

OFFSHORE FINANCIAL CENTERS Y LA COMPETENCIA FISCAL “PERJUDICIAL” ENTRE NACIONES. PARTICULARIDADES DE LA SITUACIÓN DE URUGUAY DENTRO DE ÉSTE CONTEXTO.

MARÍA EUGENIA COUTINHO

I - INTRODUCCIÓN

La OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), principal organismo internacional intergubernamental de regulación de asuntos económicos y fiscales, tendiente al desarrollo de las relaciones comerciales, fortalecimiento de las economías y potencialización de toda el área económica en que sus Estados miembros operan¹; reúne a las mejores economías del mundo.

A partir de 1990 y a consecuencia de la expansión del comercio internacional y de la globalización, la OCDE centró su atención en los Offshore Financial Centers (en adelante OFCs). De acuerdo con el Financial Stability Board (FSB), los OFCs no son fáciles de definir, pero pueden ser caracterizados como países o jurisdicciones que atraen un alto nivel de actividad financiera offshore (en español el término significa extranjera) para no-residentes².

Este trabajo, pretende fundamentalmente analizar la relación entre la OCDE y los OFCs y los esfuerzos desplegados por la primera en pro de regular la competencia fiscal internacional y así frenar el avance de éstos centros, como potenciales competidores en el mercado financiero internacional.

De acuerdo con la OCDE y el FSB, existen básicamente tres elementos para distinguir un OFC (Offshore Financial Center): 1º) La provisión de servicios financieros para no residentes; 2º) El ambiente regulatorio favorable (regímenes legales y de control flexibles, alto nivel de confidencialidad para el cliente, a través de la revelación mínima de información); y 3º) Disminución o ausencia de impuestos para los ingresos provenientes de negocios o inversiones de no-residentes.

Los OFCs han especializado sus economías en la exportación de servicios financieros, en pro de generar ingresos que usualmente constituyen una proporción crítica de sus rentas nacionales³.

De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, el índice neto de exportaciones de servicios financieros de un país o jurisdicción, podría constituir un indicador del status de Offshore Financial Center de ese país o jurisdicción⁴.

Este sector, se ha constituido en una industria creciente, capaz de proveer un crecimiento significativo para las economías en desarrollo y de generar grandes rentas sin necesidad de inversiones importantes en infraestructura.

A finales de la primera década de 1990, se registró un movimiento de preocupación por parte de la comunidad internacional y de distintos comités internacionales, respecto a los focos de lavado de dinero y evasión fiscal, que se propiciaban aún más en los escenarios de los OFCs.

1 Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1984. Tomo II. Pág. 37.

2 De Wulf, Olivier. *A Critical Examination of the International Regulation of Offshore Financial Centres*. Disertación. Universidad de Aberdeen. 2008. Pág. 6.

3 Financial Stability Forum. *Report of the Working Group on Offshore Centres*. 2000. Pág. 9 y ss.

4 Zoromé, Ahmed. *Concept of Offshore Financial Centers: In Search of an Operational Definition*. International Monetary Fund Working Paper. 2007. Pág. 8.

Este movimiento, se intensificó a partir de los sucesos del 11 de Septiembre de 2001, como un intento oficial de identificar las fuentes del financiamiento terrorista.

Los dos organismos principales vinculados en el combate internacional del lavado de dinero y el financiamiento terrorista son, el ya mencionado Financial Stability Board (FSB), principal organismo interviniente en los mercados financieros para la estabilidad financiera⁵ y que hasta Abril de 2009 se denominó Financial Stability Forum, y la Financial Action Task Force (FATF). Ambos organismos, han establecido criterios para identificar los países o territorios que facilitan el lavado de dinero y han propuesto la imposición de sanciones al respecto.

A mediados del año 2000, tanto el FSB como la FATF, emitieron informes a propósito del lavado de dinero, centrándose en varios OFCs y utilizando diversos criterios para determinar el grado de "cooperación" de los mismos respecto a los estándares internacionales.

El primer informe de la FATF, de Junio de 2000, que evaluó a 26 países o territorios no miembros, utilizó los siguientes criterios para definir los países o territorios no cooperantes: 1º) Regulaciones financieras inadecuadas respecto a los estándares internacionales sobre lavado de dinero (existencia de lagunas jurídicas en materia financiera o regulaciones y/o control financiero inefectivo); 2º) Obstáculos para la identificación de entidades financieras y de sus beneficiarios económicos; 3º) Obstáculos para la cooperación internacional en la materia y 4º) Recursos inadecuados para prevenir y detectar el lavado de dinero (tanto en el sector público como en el privado).

Aplicando éstos criterios, de los 26 países o territorios inicialmente evaluados, 15 de ellos fueron declarados "no cooperantes" ("NCCT": Non Cooperative Countries and Territories). Cinco de ellos, fueron los siguientes de habla inglesa del Caribe: las Bahamas, Islas Caymán, Dominica, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines⁶.

A raíz de éstos informes, muchos países tomaron medidas para evitar la imposición de sanciones. Es entonces, que en Junio de 2001, la FATF revió su informe anual de 2000, ante el progreso hecho por los países o territorios identificados como no cooperantes y las Bahamas e Islas Caymán, fueron removidos de la lista, mientras que Dominica, St. Kitts and Nevis y St. Vincent and the Grenadines, así como Grenada, que fue agregada en Septiembre de 2001, continuaron siendo clasificados como no cooperantes hasta finales del año 2001.

Tanto las Bahamas como las Islas Caymán, introdujeron modificaciones significativas en la legislación existente, así como nueva normativa, para solucionar las deficiencias identificadas por la FATF. Por un lado, las Bahamas estableció una adecuada unidad de inteligencia financiera para supervisar al sector offshore y por otro lado, Islas Caymán comenzó un programa más ambicioso de control financiero, requiriendo la identificación de todas las cuentas pre-existentes para el 31 de Diciembre de 2002 y el requerimiento a todos los Bancos habilitados en éstas islas, de que mantengan una presencia física en ésta jurisdicción⁷.

II – ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Como veíamos al principio de éste trabajo, los países desarrollados, han promovido iniciativas regulatorias contra lo que ellos llaman la competencia fiscal "perjudicial" entre naciones, para frenar el impacto de los OFCs, a través no sólo de la OCDE, como organización intergubernamental, sino también de la Unión Europea, como organización supranacional⁸.

5 De Wulf, Olivier. Op. Cit. Pág. 15 y ss.

6 FAFT. *Financial Action Task Force on Money Laundering Report: 1999-2000*. Págs. 2-23 www.fatf-gafi.org

7 FAFT. *Financial Action Task Force on Money Laundering Report: 22 Junio 2001*. Págs. 3 y 8 www.fatf-gafi.org

8 Boise, Craig. *Regulating Tax Competition in Offshore Financial Centers*. Case Western Reserve University. 2008. Pág. 5.

Esto, ha dado lugar a la apertura de un debate internacional, pues los OFCs han objetado sistemáticamente éstas iniciativas, en el entendido de que abrogan por su soberanía estatal en asuntos fiscales. Sin embargo, a pesar de estas objeciones, los esfuerzos por regular la competencia internacional en materia fiscal, han tenido una influencia significativa en los OFCs y en sus políticas internas.

Los argumentos desplegados por la OCDE y la EU, para regular la competencia fiscal internacional “perjudicial” han sido los siguientes⁹:

1º-La competencia fiscal internacional es económicamente ineficiente (éste argumento sólo es convincente si partimos de la base de la eficiencia vista desde una perspectiva de bienestar global. Este concepto, denominado Óptimo de Pareto, es muy utilizado en el ámbito de la economía y finanzas públicas y constituye el estado de la sociedad, en la cual se alcanza el máximo bienestar posible¹⁰. No obstante, en un mundo de estados soberanos, con intereses nacionales a menudo divergentes, la eficiencia no siempre puede ser vista de ésta manera);

2º- Desvío de capitales e inversiones (desde las jurisdicciones de alta tributación a las de baja tributación)¹¹;

3º- Erosión de las bases imponibles (éste argumento, está íntimamente vinculado con el anterior. De acuerdo con la OCDE y la EU, la competencia fiscal internacional, desgasta las bases imponibles de los países de tributación alta, como consecuencia de la migración de capitales, que remueve ingresos de su base imponible, haciendo que el bienestar general de esa jurisdicción se vea reducido. La erosión de la base imponible, se puede producir legalmente, cuando una compañía u otra entidad, cambia su lugar de residencia por una jurisdicción OFC, a través de una inversión o una operación similar; pero también puede producirse ilegalmente, cuando las personas físicas residentes de una jurisdicción de alta tributación, usan las normas del secreto bancario de un OFC, para esconder la evasión fiscal del control internacional)¹²;

4º- Surgimiento del problema del “free rider” (en español “el aprovechado”). De acuerdo con ésta premisa, la competencia fiscal internacional, puede resultar en un problema de “free rider” entre las jurisdicciones de alta tributación y los OFCs. Este problema, muy estudiado en el ámbito de Law & Economics, refleja la tendencia de los individuos dentro de un grupo, de dejar que otros asuman o paguen por aquellos bienes o servicios que benefician al grupo entero, pero evitando pagar por ellos. Cuando el grupo afectado es pequeño, generalmente los miembros son más identificables y garantizar la cooperación de cada uno en la asunción del costo del beneficio es menos problemático.

Pero a medida que el grupo crece, cada miembro comienza a gozar de más anonimato. Si un miembro permite que otros incurran en los costos de los bienes o servicios que benefician al grupo entero, va a obtener una utilidad sin su correspondiente contribución. Éste fenómeno, se amplifica en el contexto de la prestación de bienes públicos. Los gobiernos imponen tributos para financiar bienes públicos, como la defensa nacional, educación y seguridad social. La competencia fiscal internacional, puede propiciar que algunos miembros de las jurisdicciones de alta imposición fiscal (generalmente aquellos miembros de más altos recursos) desvíen su riqueza hacia los OFCs, para minimizar o evitar la imposición fiscal y por consiguiente, desplazar su carga en el costo de los bienes públicos, hacia los demás. En la medida que éstos individuos, siguen siendo residentes de los países desarrollados, se benefician injustamente de los bienes públicos, sin efectuar sus correspondientes contribuciones;

5º- La reducción en la progresividad de los impuestos a la renta (éste argumento está fuertemente ligado al del free rider), debido a que un impuesto a los ingresos, es más progresivo que un impuesto que excluye los ingresos de capital, tal como un tributo al consumo. Si las sociedades comerciales

9 OECD. *Harmful tax competition. An emerging global issue*. Págs. 30-35. www.oecd.org

10 Shavell, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press. 2004.

11 Townsend, Alexander Jr. *The Global Schoolyard Bully: The Organization for Economic Co-operation and Development's Coercive Efforts to Control Tax Competition*. *Fordham International Law Journal*. 2001. Pág. 234.

12 Op. Cit. Boise, Craig. Pág. 18-22

y los residentes pudientes de las jurisdicciones de alta imposición fiscal, desvían sus ingresos de capitales a los OFCs, una mayor porción de la carga tributaria es soportada por la clase media trabajadora y la progresividad se ve reducida);

- 6° - Disminución en el cumplimiento tributario (éste argumento es un efecto secundario del argumento anterior), puesto que, si los contribuyentes perciben que dentro de la sociedad, existen algunos miembros que pueden, a razón de su riqueza, evitar o reducir significativamente su carga fiscal, es probable que el cumplimiento general de la legislación fiscal sea socavado;
- 7° - Aumento de los costos administrativos y de control (como consecuencia de los anteriores argumentos, las jurisdicciones de alta tributación, se ven obligadas a aumentar considerablemente sus gastos, en controles administrativos y de cumplimiento, para reunir la misma cantidad de ingresos fiscales).

Todos estos argumentos desarrollados por la OCDE y la EU para sustentar las medidas adoptadas contra la competencia fiscal “perjudicial”, han sido siempre refutados por los OFCs, quienes han elaborado sus propios argumentos, para fundamentar su posición (naturalmente contraria a la regulación de la competencia fiscal internacional). Los argumentos desarrollados por los OFCs, son los que se detallan a continuación:

- 1° - La violación de la soberanía nacional en materia fiscal (el entrometimiento en la soberanía fiscal de una nación, ha sido considerada por los OFCs como intolerable. Estos, han objetado sistemáticamente, la regulación de las tasas y de los tipos de tributos que imponen. Consideran la regulación de tales decisiones, como un entrometimiento en la soberanía impositiva interna y la insistencia de los países desarrollados en tal regulación, como una amenaza);
- 2° - Resistencia a cooperar con los países desarrollados en la recaudación de sus impuestos (los OFCs generalmente resentien todos los intentos de los países desarrollados de levantar sus normativas sobre secreto bancario y argumentan que, el uso del mismo por parte de los evasores de impuestos, es un asunto para ser resuelto exclusivamente con la jurisdicción que pretende hacer cumplir su normativa fiscal sobre rentas. También, existe un resentimiento significativo por parte de los OFCs, en los casos concretos en que sus recursos deban ser utilizados para ayudar a los países desarrollados a penetrar en el secreto bancario)¹³;
- 3° - Los OFCs, también objetan los argumentos de los países desarrollados respecto a que ellos atraen el capital desde éstos países mediante “la caza furtiva” de una base imponible que “les pertenece”. Los OFCs, no ven una base racional para que un país desarrollado les reclame, a priori, impuestos sobre un capital cuyos propietarios han elegido emplear en otros lugares;
- 4° - El fomento a la competencia tributaria eficaz (ésta teoría, desarrollada por el economista Charles Tiebout, se sintetiza en que, las distintas jurisdicciones, ofrecen diferentes paquetes de bienes públicos y los consumidores eligen de entre esas jurisdicciones, las que más se adaptan a sus propias preferencias, emergiendo de ésta forma, la competencia entre jurisdicciones, creando así, un mercado que lleva a optimizar ingresos. La teoría de Tiebout, ha sido adaptada por numerosos economistas, para ser aplicada al tema de la competencia fiscal internacional, en el entendido de que, el capital de los consumidores migrará de los países desarrollados con alta imposición a la renta, hacia jurisdicciones como los OFCs con tasas impositivas más bajas. Esta migración, va a continuar, hasta que el nivel de los bienes públicos prestados por los OFCs no cumplan con las necesidades de los consumidores o el costo de los bienes públicos provistos por los países desarrollados, reflejados en sus tasas impositivas, sea reducido a un nivel más cercano al de los OFCs, produciendo de ésta forma resultados eficientes;
- 5° - La no existencia de equidad o principio del “level-playing-field” (en español “nivel de campo de juego”). De acuerdo con lo sostenido por la OCDE, si los OFCs renuncian a sus ventajas fiscales para atraer capitales, entonces éstos y los países desarrollados, serán capaces de progresar, partiendo de una igualdad de condiciones. Ante ésta afirmación, los OFCs han sostenido sistemáticamente, que

13 Boise, Craig. Op. Cit. Págs. 23-26

compiten con los países desarrollados para atraer capitales, precisamente porque en términos de asignación de recursos, no se encuentran en pie de igualdad con éstos. En muchos casos, la única ventaja estratégica que poseen en la competencia internacional por el capital, es su soberanía fiscal, que deciden ejercitar mediante la renuncia a su derecho a gravar la renta, a fin de beneficiarse de los efectos de la afluencia de inversiones. Por lo tanto, ven a la competencia internacional, no como un obstáculo para el establecimiento de la igualdad de condiciones, sino como un elemento clave para lograrla.

III - LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA OCDE EN PRO DE EVITAR LA EVASIÓN FISCAL INTERNACIONAL

Los orígenes de la OCDE, se encuentran en la histórica O.E.C.E. (Organización Europea de Cooperación Económica), que fue creada en la Europa de la post-guerra, con la idea de favorecer el desarrollo económico europeo. Su Tratado creador, se remonta al 16 de Abril de 1948.

Esta organización, tuvo una clara influencia norteamericana, ya que a la Europa destruida económicamente por la guerra, Estados Unidos le ofrece ayuda económica a través del Plan Marshall, bajo dos condiciones: 1º) la necesidad de realizar una programación de reconstrucción común a todas las naciones que iban a recibir su ayuda; 2º) mediante el compromiso de que ésta ayuda, habría de administrarse de forma que ofreciera garantías al Estado que iba a prestarla; ideas que fueron recogidas por los Estados firmantes de la Convención que instituyó este organismo¹⁴.

A finales de la década del '50, la O.E.C.E. había entrado en una profunda crisis, a raíz de la situación creada por la existencia de la Comunidad Económica Europea y por haber cumplido con la mayor parte de sus objetivos e incluso haberlos superado ampliamente. Se pone de manifiesto, entonces, que Europa ya no necesitaba más de la ayuda americana y que la Comunidad Económica Europea había llegado en la liberalización, aún más lejos, que la propia O.E.C.E.

Ante tal situación, se piensa en una nueva Organización, la OCDE, que surge de la Convención de París del 14 de Diciembre de 1960, dando entrada en ella como miembros de pleno derecho, a Estados Unidos y Canadá.

En el Tratado creador de ésta nueva entidad, se consagra la necesidad de una reforma de la anterior Organización y su sustitución por ésta nueva, en la que el adjetivo "europeo" desaparece y la idea de desarrollo, junto con la de cooperación, sobresale de forma clara y terminante.

Los objetivos que la nueva organización se propone promover son: la realización de la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo; una mejora en el nivel de vida de los países miembros, procurando mantener la estabilidad financiera de los mismos y la contribución al desarrollo de la economía mundial; contribuir a una sana expansión económica de los países miembros y de los países no miembros en situación de infra-desarrollo económico; contribución a la expansión del comercio mundial sobre bases unilaterales y no discriminatorias, de conformidad con las obligaciones internacionales estipuladas.

La naturaleza jurídica de ésta Organización, es semejante a la de su antecesora, la O.E.C.E. Tiene el carácter de Organización intergubernamental y el hecho de que funcione la regla de la unanimidad como norma general en la adopción de acuerdos, muestra sus características de Organización que no ha abandonado de forma radical los arquetipos de las del tipo tradicional. No es necesario que estén reunidos todos sus componentes en el Consejo, para poder llegar a tomar una decisión válida, e igualmente si alguno de ellos se abstiene de votar, podrá adoptarse también una decisión válida por todos los demás miembros restantes, con la salvedad de que al abstenido, no lo obligan las decisiones o recomendaciones que no haya votado de forma afirmativa. Ésta prescripción, se halla contenida en el artículo 6 numeral 2 del Tratado y es de por sí muy significativa pues, demuestra que, nos encontramos ante una Organización intergubernamental strictu sensu.

14 Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1984. Tomo II. Pág. 12.

Al hacerse, entonces, de la regla de la unanimidad, una pieza capital de ésta Organización, se cierra el paso para ulteriores desarrollos y para un mayor perfeccionamiento en la actuación de la misma. Además, el hecho de que Estados Unidos forme parte de ella, explica el que no haya habido cesiones de soberanía en beneficio de la Organización y que el cambio hacia la supranacionalidad esté previsiblemente cerrado.

La Organización, goza de personalidad internacional y en ella, se continúa la personalidad que tuvo la O.E.C.E., con la diferencia de que ésta nueva Organización ha saltado del campo europeo, al cual se limitaba su antecesora, al campo mundial. Según se estipula en el Protocolo adicional número 2, la OCDE goza de capacidad jurídica, solamente en el territorio de los Estados que forman parte de la misma.

Es por ello, que cuando la OCDE elabora, a través de sus distintos comités especializados, listas de paraísos fiscales y países “no cooperantes” alrededor del mundo (movimiento que como vimos, se ha intensificado en los últimos años, a propósito del ataque a la evasión fiscal internacional y al lavado de dinero), se cuestiona su autoridad para realizar tales acciones.

Actualmente, hay 59 países en la “lista blanca” de la OCDE, esto es, jurisdicciones en las que se han implementado estándares fiscales acordados internacionalmente, mientras que 22 países, aún permanecen en la “lista gris”, tras haberse comprometido a aplicar éstos estándares y no implementarlos por completo (entre los cuales se encuentra Uruguay).

En más de una oportunidad, miembros de la propia OCDE han expresado que, la elaboración de listas no es un proceso placentero pero si efectivo y la combinación de las listas junto con la amenaza de sanciones, siempre les ha dado buenos resultados.

Resulta muy interesante comentar la opinión de Daniel J. Mitchell, miembro destacado de la Heritage Foundation, organización no gubernamental muy influyente en los Estados Unidos, quien sostiene que la competencia fiscal internacional “debería ser celebrada, no perseguida, ya que obliga a los políticos a ser más responsables, empujando hacia abajo las tasas impositivas, permitiendo a las personas disfrutar más del dinero que ganan. La competencia fiscal internacional debería ser preservada. Es buena para los contribuyentes y buena para la economía global.” Asimismo, Mitchell sostiene que “las recomendaciones propuestas (por la OCDE) podrían interferir con el derecho de las naciones soberanas para determinar sus propias políticas fiscales”¹⁵.

De ésta forma, se amenaza la capacidad de los países soberanos, de regular sus propios asuntos fiscales. Las propuestas de la OCDE, tienden a crear un cartel, al eliminar o sustancialmente reducir su competencia (que básicamente son los OFCs).

Se puede decir, entonces, que la OCDE constituye un *cartel* compuesto por las naciones más ricas del mundo, las cuales son jurisdicciones con altos impuestos, y que las políticas de la misma están claramente destinadas a ayudar a sus países miembros, antes que al resto del mundo, aún cuando ello signifique lesionar a otros países, cuando las políticas de éstos van en detrimento de los miembros de la OCDE¹⁶.

Las ineficiencias que generan los carteles, han sido estudiadas también desde la perspectiva de “Law & Economics”. Así, mediante el llamado “dilema del prisionero”, se ilustra claramente la situación.

Una vez creado un cartel, sus miembros acuerdan reducir su producción y así poder aumentar el precio, generando un exceso de ganancias. Sin embargo, cada empresa tiene un incentivo para producir más de lo que fija el acuerdo y de ese modo obtener mayores beneficios. Pero, si cada uno de los miembros hace lo mismo, el acuerdo inmediatamente se vuelve competencia y por lo tanto, el precio disminuirá, lo que redundará en menores beneficios para cada uno de los miembros¹⁷.

15 Mitchell, Daniel J. *An OECD Proposal to Eliminate Tax Competition Would Mean Higher Taxes and Less Privacy*. Tax Notes. The Heritage Foundation. 2000. Pág. 1, 3. www.heritage.org

16 Langer, Marshall J. *Harmful Tax Competition: Who are the Real Tax Havens?*. 2000. Pág. 1.

17 Levenstein, Suslow, Oswald. “Internacional price-fixing cartels and developing countries: a discusión of effects and policy remedies”. *Nacional Bureau of Economic Research*. 2003. Págs. 4 y 5.

Como bien dice Veljanovski, la teoría de los carteles resulta simple de plantear en estos términos. Un grupo de firmas que proveen productos o servicios similares, entran en un acuerdo o entendimiento para fijar los precios y compartir el mercado, a los efectos de sobrecargar a los consumidores. Mientras que las firmas adhieren al acuerdo o entendimiento, aumentan sus precios sobre los niveles normales y generan grandes ingresos. Esto afecta a los consumidores, que ahora pagan más y consumen menos, porque los miembros del cartel aumentan sus precios pero reducen la producción¹⁸.

Al mismo tiempo, podemos vincular ésta teoría con la teoría de los monopolios. De acuerdo con el Prof. Gregory Mankiw, en los mercados competitivos (aquellos donde el precio es fijado únicamente por la oferta y la demanda), los compradores y los vendedores, dado que buscan su propio provecho, son conducidos inconscientemente por una mano invisible a promover el bienestar económico general. En cambio, como los monopolios no tienen el freno de la competencia, el resultado de un mercado en el que hay un monopolio, no suele ser el que más conviene a la sociedad.

Por lo tanto, los monopolios, a diferencia de los mercados competitivos, no asignan eficientemente los recursos. Producen una cantidad inferior a la socialmente deseable, por lo que cobran precios superiores al costo marginal.¹⁹

Dejando de lado las ineficiencias que generan los carteles y retomando el tema de la ilegitimidad de las medidas adoptadas por la OCDE en pro de evitar la competencia fiscal internacional, es de relevancia comentar una opinión legal emitida por el Centro de Asistencia Legal de la Organización Mundial de Comercio, a raíz de una consulta elevada por el Gobierno de Panamá a mediados del año 2002, sobre la legalidad de las medidas discriminatorias de ciertos países latinoamericanos y europeos, que afectan la competitividad de los servicios financieros panameños.

En ésta opinión, se entendió que tales prácticas constituían una abierta violación a las normas de comercio internacional. Así, las prácticas de dichos países, violan el principio comercial de “nación más favorecida”, contenido en el artículo 2 del Acuerdo General de Comercio de Servicios. Según dicho principio, un país miembro de la OMC, no podrá discriminar a otro otorgando un trato menos favorable respecto a terceros socios comerciales y en consecuencia, la discriminación a los servicios panameños, se convierte en una barrera comercial.

Esta opinión legal, puede ser utilizada como fundamento para iniciar acciones legales ante la OMC, contra las naciones que discriminan a Panamá, obligándolas a compensar al país por la afectación de sus exportaciones de servicios²⁰.

Es decir que, la elaboración de “listas negras” por parte de la OCDE y las medidas discriminatorias adoptadas contra los países incluidos en éstas listas, constituyen una práctica violatoria de las normas de comercio internacional y habilitan al Estado afectado a aplicar medidas de retaliación económica contra los países discriminadores.

No obstante y más allá de que la autoridad de la OCDE para presionar a los países e imponer sanciones sea muy discutible, es innegable la profunda influencia que ésta organización ejerce a nivel mundial y el impacto que tiene la inclusión de un país o jurisdicción en sus “listas negras”, lo cual afecta gravemente la imagen que de ese país o jurisdicción tiene la comunidad internacional.

18 Veljanovski, Cento. “The Economics of Cartels”. Finnish competition law year book. 2006. Pág.2.

19 Mankiw, N. Gregory. “Principles of Economics”. McGraw-Hill. 2002. Pág. 42 y 198.

20 Fábrega, Juan Pablo. *Panamá como centro bancario para la estructuración de financiamientos de transacciones internacionales extraterritoriales y su diferencia de los centros offshore*. Inter-American Bar Association. Law Review. Vol. 5. 2007.

IV - LA SITUACIÓN DE URUGUAY DENTRO DEL CONTEXTO ANALIZADO

Históricamente, Uruguay ha sido un país oferente de servicios internacionales, con una atractiva política de exoneración tributaria para no residentes y el secreto bancario para atraer inversiones. Esto le ha costado el haber sido señalado por otros países, en más de una oportunidad, como un “paraíso fiscal”, producto de una incorrecta interpretación de los criterios utilizados por la OCDE para efectuar dicha categorización. Como vimos, un criterio principal, es que exista muy baja o nula tributación sobre rentas para no residentes y los criterios subsidiarios son, la falta de intercambio efectivo de información y la falta de transparencia.

Ante las reiteradas críticas recibidas de parte de la comunidad internacional, en particular, en el contexto del proceso de lucha contra las prácticas fiscales nocivas y el temor a que el Proyecto de Prácticas Tributarias Dañinas de la OCDE alcanzara a Uruguay²¹, lo cual hubiera sido francamente perjudicial, el gobierno uruguayo sancionó la ley N° 18.083 de Reforma Tributaria, que entró en vigencia el 1° de Julio de 2007.

Esta ley introduce el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas y una serie de conceptos tales como, el de establecimiento permanente y el de precios de transferencia, que tienen su origen en recomendaciones y lineamientos elaborados por la OCDE²², siendo su elemento más destacable, la eliminación de las controvertidas SAFIs (Sociedades Financieras de Inversión) que daban cobertura legal a empresas offshore.

Las Sociedades Financieras de Inversión (en adelante SAFIs), también llamadas en el lenguaje comercial corriente “holding companies”, instituidas en Uruguay desde 1948 por la ley 11.073, se caracterizaban por tener como objeto, la realización en forma directa o indirecta, por cuenta propia o de terceros o para terceros, de inversiones en el extranjero en títulos, bonos, acciones, cédulas, debentures, letras, bienes mobiliarios e inmobiliarios²³.

A través de las SAFIs, se desarrollaban todo tipo de operaciones fuera de Uruguay (los activos que formaban sus inversiones, debían hallarse radicados en el exterior y éstas inversiones en el exterior, debían constituir su actividad principal), con agilidad y bajos costos en el país, permitiendo mantener a los titulares de la operación en un completo anonimato, puesto que, éstas sociedades gozaban de la protección del secreto bancario, fiscal y profesional, contemplados en la legislación uruguaya.

Según documenta el propio proyecto de ley de reforma, publicado en el mes de Marzo de 2006: *“Si bien en muchos casos tales críticas son infundadas, es indudable que éstas sociedades caracterizadas por un régimen tributario especial, constituyen un instrumento anacrónico, inadecuado a los estándares que impone la legislación comparada y las recomendaciones de los organismos multilaterales especializados en esta problemática. Es por ello que se propone la prohibición de la constitución de dichas sociedades especiales a partir de la entrada en vigencia de la reforma, así como la adecuación de las existentes al régimen de tributación de las sociedades en general no más allá del 31 de Diciembre de 2010”*²⁴.

En efecto, con la entrada en vigencia de la reforma tributaria, queda prohibida la constitución de nuevas Sociedades Financieras de Inversión en Uruguay y la obligatoriedad de la adecuación de las existentes, al régimen general de Sociedades Anónimas, con plazo para reformar sus estatutos y realizar los trámites correspondientes para adaptar su forma jurídica al régimen general ante la Auditoría Interna de la Nación, Registro Nacional de Comercio, DGI, BPS, MTSS, BSE, así como las publicaciones en el Diario Oficial y otro de circulación local, la emisión de nuevas acciones y libros de comercio, hasta el 31 de Diciembre de 2010²⁵.

21 Proyecto de Ley de Reforma Tributaria. 16-03-2006.

22 Aisenberg, Luis. *La OCDE y la Reforma Fiscal*. Nuevo Sistema Tributario. Recopilación de artículos elaborados por el Departamento de Asesoramiento Tributario y Legal de KPMG. 2008. Pág. 121

23 . Olivera García, Ricardo. *Las Sociedades Financieras de Inversión en el Derecho Uruguayo*. Anuario de Derecho Comercial. Vol. 5 . Pág. 199.

24 *Proyecto de Ley de Reforma Tributaria*. 16-03-2006.

25 González Freire, Gabriela. *Fin de las SAFIs en el Uruguay*. Fundación de Investigación y Estudios Fiscales y Económicos Regionales. www.iefer.org.ar/trabajos/finsafi

A pesar de la reforma tributaria introducida y de los avances que supone respecto al modelo OCDE, en el mes de Abril del año pasado, se generó una confusa situación, a consecuencia de un error de varias agencias de prensa internacionales y varios medios de comunicación europeos, que informaron que la OCDE había incluido a Uruguay en su lista de paraísos fiscales.

Ante ésta situación, el gobierno uruguayo, rechazó enfáticamente ésta calificación discriminatoria, manifestando que nunca constituyó un paraíso fiscal y menos aún después de aprobada la Reforma Tributaria, que constituye un avance hacia una mayor transparencia, ya que refuerza la tributación a los no residentes (lo que va en sentido opuesto al criterio principal utilizado por la OCDE para definir a un paraíso fiscal) y porque se eliminan las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión.

Como consecuencia de éste episodio, el entonces Ministro de Economía y Finanzas uruguayo Cr. Álvaro García, emite una misiva al Secretario General de la OCDE, informando a esa entidad, que Uruguay adopta formalmente los estándares de transparencia e intercambio de información fiscal, de acuerdo con lo que establece el Artículo 26 de la versión 2005 del Modelo de Convenio de Impuestos de la OCDE²⁶.

El 3 de Abril de 2009, la OCDE da la bienvenida a la decisión de la República Oriental del Uruguay, de adoptar formalmente su estándar para el intercambio de información fiscal y manifiesta su conformidad con que Uruguay “*se una al creciente número de países que desean cooperar para combatir la evasión fiscal y otros abusos fiscales*”²⁷.

En la misma fecha, la OCDE emite un informe, donde califica el grado de cumplimiento de los distintos países respecto de la normativa internacional para la seguridad del sistema financiero y fiscal.

En éste sentido, distingue cuatro grados de países: los que han implementado sustancialmente las reglamentaciones internacionales sobre información fiscal; los que son calificados como paraísos fiscales (de acuerdo con el ya citado Protocolo de 1998); otros centros financieros (que no califican como paraísos fiscales) y por último, los países que aún no cumplen con el intercambio de información tributaria y fiscal pero que se han comprometido a implementarlo. En este último grupo está ubicado Uruguay²⁸.

A pesar de los “avances” realizados por Uruguay en la materia, sigue quedando en el tapete el tema del secreto bancario, que continúa estando vigente en nuestro sistema jurídico, aunque flexibilizado por la Reforma Tributaria, que dotó a la Dirección General Impositiva de nuevas herramientas para controlar, fiscalizar y forzar el pago de tributos.

El secreto bancario, actualmente supone el principal punto de controversia con el standard OCDE, ya que ésta institución lo acusa de afectar los esfuerzos tendientes a combatir el lavado de dinero y el financiamiento terrorista y recalca la importancia de celebrar acuerdos para evitar la doble tributación con éste modelo, que precisamente, habilita al fisco de un país a que ante su solicitud al fisco de otro país, el Poder Ejecutivo, levante el secreto bancario, sin una orden judicial, para brindar información a los países con los que se firme acuerdos.

Si bien con la ley 18.083, se flexibiliza el secreto bancario tal como existía hasta el año 2007 en nuestro país y se instituyen las figuras del levantamiento del secreto bancario por denuncia fundada de la DGI ante la Sede Penal competente (que alcanza exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y caja de ahorro) y la traba de embargos de cuentas bancarias; lo cierto es que, ésta figura aún no se adapta a los estándares exigidos por la OCDE para la celebración de acuerdos²⁹.

26 Declaraciones del Ministro de Economía y Finanzas Cr. Álvaro García a La República y recogidas por varios medios de prensa. 3 de Abril de 2009.

27 http://www.oecd.org/document/25/0,3343,en_2649_201185_42509273_1_1_1_1,00.html

28 OCDE. *A progress report on the jurisdictions surveyed by the OECD Global Forum in implementing the internationally agreed tax standard*. 2009. Pág. única.

29 Sforza, María del Carmen. **Cambios en el secreto bancario**. Nuevo Sistema Tributario. Recopilación de artículos elaborados por el Departamento de Asesoramiento Tributario y Legal de KPMG. 2008. Pág. 103.

Por lo cual, el pasado 7 de Junio, el Poder Ejecutivo remitió a la Asamblea General, un Proyecto de ley, que de aprobarse con su actual redacción, introduciría ajustes al Nuevo Sistema Tributario.

En ese sentido, se gravarían con el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas e Impuesto al Patrimonio, los préstamos efectuados a no residentes y los depósitos, colocaciones y participaciones en el capital en entidades no residentes.

Por otro lado, a los efectos de posibilitar el control de las nuevas situaciones gravadas y avanzar en el control integral de la tributación, el proyecto propone la modificación del actual artículo 54 de la ley 18.083, ampliando la posibilidad de acceso a la información en poder de las Instituciones de Intermediación Financiera, por parte de la administración tributaria y en aplicación de convenios internacionales suscritos por Uruguay (siempre sometiendo el proceso a la tutela jurisdiccional).

Asimismo, el Proyecto de ley establece la necesidad de modificar el actual artículo 54 de la ley, porque, como vimos, limita la información a proporcionar, exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y cajas de ahorro, limitación que entienden no es compatible con los objetivos del proyecto.³⁰

V – CONCLUSIONES

Del análisis realizado en el presente trabajo, podemos concluir, en primer lugar, que aunque la OCDE no tiene poderes legislativos, el hecho de estar conformada por las economías más sólidas del mundo, le permite elaborar “listas negras” de países “no cooperantes” con un efectivo impacto en la comunidad internacional y sugerir la aplicación de sanciones, como pretexto del combate a la evasión fiscal internacional, buscando así, eliminar la competencia que puedan hacerle a sus miembros otros centros financieros y desviando, de ese modo, sus objetivos fundacionales.

En segundo lugar, es claro que, cada país o jurisdicción, tiene la facultad de establecer el sistema tributario que le resulte más conveniente, como una expresión medular de su soberanía y por lo tanto, esto debería ser respetado por todos los países desarrollados integrantes de la OCDE.

No obstante, en los hechos, ésta exige a los OFCs que modifiquen sus leyes tributarias y se adapten a sus estándares, con el objetivo de lograr la transparencia, aunque en nuestra opinión, esto se trate de un intento de imperialismo fiscal.

Finalmente y en lo que respecta a la situación nacional, vimos que Uruguay, ante las constantes presiones recibidas, introdujo modificaciones importantes en su sistema tributario, que lo alejan aún más de la categorización de “paraíso fiscal”. No obstante, al haberse comprometido oficialmente a adoptar el estándar OCDE, tiene que rever el tema del secreto bancario.

En esa dirección se encuentra nuestro país en éste momento, con la remisión a la Asamblea General, por parte del Poder Ejecutivo, del Proyecto de Ley de ajuste del Nuevo Sistema Tributario, que de aprobarse con su actual redacción, introducirá cambios importantes en materia de acceso a la información en poder de las Instituciones de Intermediación Financiera, por parte de la administración tributaria, también en aplicación de convenios de intercambio de información.

30 *Proyecto de Ley de Reforma del Nuevo Sistema Tributario. Poder Ejecutivo. 7 de Junio de 2010.*