restricciones a cualquier país que aspire a participar de los beneficios que otorga la globalización financiera si sus acciones surten efectos adversos en otros países. El secretismo impone daños a la entera comunidad global. En consecuencia, todos los países, así como la comunidad global, tienen el derecho y la obligación de restringir el secretismo. Las recomendaciones de la presente sección, tal como el resto del presente Informe, se formularon a la luz de estas perspectivas.

### V. ¿Qué se juega en la guerra contra el secretismo?

En este Informe hemos explicado por qué sostenemos que el secretismo surte un efecto tan adverso y cuáles son las acciones posibles en aras de clausurar las guardidas fiscales y del secretismo de todo el mundo. En las siguientes observaciones finales trataremos de colocar nuestro Informe en la perspectiva más amplia del debate actual sobre la globalización. Es conspicuo el enorme descontento respecto de la globalización, no solo en los países en desarrollo, sino también, de manera creciente, en los países desarrollados. Resulta cada vez más claro el hecho de que, por muchos que hayan sido los beneficios de la globalización para el crecimiento económico, los efectos distributivos –al menos en una gran cantidad de países– han pesado más que los efectos del crecimiento para extensos segmentos de la población: hay muchos individuos que se ven a sí mismos en una situación no relativamente peor, sino absolutamente peor.

Si bien es cierto que los beneficios de la globalización han sido multifacéticos, e incluyen haber sacado de la pobreza a más de 500 millones de personas durante el último medio siglo y haber permitido la difusión global de valores e ideas tales como los derechos humanos, también es indudable que el fenómeno ha tenido su lado oscuro: al igual que las cosas buenas, las cosas malas –como el terrorismo– también fluyen con mayor facilidad a través de las fronteras. Además, la globalización no solo ha fomentado el aumento de la desigualdad, sino que, en realidad, ha reducido la capacidad de los gobiernos para lidiar con ella: quienes aspiran a eludir la

80. V. nota 7 de este texto.

declaración de sus propiedades o su contribución equitativa de impuestos pueden acceder con mayor facilidad a alguna jurisdicción que les permita ocultar su riqueza o eludir el pago de impuestos.

Tanto este Informe como los informes de la ICRICT han puesto de relieve dos de los aspectos más repugnantes de la globalización. La Declaración de la ICRICT demostró de qué manera la adjudicación de precios de transferencia en el actual sistema impositivo de las empresas provee un andamiaje que facilita la elusión fiscal de las multinacionales y alimenta una carrera a la baja en cuyo marco diferentes países compiten para atraer negocios, no de una manera positiva y saludable –por ejemplo, mediante la provisión de una fuerza laboral más capacitada, una mejor infraestructura o un marco jurídico superior–, sino mediante la simple reducción de los impuestos.

Por desgracia, muchos gobiernos irresponsables se han mostrado dispuestos a sacar provecho de este andamiaje; países como Irlanda demostraron que, por unas migajas –un pequeño incremento en las tarifas para la constitución de empresas y unos pocos empleos–, estaban dispuestos a robar miles de millones de euros en recaudación fiscal a sus «socios de la UE». Muchos ciudadanos irlandeses juzgaron moralmente repugnante la actitud de su gobierno, y muchos accionistas de Apple entienden con razón que el aspecto más importante de la responsabilidad empresarial es el pago de su porción equitativa de impuestos. Por muchos desacuerdos que existan respecto de cuál es esa porción equitativa, la tasa fiscal adjudicada a Apple –del 0,005%– cruzó las fronteras de la moral.

Nuestro Informe se enfoca en un aspecto aún más corrosivo de la comunidad global: las guaridas del secretismo,

que proveen amplias oportunidades no solo para la elusión y la evasión de impuestos, sino también para el lavado de activos, con lo cual facilitan toda clase de corrupción y todo tipo de actividades socialmente destructivas y moralmente repugnantes.

Estos impactos negativos de la globalización difieren cualitativamente de otros aspectos que suelen ser blanco de críticas, como la globalización del comercio y las finanzas: aquí no hay beneficios que contrarresten los inmensos costos sociales. En una comunidad global, las guaridas del secretismo han suministrado un refugio donde los malos actores pueden evitar la detección tanto de sus actividades ilegales como de su dinero. Obviamente, estamos al tanto de que esas actividades continúan. Pero si queremos frenarlas, tenemos que saber quién hace qué y eliminar los colosales incentivos financieros existentes para quienes se embarcan en ellas. Las guaridas del secretismo permiten que los delincuentes disfruten del botín que obtuvieron gracias a su mala conducta y, por ende, sigan adelante con mayores bríos. Y las guaridas del secretismo nos impiden prácticamente por completo penetrar la red de malos actores. Cuando se descubre quién es el titular de una cuenta bancaria donde se depositaron fondos ilícitos, pero resulta ser una empresa constituida en otra guarida confidencial, tanto los encargados de aplicar las leyes como los periodistas de investigación se topan con un punto muerto.

Una enseñanza fundamental cobra forma nítida: en nuestra economía global, la transparencia es tan fuerte como el eslabón más débil... como el miembro menos transparente de nuestra comunidad global. Hay dos conclusiones cruciales: la embestida contra el secretismo tiene que ser global, y debe haber tolerancia cero frente a cualquier desviación de las normas globales establecidas.



## Referencias

- Bonucci, Nicola** (2014): "Article 12, Monitoring and Follow-Up", en Pieth, M. / Low, L.A. / Bonucci, N. (eds.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, 2ª ed., Cambridge, pp. 534 y ss.
- Comisión Independiente Para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional** (2015): Declaración.
- Departamento del Tesoro de Estados Unidos** (2016): Press Release, "FinCen Takes Aim at Real Estate Secrecy in Manhattan and Miami", 13 de enero de 2016.
- Dougherty, Carter** (2016): "Wall Street Breaks with Business Lobby Over Corporate Registration Rules", 18 de octubre de 2016.
- Florini, Ann** (ed.) (2007): *The Right to Know: Transparency For an Open World*, Columbia University Press: Nueva York.
- G-20** (2009): Declaración a la Cumbre del G-20 en Londres, Abril de 2009.
- (2014): Communique, Finance Ministers, Central Bankers, 24 de julio de 2016.
- Garside, Juliette** (2016): "Hundreds of Properties Could Be Seized in UK Corruption Crackdown", *The Guardian*, 13 de octubre de 2016.
- Gobierno de Panamá** (2014): Plan Estratégico de Gobierno: 2015–2019.
- Greenwald, Bruce / Stiglitz, Joseph E.** (1986): "Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 101, Nº 2, mayo de 1986, pp. 229–264.
- Grupo de Acción Financiera Internacional** (2012): Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación, Recomendaciones del GAFI.
- (2000): Lista de países y territorios no cooperantes.
- (1990): Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI: Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales.
- Harding, Luke** (2016): "Mossack Fonseca: Inside the Firm that Helps the Super-Rich Hide Their Money", *The Guardian*, 8 de abril de 2016, consultado el 12 de octubre de 2016.
- Henry, James** (2012): "The Price of Offshore Wealth Re-visited": Informe de Tax Justice Network, 22 de julio de 2012.
- Knobel, Andres / Meinzer, Markus** (2016a): "Drilling Down to the Real Owners", 1ª parte, 18 de mayo de 2016, Informe de Tax Justice Network.
- (2016b): "Drilling Down to the Real Owners", 2ª parte, 28 de junio de 2016 Informe de Tax Justice Network.
- Moynihan, Daniel** (1998): *Secrecy*, Yale University Press: New Haven.
- Obermayer, Bastian / Obermaier, Frederik** (2016): *The Panama Papers*, Oneworld: Londres.
- OCDE** (2015a): OECD/G-20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: 2015 Final Report.
- (2015b): Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters: The CRS Implementation Handbook, 2015.
- (2014): Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, 2014.
- Pearl, Morris** (2016): "How Companies Like Apple Dodge Taxes and Their Own Investors", *New York Times*, 21 de septiembre de 2016.
- Pieth, Mark / Aiolfi, Gemma** (2003): "The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process", en: Andrew Clark y Peter Burrell (eds.), *A Practitioner's Guide to International Money Laundering Law and Regulation*, Old Woking, pp. 267 y ss.
- (2007a): "The Wolfsberg Process", en: Wouter H. Kälin / Christian H. Kälin / John G. Goldsworth (eds.), *Anti-Money Laundering: International Law and Practice*, Chichester, pp. 93 y ss.
- (2007b): "Multi-stakeholder Initiatives to Combat Money Laundering and Bribery", en: Christian Brüttsch y Dirk Lehmkuhl (eds.), *Law and Legalization in Transnational Relations*, Londres/Nueva York, pp. 81 y ss.
- (2008a): "Harmonising Criminal Law: Preventing Corruption, A Case Study", en Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth y Ulrich Sieber (eds.), *Les Chemins de l'Harmonisation Pénale: Harmonising Criminal Law*, París, pp. 225 y ss.
- (2008b): "The Agents of Change", en Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth y Ulrich Sieber (eds.), *Les Chemins de l'Harmonisation Pénale: Harmonising Criminal Law*, París, pp. 369 y ss.
- con Stephanie Eymann (2009): "Combating the Financing of Terrorism—the »Guantanamo Principle«", en: Mark Pieth / Daniel Thelesklaf / Radha Ivory (eds.), *Countering Terrorist Financing: The Practitioner's Point of View*, Berna et al., 2009, p. 173.
- Pogge, Thomas / Mehta, Krishen** (2016): Introducción, "The Moral Significance of Tax-Motivated Illicit Financial Outflows", en: Thomas Pogge y Krishen Mehta (eds.), *Global Tax Fairness*, Oxford University Press: Oxford, pp. 1 y ss.
- Sepúlveda, Magdalena** (2014): "Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights", Magdalena Sepúlveda Carmona, Naciones Unidas, A/HRC/26/28, 22 de mayo de 2014.
- Stiglitz, Joseph E.** (2001): "On Liberty, the Right to Know and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life", en: Ha-Joon Chang (ed.), *The Rebel Within*, Londres: Wimbledon Publishing Company, pp. 250–278; también publicado en Matthew Gibney (ed.), *Globalizing Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 115–156. (Presentado originalmente como Conferencia Amnesty 1999, Oxford, enero de 1999.)

—(2002): “Transparency in Government”, en: R. Islam, (ed.), *The Right to Tell: The Role of Mass Media in Economic Development*, WBI Development Studies, Washington DC: Instituto del Banco Mundial, pp. 27–44.

—con Mark Pieth (2016): “The Real Scandal Behind the Panama Papers”, *Vanity Fair*, No. 29, septiembre de 2016.

**Story, Louise** (2016): “U.S. Will Track Secret Buyers of Luxury Real Estate”. *New York Times*, 13 de enero de 2016.

**Wolfe, Simon / Worth, Mark / Dreyfus, Suelette / Brown, A. J.** (2014): Whistleblower Protection Laws in G-20 Countries Priorities for Action, septiembre de 2014.

**Wolfsberg** (2000 / 2002 / 2012): Anti-Money Laundering Principles for Private Banking.

—(2002a): Statement, The Suppression of the Financing of Terrorism.

—(2002b): Anti-Money Laundering Principles for Correspondent Banking.

—(2006): Guidance on a Risk-Based Approach for Managing Money Laundering Risks.

—(2007): Wolfsberg Statement against Corruption.

—(2011): Wolfsberg Anti-Corruption Guidance.



## Sobre los autores

**Joseph E. Stiglitz** es un economista estadounidense, profesor de la Universidad de Columbia. El profesor Stiglitz ganó el Premio Nobel de Economía en 2001 y la Medalla John Bates Clark en 1979. Fue primer vicepresidente y economista jefe del Banco Mundial, así como miembro y presidente del Consejo de Asesores Económicos (del presidente de Estados Unidos). Su libro más reciente es *El euro. Cómo la moneda común amenaza el futuro de Europa* (2016).

**Mark Pieth** es suizo, profesor de Derecho Penal, especializado en el delito económico y organizado. Presidió el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho durante 24 años y desempeñó numerosas funciones en organizaciones internacionales, incluida la participación en el Comité Independiente de Investigación sobre el programa Petróleo por Alimentos de la ONU. Es Doctor Honoris Causa de la Universidad de Sussex (Reino Unido).

Los autores deseamos agradecer a la Fundación Friedrich-Ebert por su colaboración en este proyecto. También extendemos nuestra cálida apreciación a las siguientes personas, por sus aportes a nuestra investigación: Kathrin Betz, Christine Capilouto, Andres Knobel, Julia Schnatz, Gabriel Silva, Jagtaran Singh, Adriana Tache y Angela Mary Woodall.

Traducción: Lilia Mosconi

## Imprint

Friedrich-Ebert-Stiftung | Política Global y Desarrollo  
Hiroshimastr. 28 | 10785 Berlín | Alemania

Responsable:  
Thomas Mättig | Coordinador de Dialogue on Globalization

Teléfono: +49-30-269-35-7415 | Fax: +49-30-269-35-9246  
<http://www.fes.de/GPol/en>

Para solicitar publicaciones:  
[Christiane.Heun@fes.de](mailto:Christiane.Heun@fes.de)

No está permitido el uso comercial de los medios editados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) sin el consentimiento escrito de la FES..

## Política Global y Desarrollo

El Departamento de Política Global y Desarrollo de la FES fomenta el diálogo Norte-Sur y lleva los debates sobre problemas internacionales al ámbito público y político de Alemania y Europa. Ofrece una plataforma para la discusión y el asesoramiento con el objetivo de fortalecer la conciencia sobre las relaciones globales, desarrollar escenarios y formular propuestas de acción política. Esta publicación aparece en el marco del proyecto de globalización, cuyo responsable en calidad de coordinador es: Thomas Mättig, [thomas.maettig@fes.de](mailto:thomas.maettig@fes.de).

Los puntos de vista expresados en esta publicación no coinciden necesariamente con los de la FES.

