Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

ALTERNATIVAS LEGALES PARA EVITAR EL FLUJO DE CAPITALES A PARAÍSOS FISCALES*

LEGAL ALTERNATIVES TO AVOID THE FLOW OF CAPITAL TO TAX HAVENS

*Juan David Alarcón Morales***
juandavidalarconmorales@gmail.com

Presentado: 15 de septiembre de 2017. Aceptado: 21 de noviembre de 2017

RESUMEN

Los Estados para cumplir sus fines y generar un mayor crecimiento de su economía, requieren de inversión privada, pero a veces el interés público se ve desfavorecido debido a las grandes ventajas comparativas de los paraísos fiscales, fundamentalmente en la protección de datos, la confidencialidad en la conformación de sociedades mercantiles, el secreto bancario, baja o nula tributación, normativa flexible, entre otros. La creación de un fideicomiso de capitales o la conformación de sociedades de economía mixta con objeto social definido, cuyo patrimonio autónomo sea imprescriptible, inviolable e inafectable por cualquier medida precautoria, puede ser parte de las alternativas legales para fomentar la inversión privada nacional y de esa manera evitar la fuga de capitales.

Palabras Clave: Paraíso fiscal, Fideicomiso, Sociedades Offshore, Inversiones, Flujo de capitales.

SUMMARY

States, in order to achieve their goals and generate greater growth of their economy, require private investment, but sometimes the public interest is disadvantaged due to the great comparative advantages of tax havens, mainly in data protection, confidentiality in the formation of mercantile companies, bank secrecy, low or null taxation, flexible regulations, among others. The creation of a capital trust or the formation of mixed economy companies with a defined corporate purpose, whose autonomous patrimony is imprescriptible, inviolable and unaffectable by any precautionary measure, can be part of the legal alternatives to encourage national private investment and thereby to avoid capital flight.

Keywords: Tax haven, Capital trust, Offshore societies, Investments, Capital flow

* Artículo de Investigación producto del programa de Investigación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andrés, desarrollado en la gestión 2017.

** Juan David Alarcón Morales es docente investigador del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

1. Introducción.

La filtración en la base de datos del Bufete Mossack Fonseca, que ha generado una investigación por parte del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ), cuyos resultados fueron presentados el 3 de abril de 2016, puso de manifiesto los conocidos procedimientos de constitución de sociedades *offshore*, que abrían cuentas bancarias y operaban libremente en la recepción de depósitos de dinero de personas mundialmente conocidas, empresarios exitosos, estrellas de cine, políticos, futbolistas y personajes no tan conocidos pero millonarios, que de igual manera, realizaban operaciones bancarias utilizando nombres ficticios, con testaferros como representantes legales, baja o nula tributación y absoluta reserva, amparada en el secreto bancario.

Si bien existe suficiente respaldo legal para la constitución de las sociedades comerciales en Estados donde existe baja o nula tributación, secreto bancario y opacidad en el manejo de información, el perjuicio se plasma cuando las sociedades son "pantalla" (sólo existe en papeles), con Directores, representantes legales, intermediarios y síndicos, cuyos nombres se repiten en miles y miles de empresas, que nunca hubiesen sido revelados, sino fuese por la filtración realizada al bufete de abogados Mossack Fonseca.

Nuestro estudio pretende analizar las posibilidades de equilibrio entre el interés público con el privado, donde el primero requiere permanentemente de recursos económicos para el cumplimiento de sus fines y el segundo, la seguridad de que los riesgos políticos, económicos o sociales no ocasionen situaciones de inseguridad en la conservación de la riqueza, siempre que el origen de las fortunas no provenga de actividades ilícitas o sea ostensible la configuración de lavado de activos.

El Estado de Derecho, en la ejecución de su poder de imperio, no puede invadir la vida privada de las personas, salvo que exista alguna disposición que revele la posibilidad de hacerlo, como podría ocurrir en casos de seguridad nacional o lucha contra el crimen; aun así la invasión a la privacidad debe ser la mínima posible, de lo contrario existen Tribunales Internacionales que podrían determinar la infracción y la correspondientes sanción[1].

Como la administración de la riqueza, la circulación del dinero y el flujo de capitales no tiene límites, algunos Estados han establecido mecanismos de control de la fuga de capitales, desde la visión tributaria como pasó en Chile y Colombia; la prohibición de usar paraísos fiscales para funcionarios públicos como dispuso por Consulta Popular Ecuador; la oportunidad de no pagar multas ni recargos por la repatriación de capitales, como lo hizo México; o, el fortalecimiento institucional que pretende Bolivia.

A dichas medidas, se podrían sumar dos alternativas legales relacionadas con la creación de un Fideicomiso de Capitales y el fomento a la creación de sociedades de economía mixta, con protección estatal de la mencionada riqueza privada, a fin de evitar la fuga de capitales y el

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."

Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

uso de paraísos fiscales, donde el Estado tenga las posibilidades de conocer los planes de inversión privados y el destino de los mismos, así como el privado no vislumbre riesgos o inseguridad sobre su dinero, generándose un proceso de "corresponsabilidad entre el Estado y la inversión privada".

2. Metodología y Técnicas

Para la presente investigación se utilizaron los métodos deductivo, de análisis y de síntesis, así como la complementación del método dialéctico a los efectos de realizar un análisis de la economía política que ha sustentado la existencia de paraísos fiscales y entender la lógica de la fuga de capitales, además de las desventajas para un determinado Estado, cuyos empresarios usan paraísos fiscales, reduciendo la inversión privada, que afectan el crecimiento de una economía, máxime si los países afectados se encuentran en proceso de desarrollo.

3. Desarrollo.

3.1 El flujo del dinero. Circulación del capital.

Resulta por demás llamativo que en los últimos treinta años, la sociedad humana haya transformado su modus vivendi, a la par del desarrollo nuevas tecnologías, casi en la misma proporción de los últimos veinte siglos. No hay duda que estamos viviendo los fenómenos sociales, económicos, ideológicos, políticos y tecnológicos sin precedentes, donde la imaginación no tiene límites y las relaciones sociales se han convertido en sinapsis permanentes, que han virtualizado la conciencia colectiva, generando tendencias culturales homogéneas, que cuestionan el análisis científico preexistente.

Los fenómenos relacionados a las interacciones sociales alimentan el postmodernismo, la apertura de mercados y la creación de un mercado mundial como fenómenos económicos originaron la visión neoliberal, que se reproduce gracias al uso de información masiva en diferentes ámbitos a nivel mundial, que como fenómeno cultural integral se consolida en la definición de "globalización".

Las personas naturales y jurídicas tienen la posibilidad de invertir su dinero en cualquier lugar del mundo, ya que gracias a la globalización, las relaciones jurídicas negociales pueden ser impersonales, a distancia, sin barreras idiomáticas, sin presión monetaria, prácticamente no existen fronteras de ninguna naturaleza, salvo aquellas emergentes del control político de los regímenes totalitarios.

En ese contexto, podemos definir a los flujos de capital como la cantidad de dinero invertido en un país, por personas extranjeras naturales o jurídicas, donde se puede presentar un balance positivo cuando la cantidad de inversiones realizadas en un país por extranjeros supera la cantidad de inversiones realizadas por nacionales en otros países. Y por el contrario, un balance negativo nos señala que el dinero invertido en otros países por agentes nacionales supera la cantidad de inversiones realizadas por extranjeros en el país local.

La normativa de inversiones, pretende establecer una relación directamente proporcional entre la cantidad de inversiones extranjeras que se dirigen

hacia un país, con las garantías que éste ofrezca a los inversionistas, además del comportamiento de sus principales indicadores macroeconómicos (PIB, tasa de interés, tasa de desempleo, balanza comercial, riesgo país)[2].

Durante la implementación del modelo neoliberal latinoamericano de las décadas de los 80' y 90', uno de los objetivos centrales fue consolidar la apertura de los mercados en diferentes sectores productivos, reduciendo la participación del Estado en el sector productivo y fomentando la Inversión Extranjera Directa – IED. El crecimiento de la producción local gracias a la intervención del capital extranjero, tenía como destino llevar los productos al mercado internacional, situación que influiría en una Balanza Comercial positiva, como resultado de la diferencia de las exportaciones netas, menos las importaciones netas.

Conceptualmente, los flujos comerciales constituyen la compra y venta de bienes y servicios entre países. Los flujos comerciales miden la Balanza Comercial (exportaciones – importaciones). Los exportadores netos tienen un superávit comercial. Esto es debido a que venden más bienes a los mercados internacionales de los que compran en los mercados internacionales. Los países que son importadores netos, tiene un déficit comercial, ya que importan más de los productores internacionales, que lo que exportan a clientes internacionales.

Por otra parte, los flujos de capital representan el dinero enviado al extranjero para invertir en mercados foráneos. La medida de los flujos de capital es la cantidad neta de una divisa que es comprada o vendida para inversiones de capital. El concepto clave tras los flujos de capital es el balance, donde un país puede tener un flujo de capital positivo o uno negativo.[3]

Se considera que un país tiene un balance positivo de los flujos de capital, cuando las inversiones que entran a un país desde fuentes extranjeras exceden a las inversiones que está dejando el país hacia destinos extranjeros. Por contrario, un balance negativo de flujos de capital indica que las inversiones que dejan el país hacia destinos extranjeros exceden a las inversiones que entran al país desde fuentes extranjeras.

Un aspecto que se debe considerar, es el relacionado con la demanda de divisas vinculadas al flujo de capitales. Por ello, cuando hay un flujo de capitales negativos, hay menos demanda por la divisa de ese país, lo que causa la pérdida de su valor, ya que el inversionista debe vender su divisa local para comprar la divisa doméstica de donde está depositando su dinero.

La idea central de las medidas económicas neoliberales para atraer la mayor parte del capital extranjero, era ofrecer un mayor retorno de la inversión, a través de altas tasas de interés, crecimiento económico y crecimiento en los mercados financieros domésticos, de esa manera los países mantienen un flujo de capitales positivo. Así por ejemplo, si al mercado de acciones de un país le va bien, y ofrece

2 Banco de la República de Colombia. (2013). Flujos de capitales, choques externos y respuestas de política en países emergentes. Colombia: Editorial Banco de la República de Colombia. Bogotá.

3 Samuelson Paul, Nordhaus William, Macroeconomía, 16° edición, Editorial McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid.

Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

una alta tasa de interés, las fuentes extranjeras tienden a enviar capital a ese país. Eso aumenta la demanda por su divisa, y causa que se aprecie su valor.

En el análisis de la economía política, el dinero se transforma en capital cuando con él compramos los factores objetivos (medios de producción) y los factores subjetivos (fuerza de trabajo) para producir riqueza. De tal manera, el dinero como capital se diferencia del dinero como simple dinero por la clase peculiar de mercancías que compra. La economía convencional sólo capta el dinero como medio de cambio, y el dinero que funciona como capital igualmente lo capta como medio de cambio, la diferencia está en la clase de mercancías que se compra con él. El dinero como simple dinero se emplea como medio de cambio de medios de consumo personal, mientras que el dinero como capital se emplea como medio de cambio de medios de producción y de fuerza de trabajo.

Si se pretende contar con dinero transformado en capital con destino a otros países, se deben considerar las variables macroeconómicas y dicha riqueza formará parte del índice que integra la Inversión Extranjera Directa. Sin embargo, si el dinero pretende ser acumulado o protegido, simplemente en razones de seguridad, con alto grado de secretismo y confidencialidad, entonces podemos ingresar a mundos paralelos, tanto más inimaginables como escabrosos para proteger el dinero, el patrimonio, la riqueza.[4]

Sobre la fuga de capitales, el economista Joseph E. Stiglitz, señala que:

"La verdadera preocupación, sin embargo, no es solamente la caída de los precios de las materias primas, sino también las salidas masivas de capital. Durante el periodo 2009-2014, los países en desarrollo recibieron colectivamente una entrada neta de capital de 2,2 billones de dólares, en parte debido a la flexibilización cuantitativa en las economías avanzadas, que empujó a sus tasas de interés a situarse en cerca de cero.

La búsqueda de mayores rendimientos condujo a inversores y especuladores hacia los países en desarrollo, donde las entradas de capital aumentaron el apalancamiento, elevaron los precios de las acciones y, en algunos casos, apoyaron un auge de los precios de las materias primas. La capitalización de las bolsas de valores de Bombay, Johannesburgo, São Paulo y Shanghái, por ejemplo, casi se triplicó en los años posteriores a la crisis financiera. Los mercados de acciones en otros países en desarrollo también fueron testigos de un aumento espectacular y análogo durante este período."[5]

3.2 Las sociedades *offshore*.

El término inglés '***offshore***' significa literalmente "en el mar, alejado de la costa", que tiene diversos usos, siendo uno de ellos relacionado con las sociedades constituidas fuera del país de

4 Existen varias formas de proteger el patrimonio desde el punto de vista legal, tales como adquirir bienes proindivisos, edificios y galerías comerciales para el cobro de alquileres, compra de oro y plata, cuentas de trading en brokers de mercados conocidos, adquisición de tarjetas de crédito y débito prepago anónimas en diferentes países, compra de sociedades por acciones o creación de sociedades "pantalla" o sociedades offshore en paraísos fiscales.

5 Tomado de la columna de opinión del periódico el país. https://elpais.com/economia/2016/02/25/actualidad/1456427800_288955.html

residencia, es decir, se crean en cualquier país del mundo, no realizan ninguna actividad económica, no generan riqueza en el país de su constitución, no cuentan con bienes inmuebles, ni cuentan con trabajadores, a lo sumo tienen como domicilio legal el bufete de los asesores legales, tienen como representante legal al personero del bufete y casi generalmente, cuentan con un directorio integrado por empleados del bufete.

En el ámbito financiero se utiliza de forma metafórica y se trata de una sociedad constituida en un paraíso fiscal -un territorio opaco-, que garantiza el anonimato y secretismo, en la que los socios fundadores no residen en ese territorio y cuya actividad y operativa económica se realiza siempre fuera de él.

En el portal *Offshore*bankshop.com se puede advertir un análisis muy especializado sobre las sociedades *offshore*, señalando que: «La característica principal de una sociedad *offshore es que no puede realizar negocios en el territorio donde esté constituida la empresa ya que pasaría a ser una sociedad onshore, es decir, el paraíso fiscal le haría tributar como cualquier sociedad registrada en el país y los tipos impositivos serían muy similares a los de una empresa constituida en un país de altos impuestos»*.

3.3 El por qué de la creación de sociedades *offshore*.

Dejando de lado cualquier cuestionamiento sobre el origen del dinero, podemos advertir que existen varias categorías de personas naturales o jurídicas y de actividades, para las que una sociedad *offshore* es la mejor opción de protección de su patrimonio.

Por Seguridad. El flujo de información y las filtraciones a bases de datos son constantes, en una sociedad del conocimiento donde sólo si una persona está muerta, deja de estar visible en la red. Los delincuentes aprovechan ésta información para articular todo tipo de delitos patrimoniales.

Por el riesgo de intervención pública. Es otra de las razones fundamentales frente a los riesgos de intervención estatal, ya sea a través de tributos o por decisión de autoridad pública que pueda disponer una expropiación o nacionalización.

Para cuidar los resultados de procesos judiciales. Los procesos judiciales de cualquier naturaleza, no están libres de riesgos sobre los efectos perniciosos que éste pueda tener en caso de un resultado adverso.

Para efectos del derecho sucesorio. El patrimonio de una persona natural, puede estar sometido a conflicto judicial de los eventuales sucesores a título universal, quienes para evitar el desmembramiento patrimonial, pueden constituir una sociedad *offshore* que ejercerá la titularidad de los derechos patrimoniales e incluso con la transferencia de acciones a terceros puede evitarse el conflicto con los otros coherederos.

Para una eficiente organización empresarial. El emprendimiento de cualquier actividad comercial (entendida jurídicamente como acto de comercio, que incorpora a los sectores productivos y de servicios), busca permanentemente una organización empresarial con una estructura estable, administración eficiente, en extremo simple y altamente rentable.

Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

Para realizar e-commerce. En un escenario donde los grandes negocios se realizan a través del comercio electrónico, es necesario poseer un nombre de dominio y página web que se encuentre ubicado en un país diferente al del titular.

Para realizar comercio internacional. La creación de una sociedad *offshore* para que se constituya en comprador o vendedor de productos o servicios de una empresa vinculada, esto dependerá de la regulación existente en uno u otro país sobre los denominados "precios de transferencia".

Para ejercer la titularidad de propiedad intelectual. Cuando se busca que los derechos de propiedad intelectual relacionados con marcas, patentes o derechos de autor, puedan venderse en el mercado local bajo la imagen de un titular extranjero, lo que tiene cierto cariz de prestigio y confiabilidad. Por otra parte, se puede otorgar derechos de explotación a otras empresas a cambio de retribuciones.

Para poseer y transferir bienes. Una sociedad *offshore* puede ser titular de bienes muebles e inmuebles y que con la transferencia de las acciones o cuotas de capital, puede consolidarse la transferencia sin que para ello se realicen los trámites de inscripción en derechos reales u oficinas de registro de bienes o el pago de impuesto a la transferencia.

Para mantener el anonimato. Toda actividad comercial o prestación de servicios dentro un determinado país, puede realizarse a través de una sociedad *offshore*, donde se mantenga el anonimato y la confidencialidad del nombre del titular que toma las decisiones, dejando a la imaginación del eventual cliente o manteniendo el suspenso del misterioso dueño.

Para realizar operaciones en la bolsa. La compra de acciones de sociedades anónimas reales, productivas o prestadoras de servicios, por parte de una sociedad *offshore*, garantiza la rapidez de la circulación ya que en muchos casos se transfieren títulos valor al portador.

Para eludir el pago de tributos. Ciertamente, constituye una de las razones menos aceptadas pero ampliamente conocidas en el mundo de las sociedades *offshore*, principalmente porque se ubican en países, Estados o territorios, que tienen baja o nula tributación, siendo altamente ventajoso por la conservación de la integridad del patrimonio.

3.4 Paraísos Fiscales. Definición y características.

Se define como paraíso o refugio fiscal a la jurisdicción, país, Estado o territorio que ofrece ciertos beneficios tributarios para empresas y personas no residentes, que a diferencia de los nacionales, los extranjeros tienen alícuotas tributarias bajas y estables en el tiempo, alta confidencialidad en la identidad de los accionistas y directores y la aplicación efectiva del secreto bancario.

El **secreto bancario** responde a la lógica de protección en la administración del patrimonio de la sociedad *offshore*, donde los bancos no pueden brindar información sobre el contenido, movimientos o precedencia de sus cuentas a nadie. Ello favorece a la admisión infinita de dinero, pero también

brinda las condiciones ideales para el blanqueo o lavado de dinero, cuando éste proviene de medios ilícitos o elude impuestos en su país de origen.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, señala que los Paraísos Fiscales son aquellos países o territorios que poseen un tratamiento diferenciado respecto de los impuestos directos para no domiciliados, caracterizándose por la escaza o nula tributación a la que se somete a estos últimos, además presentan prácticas administrativas que limitan la transparencia y el intercambio de información con otros países[6].

El 2 de abril de 2009 la OCDE publica, un informe sobre el replanteamiento e impulso a la lucha contra paraísos fiscales, donde distingue 3 listas:

a) Lista blanca: Países y jurisdicciones que han implementado sustancialmente los estándares OCDE. Se entiende que se cumple si se han firmado, al menos 12 Acuerdos de Intercambio de Información (AII) o Convenio de Doble Imposición (CDI) con artículo de intercambio de información. Se incluían 40 jurisdicciones.

b) Lista gris: Países y jurisdicciones que se han comprometido con los estándares de la OCDE pero sin alcanzar una implementación sustancial. En esta lista se incluyeron 43 países o jurisdicciones, donde se advierte la inclusión de Suiza y otros como Austria, Bélgica y Luxemburgo.

c) Lista negra: países y jurisdicciones que ni siquiera se han comprometido a adoptar los estándares de la OCDE. Sólo estaban incluidos Costa Rica, Malaysia, Filipinas y Uruguay.

El Informe elaborado por la Comisión Especial Mixta de Investigación de los Papeles de Panamá de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia[7], define como Paraíso Fiscal al país, Estado o territorio que aplica un régimen fiscal favorable a los ciudadanos y empresas no domiciliadas, para que opten por el domicilio en dicho país, estado o territorio, a fin de atraer capitales y/o inversiones. El Proyecto de Ley elaborado por la Comisión señala cuatro características claves para determinar un Paraíso Fiscal:

- La no imposición de impuestos directos o si existen sólo de forma nominativa,
- La falta de transparencia u opacidad en los registros y/u operaciones comerciales y/o financieras por parte de personas naturales no residentes y jurídicas.
- Las leyes o las prácticas administrativas no permiten el intercambio efectivo de información para propósitos fiscales con Bolivia o con otros países.
- Permiten a los no residentes beneficiarse de rebajas impositivas,

6 OECD (1998): Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, OECD, Paris

7 En fecha 13 de mayo de 2016, la Asamblea Legislativa Plurinacional aprueba la Resolución R.A.L.P Nº 007/2016-2017, por la que se conforma la Comisión Especial Mixta de Investigación de los Papeles de Panamá, con el objeto de "investigar la posible vulneración de normativa nacional y la afectación del interés público en la realización de actividades y transacciones de empresas o entidades offshore".

Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

aun cuando no desarrollen efectivamente una actividad económica en el país.

3.5 Uso de paraísos fiscales. Comerciante de buena fe.

No podemos afirmar prima facie que son consideradas conductas ilegales o por lo menos ilegítimas, aquellos actos jurídicos donde las personas crean sociedades *offshore* en paraísos fiscales. Hay personas naturales o jurídicas dedicadas plenamente al comercio exterior o a las inversiones internacionales, e incluso al desarrollo de proyectos de inversión que demandan muchos recursos provenientes de diversos países, entonces el uso de paraísos fiscales facilita las operaciones de los negocios empresariales, reduce costos y brinda procedimientos de simplificación de trámites.

Bolivia cuenta con un sistema financiero estable, donde se permite abrir cuentas bancarias en moneda nacional, en dólares americanos y en algunos casos, en euros[8]. Los comerciantes pueden realizar transferencias bancarias y giros bancarios, previo pago del Impuesto a las Utilidades de las Empresas Beneficiarios al Exterior (IUE-BE), aunque los bancos no hacen transferencias directas a todos los países, sino que operan mediante corresponsales que generalmente están ubicados en Nueva York – USA, Münich - Alemania o Londres - Inglaterra, lo cual hace que las transferencias internacionales sean más costosas y lentas. Es decir, que si un importador boliviano pretende realizar una transferencia bancaria a un proveedor mexicano, lo hará vía el corresponsal de Nueva York, pagando una comisión a la remisión del código Swift.

Si se contara con la participación de una sociedad *offshore*, que tenga una cuenta bancaria a partir de la cual pueda realizar pagos a proveedores, se tendría menos carga impositiva, se facilitará la operatividad del negocio y reduciría costos. De tal manera, la constitución de la sociedad *offshore* desde la perspectiva empresarial, habrá cumplido con el objetivo fundamental del lucro, vía reducción de costos, administración del tiempo y mayores beneficios para el negocio.

El comerciante que declare ante el gobierno doméstico, la existencia de una sociedad *offshore* en paraíso fiscal, sin la necesidad de ocultar su identidad ni la existencia de cuentas bancarias, constituye el escenario ideal de cumplimiento con el principio de levantamiento del velo corporativo y se ajusta a la noción de transparencia corporativa, inspirada por la OCDE, la que debe guiar los actos del comercio internacional.

3.6 El Estado cumpliendo sus fines.

Independiente del análisis político (donde se concentran tendencias ideológicas, mayor o menor intervención del Estado en la economía y procedimientos de redistribución de la riqueza), las Constituciones Políticas modernas hacen referencia a la razón de ser del Estado o al propósito por el cual se construye un Estado, configurando en términos generales el bien común, la protección,

8 Todos los bancos del sistema financiero boliviano, tienen cuentas en moneda nacional y extranjera. El banco BISA tiene la opción de abrir cuenta de ahorro en euros.

garantía y defensa de los derechos humanos fundamentales.

Jeremy Bentham hacía referencia al *mayor bienestar para el mayor número,* y otros como Juan Jacobo Rousseau o David Ricardo señalan objetivos más concretos relacionados ya sea con el desarrollo económico, el desarrollo social o el desarrollo humano. Algunas Constituciones establecen los fines tanto en el preámbulo como en un artículo específico, donde se destaca la Justicia, el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad, consolidar la paz y promover la seguridad y defensa común. Así por ejemplo, se tiene el breve Preámbulo y el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, de 6 de julio de 1991, o el Preámbulo y el artículo 9 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de 7 de febrero de 2009.

Otras como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 con su última reforma de 15 de septiembre de 2017, no establece ni en el preámbulo ni en ningún artículo de forma expresa los fines del Estado, como lo hace en su Preámbulo la Constitución de la Nación Argentina de 3 de enero de 1995, o el artículo 1ro. de la Constitución Política de la República de Chile de 17 de septiembre de 2005.

Ahora bien, para el cumplimiento de sus fines todo Estado requiere de recursos económicos y financieros, que sustenten el financiamiento y la inversión, recurriendo para ello a la aplicación de un determinado sistema fiscal, que consolide mecanismos normativos de ingreso de recursos. La fuente de ingresos oscila entre ingresos patrimoniales, ingresos procedentes de transferencias, ingresos coactivos, enajenación de activos o endeudamiento.

La forma en la que participa la población para cubrir el gasto público, es a través del tributo. El Estado impone un determinado tributo de manera unilateral y por tanto, es obligatorio y pecuniario, exigiéndose su cumplimiento de forma coactiva. El tributo se clasifica en impuestos, tasas y contribuciones especiales.

Todo Estado debe proteger su ingreso para sustentar su gasto público, algunos como España o Argentina elaboran listas de paraísos fiscales, imponiendo a sus nacionales ciertas prohibiciones o limitaciones si pretenden realizar operaciones comerciales con éstos. Otros como Colombia o Brasil, suscriben Acuerdos de Doble Imposición y de intercambio de información.

Por la información proporcionada por el ICIJ, los paraísos fiscales, por lo general, fueron usados para evadir o eludir impuestos, fundamentalmente porque son países, Estados o territorios que tienen baja o nula tributación para no residentes, lo que genera un grave perjuicio para los Estados de origen de los recursos, donde se reduce su capacidad de ingresos públicos y en consecuencia, no pueden financiar el gasto público.

Entonces, resulta necesaria la búsqueda de alternativas para evitar que exista un permanente flujo de capitales a los denominados paraísos fiscales.

Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

3.7 Alternativas legales para evitar el uso de paraísos fiscales. Experiencias de España, Ecuador, Colombia, Chile, México y Bolivia.

España

La Comisión Europea no puede regular en los países miembros la consideración del uso de los paraísos fiscales, de manera que, como en el caso de Panamá, existen discrepancias entre las consideraciones comunitarias y las de cada uno de los estados miembros. España ha procedido con la firma de Acuerdos de Intercambio de Información o Convenios de Doble Imposición con intercambio de información con Panamá, por lo que éste país salió de la lista de paraísos fiscales.

El 29 de octubre de 2012, se aprobó la Ley 7/2012 de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, así como el Plan Especial contra la Economía Sumergida, cuando se introdujeron diversas medidas como la limitación de pagos en efectivo, la declaración obligatoria de cuentas en el extranjero, medidas para evitar los vaciamientos patrimoniales o la ampliación de plazos de prescripción y de las actuaciones inspectoras.

Ecuador

El gobierno del ex Presidente Rafael Correa Delgado ha impulsado la propuesta de un pacto ético para evitar que los servidores públicos, así como las personas que participen como candidatos de elección popular, tengan o puedan tener capitales en sociedades *offshore* en Paraísos Fiscales. Esta propuesta se concretizó en una Consulta Popular llevada a cabo en el mes de febrero de 2017, a través de un Referéndum. El Consejo Nacional Electoral anunció oficialmente que el 55,12% de los ecuatorianos apoyo la consulta planteada.

Resaltar que el 11 de abril de 2016, se dispuso iniciar un proceso de investigación sobre los papeles de Panamá, a cargo de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, que luego de realizar las indagaciones correspondientes, se emitió las siguientes recomendaciones: a) remitir al Consejo de Administración Legislativa el informe para que solicite las acciones legales a las autoridades competentes, b) remitir la información a la Contraloría y al Servicio de Rentas, a fin de efectuar los controles necesarios, c) demandar a las personas jurídicas y naturales ecuatorianas que tengan sus capitales en sociedades *offshore* en Paraísos Fiscales que retornen sus capitales para poder ser invertidos en el mercado productivo del país, e) recomendar la creación de un Gran Acuerdo Nacional Institucional que se comprometa responsablemente a la lucha en contra de la salida de capitales a sociedades *offshore* en Paraísos Fiscales, y f) estructurar una mesa de diálogo interinstitucional que analice reformas puntuales y pendientes en cuanto a este tema.

Colombia

El Gobierno Nacional viene promoviendo la “normalización” de activos ubicados en el extranjero, mediante amnistías y reducción en las tarifas de impuestos, a efectos de que los colombianos que tienen en el extranjero activos, sociedades, inversiones, cuentas, etc., los declaren y empiecen a tributar sobre ellos.

Chile.

El informe de la Red de Justicia Fiscal de América Latina[9], ubica a Chile en el quinto lugar entre los países de América Latina con fuga de dineros a paraísos fiscales, con capitales que superan los 100 mil millones de dólares, en los últimos 40 años, donde las principales fortunas de Chile registran empresas en paraísos fiscales.

El Gobierno de Bachelet, ha impulsado la reforma tributaria, que contempla variaciones en el impuesto en la renta; más y nuevos incentivos al ahorro y la inversión, así como mecanismos para acrecentar su liquidez; impuestos correctivos; y un conjunto de medidas destinadas a contrarrestar la evasión y la elusión tributaria. Uno de los mayores cambios apunta al alza del impuesto a las utilidades de las grandes empresas, el que se eleva del 20 al 27 %, además de la eliminación del Fondo de Utilidad Tributaria (FUT), un mecanismo creado bajo la dictadura militar que permitía a las compañías tributar sólo por las ganancias retiradas y no por las reinvertidas.

La Reforma Tributaria promulgada en septiembre de 2014 (vigente desde el 30 de septiembre de 2015) introduce por primera vez una norma general antielusión, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de las normas tributarias y no establece penas ni crea nuevos impuestos, solo persigue que se paguen los impuestos que corresponde pagar, lo que puede implicar una multa de hasta el 100% de los impuestos que debieron pagarse.

México

Dentro el esquema de los cuatro ejes para fortalecer la economía mexicana (cuidar la economía familiar, fomentar las inversiones, la preservación de la estabilidad económica y la austeridad en el servicio público), el presidente de México, Enrique Peña Nieto, puso en vigencia el programa de repatriación de capitales que estará vigente hasta octubre de 2017[10]; el mencionado decreto ofrece la condonación de multas y recargos.

Bolivia.

Se conformó en mayo de 2016 la Comisión Especial Mixta de Investigación de los Papeles de Panamá, la misma que presenta su informe final en sesión del 30 de septiembre de 2017, habiendo arribado a las siguientes conclusiones:

- No existe conciencia de que el uso de Paraísos Fiscales, por parte de empresas y personas, debilita el potencial de crecimiento de la economía.
- Las estadistas de transferencias de divisas a Paraísos Fiscales, de períodos anteriores al 2015, no son consistentes, puesto que los registros de operaciones sobre el destino de países y de motivos no eran rigurosos.
- Se estima que el año 2016 se transfirieron desde Bolivia $us 989 millones a Paraísos Fiscales que representa el 2.9% del PIB del mismo año, es decir que el año 2016 la economía boliviana hubiera crecido

9 http://www.justiciafiscal.org/2013/05/america-latina-segunda-region-en-desarrollo-con-mas-evasores-fiscales/

10 http://expansion.mx/economia/2017/01/17/mexico-lanza-medida-para-estimular-repatriacion-de-capitales.

Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

al 5% (0,7% más de lo registrado ese año).

- El análisis de relación entre las transferencias de divisas a Paraísos Fiscales y el Impuesto a las Utilidades de las Empresas – Beneficiarios al Exterior efectuadas por personas jurídicas, permite advertir una posible evasión del 67% en el cumplimiento de este impuesto.

- El uso de Paraísos Fiscales facilita la elusión, evasión y defraudación fiscal por parte de grandes empresas, reduciendo los ingresos del fisco y limitando las posibilidades redistributivas del Estado de financiar políticas sociales y económicas.

- El uso de Paraísos Fiscales está relacionado con el lavado de activos o la legitimación de ganancias ilícitas, por ello se debe crear una instancia de control a la fuga de capitales.

- Existe la necesidad de actualizar el Código de Comercio, respecto de la conformación de sociedades anónimas y la constitución de acciones al portador, así como la normativa tributaria y la Ley del Mercado de Valores para prever el uso de Paraísos Fiscales por parte de empresas o personas nacionales.

- Aplicando la Red de Grupos Económicos se verifica que cada empresario no actúa solo, sino que se conforman grupos familiares de poder que configuran redes empresariales conectadas con empresas offshore. Los Paraísos Fiscales potencian la generación de desigualdades, favoreciendo a las familias que pueden acceder a las estructuras opacas.

- Hay una posible vulneración de la normativa nacional y la afectación del interés público en la realización de actividades y transacciones de empresas o entidades offshore.

4. Propuesta.

Los empresarios asumen que nada ni nadie puede evitar la circulación del capital, ya que el mismo discurre como el agua y se estanca en el lugar donde se establezcan las condiciones para su conservación. Los Estados realizan esfuerzos para cumplir con sus fines y objetivos específicos relacionados con la sostenibilidad del gasto público. Las organizaciones especializadas como la OCDE, pretende establecer recomendaciones ligadas a la limitación del uso de paraísos fiscales, con la suscripción de Acuerdos de Doble Imposición y el cumplimiento de cláusulas de intercambio de información.

Como pudimos conocer sobre algunos ejemplos de experiencias latinoamericanas, las medidas se circunscriben a modificaciones de la normativa en el ámbito tributario (Chile, Colombia), la prohibición de usar paraísos fiscales para funcionarios públicos (Ecuador), la oportunidad de no pagar multas ni recargos por la repatriación de capitales (México) o el fortalecimiento institucional de la Unidad de Investigaciones Financieras, el Servicio de Impuestos Nacionales y la Aduana (Bolivia),

Los empresarios domésticos buscarán en todo momento, las mejores ventajas comparativas para invertir o proteger sus

recursos económicos, donde el uso de sociedades *offshore* en paraísos fiscales, resulta por demás atractivo.

Si las medidas se toman desde el punto de vista corporativo, independientemente de la causalidad del análisis macroeconómico de Stiglitz (descrito en el punto 3.1 Flujo del Dinero), podemos encontrar las siguientes alternativas legales:

a. Creación de un Fideicomiso de Capitales.

Se crea por Ley un Fideicomiso de Capitales, con patrimonio autónomo inalienable, imprescriptible, inexpropiable e inafectable por medida precautoria de cualquier naturaleza, donde los sectores sociales superavitarios puedan depositar sus excedentes (llámese capitales), para protegerlos de todo riesgo y puedan utilizarlos sólo y únicamente en programas y proyectos de inversión nacional.

La Ley puede establecer que en el Fideicomiso de Capitales, los dueños del capital son los fideicomitentes, el Estado el fiduciario (a través de un Gestor de Capitales) y los empresarios (que eventualmente pueden ser los mismos fideicomitentes), los fideicomisarios.

Los fideicomitentes podrán destinar la totalidad o parte de sus utilidades, así como dinero en efectivo al fideicomiso, los cuales estarán exentos de todo impuesto.

El fideicomiso debe ser temporal (se sugiere cinco años), luego del cual el fideicomitente podrá retirar su dinero y pagar la mitad de la alícuota que corresponda al impuesto aplicable. Si dentro el período de vigencia el fideicomitente retira su dinero para otros fines que no sea la inversión, estará sometido a la totalidad de los impuestos aplicables.

El fiduciario analizará, evaluará, coordinará, aprobará y controlará, todo programa o proyecto de inversión que presente el fideicomisario, para que se use la totalidad o parte de los recursos inscritos a su nombre (si asumió la calidad de fideicomitente) e incluso, viendo la pertinencia y oportunidad del negocio, contar con la participación de otros fideicomitentes. El riesgo de los programas y proyectos de inversión privada los asumen los fideicomisarios.

Se pretende evitar no sólo la fuga de capitales, sino fomentar la repatriación de capitales, así como la atracción de la Inversión Extranjera Directa.

El Estado, como titular de la institución denominada Gestor de Capitales, garantizará con su propio patrimonio, la integridad del patrimonio autónomo del fideicomiso.

b. Fomento a la conformación de sociedades mixtas.

Debido a que la mayoría de los países latinoamericanos son productores de materia prima y buscan integrarse a procesos de industrialización y de la revolución tecnológica, se pueden generar las condiciones para fomentar la inversión privada en la conformación de sociedades de economía mixta.

Los capitales pertenecientes a personas naturales o jurídicas nacionales, podrán liberarse totalmente de impuestos, cuando constituyan sociedades de

Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales.
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 6. Nro. 7 Julio – Diciembre, 2017 pp. 153 - 168

economía mixta, siempre que el objeto social sea estrictamente productivo y no especulativo, pero además no podrá participar en sectores estratégicos donde el Estado tiene exclusividad.

En la conformación de las sociedades de economía mixta, la participación del sector público y del privado será igualitaria, aunque la administración será privada con control periódico público.

Las utilidades generadas estarán exentas de impuestos por un período transitorio (se estima cinco años).

5. Conclusiones.

- En un mundo altamente conectado, difícilmente se puede defender como derecho fundamental de las personas, al secreto bancario, la confidencialidad o el propio secreto profesional. Sólo la persona fallecida sale de todo registro y pasa desapercibida.

- La razón fundamental para la creación de sociedades offshore en paraísos fiscales, estriba en la limitada fiscalidad o ausencia de control, a más de la baja o nula tributación para no residentes.

- Los Estados deben cumplir sus fines de alcanzar la justicia y el bien común de sus habitantes, para lo que requieren de ingresos económicos para financiar el gasto público. Si bien la inversión pública es necesaria, la inversión privada resulta fundamental, sobre todo en períodos recesivos, de estancamiento o crisis económica, por lo que la fuga de capitales ahonda la ausencia de ingresos por concepto de tributos y por consecuencia el incumplimiento de los fines del Estado.

- Las medidas adoptadas por los Estados, se circunscriben a modificaciones de la normativa en el ámbito tributario, como pasó en Chile y Colombia; la prohibición de usar paraísos fiscales para funcionarios públicos como dispuso por Consulta Popular Ecuador; la oportunidad de no pagar multas ni recargos por la repatriación de capitales, como lo hizo México; o, el fortalecimiento institucional de la Unidad de Investigaciones Financieras, el Servicio de Impuestos Nacionales y la Aduana, como propuesta de la Comisión de Investigación de los Papeles de Panamá en Bolivia.

- Se analizó dos alternativas para evitar la fuga de capitales a paraísos fiscales: la creación de un fideicomiso de capitales y el fomento para la creación de sociedades de economía mixta para el sector productivo. La primera, que se alimentará de la totalidad o parte de las utilidades de las empresas, exento de impuestos y con administración de una entidad fiduciaria creada por el Estado con control del sector privado, cuyos recursos se destinarán exclusivamente a la inversión productiva nacional. La segunda, posibilita la participación igualitaria en las acciones de una sociedad de economía mixta, cuyo objeto social sea productivo, con exenciones tributarias temporales, administración privada y control público.

- La intención de defender los intereses públicos, de proteger la inversión privada nacional y de atraer la Inversión Extranjera Directa, deviene de una forma jurídica de combatir el uso de paraísos fiscales, que resultan perjudiciales para economías emergentes como las latinoamericanas.

- Aunque la pretensión inicial de la investigación, fue configurar los tipos penales que se atribuyen a los actores que conformaron sociedades offshore en paraísos fiscales, para eludir impuestos, entendemos que la discusión recién inicia y que podremos manifestar las causas y efectos jurídicos sobre la actuación de los intermediarios en la conformación de sociedades offshore, la participación de los bancos, su corresponsabilidad y la implicancia en el lavado de activos, entre otros temas subsecuentes.

Bibliografía.

Bolivia. (2009) *Constitución Política del Estado*. La Paz – Bolivia: Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Banco de la República de Colombia. (2013). *Flujos de capitales, choques externos y respuestas de política en países emergentes*. Colombia: Editorial Banco de la República de Colombia. Bogotá.

Godofroy, T y PL (2005), *El capitalismo clandestino, la obscena realidad de los paraísos fiscales*. España: Editorial Paidos Ibérica.

Obermayer, B y F (2016), *Los Papeles de Panamá, el club mundial de los evasores de impuestos.* España: Editorial Península Realidad. Madrid.

Samuelson, P y NW (2010), Macroeconomía, 16° edición, Editorial McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid

Zucman, G (2014*), La riqueza oculta de las naciones, Investigación sobre los paraísos fiscales*, España: Editorial Pasado y Presente. Madrid.

https://www.icij.org/*offshore*/about-project-secrecy-sale

https://www.icij.org/*offshore*/icij-releases-*offshore*-leaks-database-revealing-names-behind-secret-companies-trusts

http://expansion.mx/economia/2017/01/17/mexico-lanza-medida-para-estimular-repatriacion-de-capitales

https://www.un.org/documents/udhr

http://www.justiciafiscal.org/2013/05/america-latina-segunda-region-en-desarrollo-con-mas-evasores-fiscales/

https://elpais.com/economia/2016/02/25/actualidad/1456427800_288955.html