

La Interacción entre las Medidas de Lucha contra el Fraude Fiscal y las de Prevención del Blanqueo de Capitales en los Sistemas Tributarios Modernos

Jose Manuel Calderón Carrero¹

"Hoy en día, es inevitable concluir que la actividad económica y la potestad recaudatoria del Estado se ven afectadas por delitos no domésticos. Así, la existencia de paraísos fiscales puede conllevar beneficios para el sector inversionista, pero puede resultar siendo también la llave de ingreso para delitos de envergadura internacional; en vista de que se puede aprovechar tal falta de regulación e imposición tributaria para lavar o blanquear los activos invertidos. En el presente artículo, el autor, desde la perspectiva europea, realiza un análisis de los esfuerzos unificados de varias organizaciones internacionales para que la persecución del blanqueo de activos sirva también como instrumento esencial de la persecución del fraude fiscal."

Sumario

1. Introducción.

2. La interconexión existente entre las medidas adoptadas frente al Blanqueo de Capitales y las articuladas frente al fraude fiscal internacional y el uso abusivo de los "paraísos fiscales".

3. Avances en la instrumentación de los mecanismos antiblanqueo de capitales al servicio de los intereses de la Administración tributaria.

3.1. Iniciativas desarrolladas en el seno de la OCDE (FATF): la modificación de las 40 recomendaciones antiblanqueo de capitales.

3.2. Avances en la instrumentación de los

mecanismos antiblanqueo de capitales al servicio de los intereses de la Administración tributaria.

3.3. Iniciativas desarrolladas en el marco de la UE: la adopción de la Tercera Directiva Antiblanqueo de Capitales y el acuerdo del ECOFIN de 14 de mayo de 2008.

4. La interrelación existente entre las iniciativas OCDE en materia antiablanqueo de capitales y las referidas a la Competencia Fiscal Perniciosa.

5. La posición de la legislación española en materia de lucha contra el fraude fiscal internacional: el acceso y uso de información obtenida en aplicación de la legislación antiblanqueo de capitales en el ámbito tributario.

¹ Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de La Coruña

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el examen de la interacción existente entre las iniciativas desarrolladas en los últimos tiempos por la OCDE y la UE en materia de blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal. A este respecto, tratamos de exponer la conexión que se está trazando entre tales iniciativas y regulaciones poniendo particular atención a los denominados “paraísos fiscales” o tax havens, en la terminología anglosajona.

Muy en particular, nos referimos a la tendencia dirigida a instrumentalizar los mecanismos antiblanqueo de capitales al servicio del “interés fiscal” de los Estados, y cómo tal tendencia se está implementando de forma efectiva con consecuencias prácticas de primera magnitud para la efectiva aplicación del sistema tributario. Así, la inclusión del delito de defraudación tributaria como delito predicado del delito de blanqueo de capitales, así como el acceso de la Administración Tributaria a la información obtenida en aplicación de la legislación antiblanqueo de capitales están teniendo resultados muy positivos en la lucha contra el fraude fiscal. Por ejemplo, se ha constatado como esta interrelación está permitiendo detectar determinadas operaciones de fraude fiscal (por ejemplo, tramas de fraude carrusel en el IVA) que de otro modo podrían pasar inadvertidas en el momento en que se llevan a cabo. La cuestión más conflictiva en este contexto resulta determinar en qué medida la instrumentalización fiscal de los mecanismos antiblanqueo de capitales puede influir negativamente en el buen funcionamiento y efectividad de los mismos. En este sentido, algún comentarista (Noseda)² ya ha observado a este respecto, no sin cierta ironía, que la referida tendencia a instrumentalizar la legislación antiblanqueo al servicio del “interés fiscal” de los Estados está provocando efectos tan llamativos como convertir los problemas de los clientes (el fraude fiscal) en los problemas de los asesores fiscales (blanqueo de capitales).

El trabajo finaliza con una referencia a los mecanismos con los que cuenta la Administración Tributaria española a efectos de prevenir y luchar contra el fraude fiscal en operaciones internacionales. A este respecto, también analizamos las posibilidades que brinda el Art. 94,4 Ley General Tributaria (LGT) en relación con el acceso y uso en el ámbito tributario de la información obtenida por las autoridades antiblanqueo de capitales.

Otra de las conclusiones que cabe extraer de este

trabajo, y que ya adelantamos aquí, reside en observar cómo en esta nueva era del Derecho Global, el *Soft-Law* emanado de determinadas organizaciones internacionales (v.gr, la OCDE) tiende a expandirse a nivel mundial y deslizarse silenciosamente en los ordenamientos nacionales convirtiéndose en *Hard-Law* a través de mecanismos distintos de los utilizados tradicionalmente (el fenómeno denominado como backdoor legislation por Rose y Page)³.

2. La Interconexión Existente entre las Medidas Adoptadas Frente al Blanqueo de Capitales y las Articuladas Frente al Fraude Fiscal Internacional y el Uso Abusivo de los “Paraísos Fiscales”

Actualmente, puede afirmarse que existe una tendencia dirigida a instrumentalizar en cierta medida los mecanismos articulados frente al blanqueo de capitales para combatir delitos tributarios. Tal tendencia se deduce de las últimas iniciativas desarrolladas por la OCDE y la UE en materia de blanqueo de capitales⁴. Las razones que podrían haber conducido a adoptar esta interrelación podrían ser las siguientes.

En primer lugar, existen evidencias en el sentido de que las operaciones de fraude fiscal a gran escala utilizan los mismos canales, mecanismos y técnicas que se utilizan para el blanqueo de capitales⁵. El uso de montajes artificiales y de centros financieros *offshore* constituye un elemento común al blanqueo de capitales y al fraude fiscal internacional. De hecho, algún autor (Picciotto 1999)⁶ ha afirmado que la funcionalidad originaria de los centros financieros *offshore* (paraísos fiscales) dirigida a facilitar determinadas actividades financieras en un marco desregulado (v.gr, sin control de cambios) y el fraude fiscal internacional de las grandes fortunas, se desvirtuó cuando estos centros financieros comenzaron a servir de refugio financiero a actividades ilícitas (v.gr, tráfico de estupefacientes, etc). En este sentido, debe destacarse que buena parte de la información que la normativa antiblanqueo exige (v.gr, sobre beneficiario efectivo de sociedades, fundaciones, trusts, cuentas bancarias, activos financieros) resulta coincidente con el tipo de datos requeridos en el ámbito estrictamente impositivo a los efectos de la lucha contra el fraude fiscal internacional.

En segundo lugar, el importante grado de desarrollo, implementación y supervisión (internacional) que han tenido los mecanismos anti-blanqueo, tanto por parte de todos los países de la OCDE como por parte de algunos de los tradicionales “centros financieros *offshore*” o “paraísos fiscales” (v.gr.,

2 NOSEDA, F., “EU Mutual Assistance in Criminal Matters and the adoption of the Third Money Laundering Directive –traps for the unscrupulous”, *British Tax Review*, nº5, 2005, pp.456 y ss.

3 ROSE/PAGE, *Lawmaking through the Backdoor*, European Policy Forum, London, 2001.

4 Véanse sobre esta cuestión los trabajos de ZAGARIS, B., “Coordinated Information-sharing and Money Laundering activities”, en 2000 World Tax Conference Report, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000, pp.32:1; y “Initiatives by OECD, Financial Action Task Force on Money Laundering at critical junctures”, *Tax Notes International*, vol.22, nº25, 2001, pp.3087 y ss.

5 Véase el informe de la ONU, *Financial Havens, Banking Secrecy and Money-Laundering*, ONU, New York, 1998.

6 PICCIOTTO, “The State as a Legal Fiction”, *Offshore Finance Centres and Tax Havens*, McMillan Press, London, 1999.

Bahamas, Islas Cayman), ha favorecido especialmente el establecimiento de una mayor interconexión entre medidas antiblanqueo y medidas antifraude fiscal. Téngase en cuenta a este respecto que a través de las medidas y procedimientos antiablanqueo se logra penetrar en ámbitos tradicionalmente opacos como es el acceso a información bancaria o datos obtenidos en el ejercicio de determinadas profesiones. En este orden de cosas, debe destacarse cómo la gran ofensiva lanzada tras el 11 de Septiembre en EE.UU y a nivel mundial frente a los "centros financieros offshore" como potenciales canales empleados en la financiación del terrorismo internacional y la delincuencia organizada posee gran importancia a la hora de explicar esta tendencia consistente en un mayor control y supervisión internacional de estos "centros financieros offshore" (paraísos fiscales incluidos)⁷.

"(...) las operaciones de fraude fiscal a gran escala utilizan los mismos canales, mecanismos y técnicas que se utilizan para el blanqueo de capitales. El uso de montajes artificiales y de centros financieros offshore constituye un elemento común al blanqueo de capitales y al fraude fiscal internacional."

La necesidad de evitar que estos centros financieros offshore puedan estar involucrados en operaciones de financiación del terrorismo internacional ha llevado a intensificar cualitativa y cuantitativamente los niveles de exigencia en materia de blanqueo de capitales. De esta forma, el importante desarrollo material experimentado en los últimos años por la regulación antiblanqueo articulada a nivel OCDE (Financial Action Task Force: FATF/GAFI) y UE (Directivas Antiblanqueo 2001 y 2003) ampliando su ámbito de aplicación y operativo (horizontalización de las medidas antiblanqueo) se ha querido instrumentalizar igualmente al servicio de intereses fiscales debido fundamentalmente a que la OCDE y la UE lograron a través de las medidas antiblanqueo de capitales articuladas en un tiempo record al albur de una determinada coyuntura geopolítica aquello que las administraciones tributarias no han conseguido en décadas, a saber: tener acceso a información sobre el beneficiario efectivo de entidades y de cuentas bancarias en el marco de operaciones sospechosas de conducta ilícita, con independencia de si se trata de un país "ortodoxo", o un "centro financiero offshore" o "paraíso fiscal".

Posiblemente, uno de los principales puntos de

inflexión de todo este proceso de instrumentalización de las medidas antiblanqueo al servicio del "interés fiscal" fue el acuerdo del G-7 de 8 de mayo de 1998. Los objetivos del acuerdo alcanzado por los países integrantes del G-7 el 8 de mayo de 1998, se resumen en los siguientes puntos:

a) La supresión de la "tax excuse/tax loophole" en relación con las obligaciones de comunicación de operaciones sospechosas que deben notificar determinados colectivos (v.gr. entidades financieras): con ello se pretende asegurar que las obligaciones de comunicación que recaen sobre algunos colectivos (v.gr., entidades financieras, intermediarios financieros y en operaciones inmobiliarias, etc.) que están obligados a revelar a las "autoridades reguladoras" las operaciones sospechosas de constituir o estar conectadas con determinadas actividades delictivas (los denominados "delitos predicado" del blanqueo de capitales) continúan siendo operativas incluso donde se considerara que la operación sospechosa o la actividad delictiva subyacente podrían caer dentro del tipo de un delito de naturaleza tributaria. La existencia de tal "excusa fiscal" en la práctica tenía un impacto muy negativo en el buen funcionamiento de los mecanismos antiblanqueo al usarse como cláusula de estilo para evitar comunicar información sobre determinadas operaciones (Burrell). Como veremos más adelante, este objetivo ha sido ejecutado por el FATF OCDE en su recomendación nº15 y por la propia UE a través de su Directiva 2005/60/CE.

b) La ampliación del acceso a la información antiblanqueo por parte de las autoridades fiscales: con ello se pretende permitir que las autoridades competentes en materia de prevención del blanqueo de capitales puedan, con la máxima amplitud posible, comunicar información a sus autoridades fiscales al objeto de permitir o facilitar la investigación de delitos tributarios. Tal acceso ya estaba permitido, con carácter excepcional, por el Art.6 de la Directiva 91/308, de prevención del blanqueo de capitales, de suerte que la Directiva 2005/60/CE parece haber ampliado tal acceso.

c) La posibilidad de intercambio de información antiblanqueo a autoridades fiscales extranjeras: a través de esta medida se persigue articular cauces al objeto de que la información a la que han accedido las autoridades fiscales de un Estado a través de la colaboración de las autoridades antiblanqueo pueda ser intercambiada o transmitida a autoridades fiscales de otro Estado.

Ciertamente, el alcance o impacto que posee la efectiva ejecución de estos tres objetivos en materia fiscal no puede calificarse de otro modo que "extraordinario" o incluso "mágico", toda vez que con ello se logra una transformación de un mecanismo de prevención de blanqueo de determinadas operaciones ilícitas

7 Vid: SHARP/HARRISON/HARTY, "Post-11 September use of Offshore Tax Havens: the dos and don'ts", Tax Notes International, vol.26, nº3, 2002, pp.351 y ss.

(fundamentalmente, tráfico de estupefacientes) en un mecanismo al servicio de la prevención de la comisión de delitos tributarios (y de todo delito grave).

Nótese que tal circunstancia comprende los delitos cometidos en relación con los impuestos devengados en otros países, de manera que la norma es extraterritorial también a efectos fiscales. Y ello con el importante añadido de que las autoridades fiscales nacionales puedan acceder, directa o indirectamente, a los registros o bases de datos de operaciones sospechosas de blanqueo de capitales, con independencia de si tal información se ha obtenido por las autoridades antiblanqueo nacionales o extranjeras. También se prevé lógicamente que tal información pueda ser transmitida a autoridades fiscales extranjeras afectadas por la misma. Todo ello termina construyendo un sistema complementario para la lucha contra el fraude fiscal internacional a través de un mecanismo concebido originariamente para una finalidad distinta: la prevención del blanqueo de capitales procedentes de determinado tipo de delitos (que no incluían los crímenes tributarios).

Las razones que condujeron a este salto cualitativo en la configuración de los mecanismos antiblanqueo de capitales no son claras. Es más, nos inclinamos a pensar que no fueron únicamente razones de tipo "fiscal", las que fundamentaron tal cambio. Así, en el informe anual de 2000-2001 del FATF encontramos una referencia a las motivaciones que condujeron a la eliminación de la denominada "fiscal excuse". En particular, se afirma que tal decisión se tomó en el marco del diálogo entre el FATF y el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (CFA, en adelante), con el objetivo de cooperar a los siguientes efectos:

- a) Garantizar que las obligaciones de comunicación de operaciones sospechosas no fueran bordeadas o evitadas por el uso de la denominada "excusa fiscal", esto es, alegando que la operación tenía como finalidad una operación de fraude fiscal pero no ilícita en los términos de la normativa antiblanqueo (tradicionalmente los delitos predicado del blanqueo no comprendían el delito fiscal); y
- b) Permitir, en la mayor medida posible, intercambiar información entre las autoridades antiblanqueo y las autoridades fiscales sin poner en peligro la efectividad de los mecanismos antiblanqueo de capitales⁸.

Así las cosas, lo cierto es que, además de las razones que antes comentamos, una de las principales motivaciones que ha fundamentado esta instrumentalización de los

mecanismos antiblanqueo de capitales al servicio del "interés fiscal" de los Estados radica precisamente en lograr mayores cotas de "justicia fiscal" de los sistemas tributarios de los países miembros de la OCDE: esto es, poner coto a una línea de pensamiento que venía criticando la falta coherencia del sistema tributario al permitir la existencia de "dos tipos de reglas fiscales" dependiendo del nivel de riqueza del contribuyente, de suerte que el contribuyente pudiente tendría a su alcance mecanismos que le permitirían escapar al pago de los impuestos de su país de residencia⁹. No hay duda de que la iniciativa puesta en marcha por la OCDE combinando la instrumentalización de los mecanismos antiblanqueo con fin antifraude fiscal (FATF) con el proyecto de Competencia Fiscal Perniciosa (CFA) constituyen dos grandes ejes de la lucha frente al fraude fiscal internacional que contribuyen a dotar de mayor consistencia interna a la estructura de los sistemas tributarios de los países OCDE.

La referida tendencia dirigida a lograr una mayor interacción entre los mecanismos de blanqueo de capitales y los mecanismos antifraude fiscal no ha dejado de desarrollarse a través de diferentes medidas adoptadas en el marco OCDE (FATF-CFA) y la UE, las cuales serán esbozadas a continuación. No obstante, antes de proceder a ello nos interesa destacar la reflexión realizada por algún comentarista británico (Noseda 2005)¹⁰ y que ya adelantamos antes, en el sentido de que la referida tendencia está provocando efectos llamativos; en particular, este autor apunta cómo la Tercera Directiva Antiblanqueo de Capitales (la Directiva 2005/60/CE) articula un singular mecanismo para erradicar el fraude fiscal consistente en poner a los asesores fiscales en contra de sus clientes, lo cual se lleva a cabo haciendo que los problemas de los clientes (el fraude fiscal) sean los problemas de los asesores fiscales (blanqueo de capitales). Al parecer, tal modelo sigue el adoptado en el Reino Unido en el año 2002 a través de su *Proceeds of Crime Act 2002*, aunque no puede dejar de destacarse que tal mecanismo comparte enfoque de política legislativa con otros como la regulación de los denominados "tax shelters" en EE.UU y el Reino Unido, y con el propio informe OCDE sobre Intermediarios (2007-2008)¹¹.

Por último, las conexiones que se han trazado entre la crisis financiera global (2009) y los "paraísos fiscales" (tax havens), considerando la desregulación financiera y mercantil, opacidad y baja tributación de estos países o territorios, ha conducido a determinadas instituciones (G-20)¹² y organizaciones internacionales (OCDE)¹³

8 FATF Annual Report 2000-2001, para.89.

9 PICCIOTO, "The State as a Legal Fiction", *Offshore Finance Centres and Tax Havens*, op. cit.

10 NOSEDA, F., "EU Mutual Assistance in Criminal Matters and the adoption of the Third Money Laundering Directive –traps for the unscrupulous", op. cit. pp.456 y ss.

11 Vid. en torno a estos mecanismos: BOYLE, M., "Cross-Border Tax Arbitrage—Policy Choices and Political Motivations", *British Tax Review*, nº5, 2005, pp.527 y ss.; WEST, Ph, "Abuse Rules and Policy: Coherence or Tower of Babel", *Tax Notes International*, vol.49, nº13, 2008, pp.1161 y ss.; y WHITE, P., "Tax Scheme Disclosure and Registration Rules", DFI, March/April, 2005, pp.90 y ss.

12 Véase el Comunicado del G-20 de 2 de abril de 2009, London Summit—Leader's Statement 2 April, 2009, el apartado Strengthening financial supervision and regulation, para.15.

y ONU) y entes supranacionales (UE) a reactivar sus iniciativas dirigidas a exigir la implementación efectiva de los principios internacionales de transparencia e intercambio de información en materia tributaria por parte de estos países no-cooperativos, de suerte que estos principios de transparencia mercantil (que obligan a establecer normas que permitan determinar la titularidad de cuentas bancarias, productos financieros, titularidad y contabilidad de entidades y sus administradores) tienen gran incidencia y coinciden en gran medida con los principios internacionales frente al blanqueo de capitales, de forma que la exigencia de unos termina contribuyendo en el cumplimiento de los otros y viceversa.

3. Avances en la Instrumentación de los Mecanismos Antiblancqueo de Capitales al Servicio de los Intereses de la Administración Tributaria.

3.1. Iniciativas Desarrolladas en el Seno de la OCDE (FATF): la Modificación de las 40 Recomendaciones Antiblancqueo de Capitales

El FATF, autoridad integrada en la OCDE que viene estableciendo los estándares internacionales en materia de prevención de blanqueo de capitales, ha actualizado en varias ocasiones en los últimos tiempos (1996 y 1999) sus "40 recomendaciones antiblanqueo" con el objeto de entrelazar los mecanismos antiblanqueo con los instrumentos de lucha contra el fraude fiscal internacional a gran escala. Los aspectos de la actividad del FATF que resultan más significativos a estos efectos son los siguientes:

a) Confirmación de la supresión de la "tax excuse": la supresión de la antes referida "excusa fiscal" ha sido consagrada en la Recomendación nº15 del FATF.

La recomendación 15 establece: *"If financial institutions suspect that funds stem from a criminal activity, they should be required to report promptly their suspicions to the competent authorities"*.

Y la nota interpretativa adoptada por el FATF el 2 de julio de 1999 establece: *"In implementing Recommendation 15, suspicious transactions should be reported by financial institutions regardless of whether they are also thought to involve tax matters. Countries should take into account that, in order to deter financial institutions from reporting a suspicious transaction, money launderers may seek to state inter alia that their transactions relate to tax matters"*.

b) Ampliación de los delitos que constituyen el predicado del blanqueo de capitales: originariamente los mecanismos antiblanqueo se concibieron para

combatir los delitos de narcotráfico, tráfico de armas y delincuencia organizada; por ello, toda operación económica o financiera que se sospechara pudiera tener origen o alguna conexión con tales actividades delictivas debía ser comunicada a las autoridades reguladoras por parte de las personas o colectivos obligados a aplicar la normativa antiblanqueo. No obstante, a partir de 1996 el FATF decidió ampliar el ámbito de los delitos predicado del blanqueo extendiéndolo a delitos no relacionados con el tráfico de drogas al considerarse que también constituyen una importante y creciente fuente ilegal de riqueza que entra en el sistema o canales financieros legales o legítimos. En este sentido, la actual Recomendación nº4 del FATF "sugiere" a los países miembros de la OCDE que modifiquen su legislación a los efectos de que la definición de blanqueo comprenda a todos los "delitos graves". Existe un cierto consenso internacional a la hora de considerar que los "delitos contra la Hacienda Pública" son delitos graves que deben formar parte del predicado del blanqueo de capitales; así, de seguirse la recomendación del FATF los típicos mecanismos antiblanqueo operarían simultáneamente como instrumento en la lucha contra el "fraude fiscal" a gran escala.

Piénsese, en este sentido en las ventajas que para la lucha contra el fraude fiscal resultarían de que las obligaciones de comunicación de operaciones sospechosas de "blanqueo" que recaen sobre determinados colectivos (entidades financieras, intermediarios en operaciones inmobiliarias, asesores fiscales, contables, abogados, notarios, etc.) operaran para advertir a las autoridades competentes de la posible comisión de un "delito fiscal" frente a la Hacienda Pública nacional o extranjera. Sería la forma de conseguir, indirectamente, la flexibilización del "secreto bancario" al objeto de tutelar los intereses de la Hacienda Pública.

La Directiva 91/308 de prevención del Blanqueo de capitales no consagraba tal ampliación de los delitos predicado del Blanqueo, ni tampoco la propuesta de modificación presentada por la Comisión en 1999¹⁴; sin embargo, la posición común del Consejo de noviembre de 2000¹⁵, en torno a tal propuesta se inclinó a favor de su extensión a todo "delito grave" en línea con la Recomendación nº4 del FATF.

Finalmente, la Directiva 2005/60/CE, de medidas antiblanqueo de capitales ha seguido la posición OCDE-FATF incluyendo en su ámbito de aplicación (como delitos predicado) los "delitos graves" que incluirán, como mínimo: "a) (...); f) todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a

13 Véanse los siguientes comunicados de la OCDE (todos ellos en su web site: www.oecd.org): OECD, "Following G20 OECD delivers on tax pledge", 2/4/2009; "Improved tax cooperation a boost to restoring financial confidence", 15/03/2009; "Improve tax fairness and help the developing world", 24/4/2009; "A progress report on the Jurisdictions surveyed by the OECD Global Forum in Implementing the Internationally Agreed Standard" (contiene la lista blanca, gris y negra de países cooperativos no cooperativos en materia de transparencia e intercambio de información), 2/4/2009.

14 COM(1999)352 final.

15 COM(2001)012 final.

un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses”¹⁶.

c) Ampliación de las obligaciones de identificación de clientes de entidades financieras: el FATF también ha ampliado el catálogo de obligaciones de identificación de clientes que son exigibles a las entidades financieras. En particular, se ha insistido en la intensificación de dos deberes, a saber: a) el deber de identificar el beneficiario efectivo de toda operación bancaria o producto bancario; y b) el deber de confirmar la realidad de los beneficiarios efectivos personas jurídicas: comprobar su escritura de constitución, identificar los principales socios y administradores, así como comprobar la “sustancia económica” de la entidad (*Gatekeepers initiative*).¹⁷ Toda esta información que las entidades financieras están “obligadas” a conservar puede resultar muy útil a efectos fiscales, de manera que el acceso por las autoridades fiscales a la información en poder de las autoridades antiblanqueo posee una relevancia de primer orden.

3.2. Avances en la Instrumentación de los Mecanismos Antiblanqueo de Capitales al servicio de los Intereses de la Administración Tributaria

Los avances que hasta la fecha se han producido para instrumentar los mecanismos antiblanqueo a los efectos de la lucha contra el fraude fiscal a gran escala son todavía muy incipientes y caminan en la dirección trazada por el G-7 y el FATF. Tales avances se han manifestado a través de dos líneas de actuación, a saber:

- a) Ampliando la definición de blanqueo de capitales a los efectos de incluir los delitos contra la Hacienda Pública, esto es, que el delito fiscal constituya “delito predicado” del blanqueo de capitales; y
- b) ampliando el acceso de las autoridades fiscales a la información obtenida por las autoridades antiblanqueo.

En relación con la primera línea de actuación, la OCDE¹⁸ ha puesto de relieve que la mitad de los países miembros de la OCDE tienen en vigor legislaciones antiblanqueo que comprenden el fraude fiscal u otros delitos de tipo tributario. No obstante, en algunos casos (Australia, Canadá, Japón, Corea, Nueva Zelanda, Suiza y EE.UU) la legislación antiblanqueo solo cubre indirectamente el fraude fiscal y otros delitos tributarios; así, ello acontece cuando el fraude fiscal es cometido como parte de otro delito predicado del blanqueo como fraude, falsedad documental, o

conspiración para cometer un delito. En otros países, todos aquellos delitos que se consideran graves en función del número de años de la pena de privación de libertad se consideran delitos predicado del blanqueo; este es el caso de los Estados miembros de la UE, tras la adopción de la Directiva 2005/60/CE en materia de blanqueo de capitales. En este sentido, téngase en cuenta que todos aquellos montajes que puedan ser considerados abusivos (evasión/illegitimate avoidance) pero no constitutivos de fraude en sentido estricto podrían quedar extramuros del ámbito de aplicación del delito de fiscal como delito predicado del delito de blanqueo de capitales. En aquellos países, como Bélgica, donde el delito de defraudación tributaria constituye delito predicado del delito de blanqueo de capitales y la “Unidades de Información Financiera” (Financial Intelligence Unit, FIUs) han sido dotadas de medios adecuados se ha constatado la eficacia de esta instrumentación para detectar delitos fiscales en operaciones de difícil control y descubrimiento como los denominados “fraudes carrusel” en el IVA y en impuestos especiales¹⁹.

Por lo que atañe a la segunda cuestión, lo cierto es que actualmente existe un cierto número de países que han modificado su ordenamiento al objeto de que sus autoridades fiscales tengan un mayor acceso a la información en poder de las autoridades antiblanqueo. Ciertamente, el grado de acceso permitido varía de un país a otro. Así, cabe poner de relieve varios niveles de acceso:

- a) Países cuyas autoridades fiscales tienen acceso directo a las bases de datos de operaciones sospechosas de blanqueo (por ejemplo, EE.UU. y Australia).
- b) Países, como el Reino Unido, que tienen acceso indirecto a la información antiblanqueo por medio de miembros de la administración tributaria destinados al National Crime Intelligence Service (Unidad de Información Financiera o FIU, responsable de la coordinación de la ejecución de la normativa antiblanqueo). Estas autoridades fiscales tienen acceso a la información antiblanqueo y evalúan qué datos deben remitirse a la Administración Tributaria para su uso con fines fiscales.
- c) Países cuyas autoridades pueden acceder a información antiblanqueo previo requerimiento o espontáneamente (por ejemplo, EE.UU., el Reino Unido, Canadá, Brasil, los Países Bajos, Dinamarca, China, Hong-Kong, Nueva Zelanda, España (ex art.94.4 LGT), Eslovaquia, entre otros).
- d) En un buen número de países miembros de la OCDE las autoridades fiscales pueden tener acceso indirecto a los informes sobre operaciones sospechosas de blanqueo de capitales. Ello acontece,

16 Art.3.5f) de la Directiva 2005/60/CE.

17 Vid.: ZAGARIS, B., “The Gatekeepers initiative: an emerging challenge for international advisers”, *Tax Notes International*, vol.22, nº19, 2001, pp.2293 y ss.

18 OECD, *Access for Tax Authorities to Information Gathered by Anti-Money Laundering Authorities*, Country Practices, Paris, 2002.

por ejemplo, en Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Finlandia, Alemania, Grecia, Italia, Corea del Sur, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, España, Eslovaquia, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido. No obstante, en algunos casos tal acceso está sometido a estrictas condiciones, o solo puede lograrse a través de un procedimiento judicial o una autoridad con poderes especiales.

e) Existe un cierto número de países donde las autoridades fiscales no tiene acceso directo a los informes sobre operaciones sospechosas en materia antiblanqueo, incluso en países que incluyen el delito fiscal como delito predicado del blanqueo de capitales. En estos países acontece, además, que la legislación antiblanqueo establece que la información obtenida en aplicación de la misma solo puede usarse a efectos de la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales (v.gr, Austria, Luxemburgo, Grecia, Islandia, Irlanda).

En todos los casos donde las autoridades fiscales pueden acceder a la información sobre operaciones sospechosas de blanqueo de capitales, tal acceso resulta igualmente posible en relación con la información recabada por las autoridades antiblanqueo en el marco de una investigación específica. Asimismo, en todos estos supuestos existe una base legal que regula tal acceso, así como las condiciones de confidencialidad y uso a efectos fiscales de tal información. A este respecto, debe observarse que a información antiblanqueo recibida por las autoridades fiscales de las autoridades antiblanqueo, con carácter general, puede ser objeto de un intercambio de información fiscal con arreglo a lo previsto en los convenios de doble imposición.

En algunos casos, tal transmisión requiere la previa autorización de las autoridades antiblanqueo. No obstante, existe un cierto número de países cuyas autoridades fiscales no tienen acceso a este tipo de información y, por tanto, no pueden transmitirla en el marco de un convenio de doble imposición. Ciertamente, sería muy dudoso que un Estado contratante pudiera negarse a intercambiar la información obtenida en aplicación de la legislación antiablanqueo a la que puede acceder su administración tributaria con arreglo a su legislación nacional, toda vez que el art.26 del Modelo de Convenio de la OCDE (2005-2008) no contempla este supuesto entre los denominados "intercambios de información discretionales"²⁰. No obstante, la aplicación de las cláusulas que permiten rechazar una solicitud de intercambio de información de acuerdo con un convenio de doble imposición por parte de las autoridades del Estado requerido, dependerá en buena

de medida de cómo se haya regulado el acceso a la información antiblanqueo por parte de las autoridades fiscales, así como de la propia configuración de la cláusula convencional de intercambio de información. Sin embargo, la información intercambiada en aplicación de un convenio de doble imposición, como regla, no puede ser transmitida a las autoridades antiblanqueo ni usada para tales fines, en la medida en que la denominada cláusula de "secreto tributario internacional" excluye tal acceso y uso para fines no fiscales²¹. Ahora bien, debe ponerse de relieve que empiezan a existir convenios de doble imposición —como los firmados entre España y el Salvador y Jamaica— donde se ha modificado el art.26.2 MC OCDE con el objeto de permitir el uso de la información intercambiada para combatir el blanqueo de capitales, lo cual constituye otra muestra de la tendencia que venimos apuntando dirigida a entrelazar mecanismos fiscales y antiblanqueo de capitales.

(...) "La información antiblanqueo recibida por las autoridades fiscales de las autoridades antiblanqueo, con carácter general, puede ser objeto de un intercambio de información fiscal con arreglo a lo previsto en los convenios de doble imposición."

A pesar de estas grandes diferencias en el nivel de acceso a la información antiblanqueo, no puede desconocerse que la tendencia es hacia la ampliación del acceso de las autoridades fiscales a este tipo de información, así como a mejorar los canales para que tenga lugar tal acceso, toda vez que la práctica viene demostrando la gran utilidad que para la Administración Tributaria posee esta colaboración con las autoridades antiblanqueo.

Ahora bien, lo que no resulta tan claro es si tal acceso se va a limitar restringiendo el uso de la información así obtenida a los exclusivos efectos de la persecución de delitos tributarios o, por el contrario, no se impondrán tales limitaciones de manera que el acceso y el uso será a efectos fiscales en sentido amplio. Algunos países pretenden, precisamente, maximizar esta instrumentación de los mecanismos antiblanqueo, de manera que tales mecanismos no sólo operen articulando una mayor colaboración en la persecución de delitos contra la Hacienda Pública (nacional o extranjera), sino superando tal umbral penal a los efectos de la exacción de los impuestos que integran el sistema tributario. No se puede olvidar que las autoridades fiscales están muy interesadas en

19 Vid.: SPREUTELS/GRIJSEELS, "Interaction between money laundering and tax evasion", EC Tax Review, vol.10, nº1, 2001, pp.3 y ss.

20 Vid.: CALDERON CARRERO 2008, "La cláusula de intercambio de información prevista en los convenios de doble imposición", en Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE, Ciss, Valencia, 2008.

21 Art.26.2 MC OCDE 2008. Vid.: CALDERON CARRERO 2008, "La cláusula de intercambio de información prevista en los convenios de doble imposición", en Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE, Ciss, Valencia, 2008.

acceder, por ejemplo, a bases de datos de operaciones sospechosas de blanqueo en la medida en que tal información puede revelar fuentes de riqueza obtenidas legal o ilegalmente y que están sujetas a tributación.

Con todo, por el momento parece que las iniciativas más realistas se centran en conseguir que los mecanismos antiblanqueo operen al servicio de la persecución de delitos tributarios o de casos de "fraude fiscal grave" de impuestos nacionales y extranjeros. Ello ha ocurrido especialmente donde se ha ampliado la noción de blanqueo de capitales de forma que los mecanismos antiblanqueo operan en relación con la comisión de delitos tributarios. Así, en el Reino Unido (y, en menor medida en EE.UU.) las entidades financieras deben comunicar a sus autoridades antiblanqueo toda operación sospechosa de incurrir en delito fiscal o fraude fiscal grave de impuestos nacionales y extranjeros. Al mismo tiempo, las autoridades antiblanqueo deben comunicar tales operaciones sospechosas a las autoridades fiscales competentes a efectos de que intercambien tal información a las autoridades extranjeras competentes.

Existen, sin embargo, todavía muchas barreras y obstáculos para que una autoridad antiblanqueo colabore con una autoridad fiscal del mismo país, al objeto de que ésta pueda intercambiar la información a otra autoridad fiscal extranjera. Y también existe mucha resistencia de los colectivos sobre los que recaen la obligaciones antiblanqueo a la hora de aceptar la instrumentación de estos mecanismos al servicio de los intereses de la Hacienda Pública nacional, y mucho más cuando se tratara de fraude fiscal a una Hacienda extranjera. Tal resistencia no debe subestimarse en modo alguno, por cuanto la efectividad y el éxito de los mecanismos antiblanqueo (vgr., la comunicación de operaciones sospechosas) depende en buena medida de la colaboración "voluntaria" de determinados colectivos (las entidades financieras, especialmente).

En este mismo sentido, no debe perderse de vista tampoco que algunos países han articulado una política de estricta compartimentalización de datos entre las autoridades antiblanqueo y las autoridades fiscales, de suerte que estas últimas no tienen acceso a la información obtenida o accesible como consecuencia de la aplicación de la legislación antiblanqueo de capitales; ello acontece en un cierto número de países, como, por ejemplo, en Austria y Luxemburgo. La "estanqueidad" de la información antiblanqueo de capitales no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias en otros países (Francia, Bélgica, Suiza, México, Dinamarca, Canadá, Suecia, Portugal, etc), de manera que las autoridades fiscales pueden llegar a tener acceso a la información antiblanqueo de capitales en determinados casos y sujetos a estrictos procedimientos. En estos países que

siguen este enfoque de "estanqueidad" también es frecuente excluir de facto (y en algún caso de iure) la información antiblanqueo de capitales del ámbito de la información que resulta intercambiable en el marco de un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información.

Con todo, a la vista de la "utilidad" que resulta para la Administración Tributaria esta "colaboración" con las autoridades antiblanqueo, el CFA (Comité de Asuntos Fiscales) y el FATF OCDE parecen haber llegado a un acuerdo en el sentido de seguir trabajando en la mejor forma para que los mecanismos antiblanqueo puedan ser usados en interés de las Administraciones tributarias, sin que ello reduzca la efectividad de tales mecanismos. Probablemente, ésta constituya una línea de trabajo de la que resulten nuevas iniciativas en un futuro próximo.

3.3. Iniciativas Desarrolladas en el Marco de la UE: la Adopción de la Tercera Directiva Antiblanqueo de Capitales, el Acuerdo del ECOFIN de 14 de Mayo de 2008 y la Comunicación de la Comisión UE (2009) sobre Buena Gobernanza en Materia Tributaria

Actualmente, el marco regulatorio de las medidas antiblanqueo de capitales en la UE viene dado por la Directiva 2005/60/CE del Parlamento y el Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Esta Directiva sustituye al anterior régimen antiblanqueo derivado de las Directivas 91/308/CEE y 2001/97/CE.

A los efectos que aquí nos interesa, esto es, la interrelación con la materia tributaria, cabe destacar lo siguiente:

a) La Directiva no recoge la "excusa fiscal", sino que los delitos predicado del blanqueo de capitales son definidos de forma objetiva incluyendo todos aquellos delitos calificados como graves en el sentido de llevar aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses²². En este sentido, lo normal será que el delito de defraudación tributaria quede comprendido como delito predicado del blanqueo de capitales.

b) La Directiva antiblanqueo tiene vocación extraterritorial en el sentido que se considera que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de

²² Arts.1 y 3.5.f) de la Directiva 2005/60/CE.

²³ Art.1.3 de la Directiva 2005/60/CE.

otro Estado miembro o en el de un tercer país²³. En el mismo orden de cosas, la Directiva establece que los Estados miembros deben exigir a las entidades de crédito y financieras sujetas a esta regulación que, cuando proceda, apliquen en sus sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países medidas al menos equivalentes a las recogidas en la Directiva en materia de diligencia debida con respecto al cliente y conservación de documentos.²⁴

c) Las obligaciones que establece la Directiva en materia antiblanqueo de capitales se proyectan sobre un colectivo muy amplio que supera el tradicional referido a las entidades financieras. Así, junto a las entidades financieras y de crédito, están obligados a cumplir los deberes de información y conservación de documentación establecidos por la Directiva determinadas personas físicas y jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión: auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios y otros profesionales independientes del Derecho (cuando participen en determinado tipo de operaciones), los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos, los agentes de la propiedad inmobiliaria, los casinos, entre otros.²⁵

d) La Tercera Directiva Antiblanqueo de capitales no recoge la cláusula de confidencialidad prevista en el Art.5 de la Directiva 91/308/CEE que limitaba el uso de la información a los efectos específicos del blanqueo y prevención y lucha contra el terrorismo. A este respecto, entendemos que la nueva Directiva 2005/60/CE en modo alguno excluye que la información obtenida con arreglo a la misma pueda ser revelada a las autoridades fiscales y ser usada a efectos de una regularización tributaria.²⁶

e) La Directiva contempla expresamente el intercambio de información entre Unidades de Información Financiera comunitarias (UIFs/FIUs).²⁷

A la vista de las características de la Tercera Directiva Antiblanqueo, resulta evidente que sus disposiciones se alinean con la posición adoptada en la materia por el FATF de la OCDE. Concretamente, en lo relativo a la cuestión de la interrelación entre las medidas antiblanqueo y las medidas antifraude fiscal nos encontramos ante un progreso significativo dirigido a reforzar la instrumentalización fiscal de las medidas

antiblanqueo en el sentido que antes comentamos. La no incorporación de la "excusa fiscal" unida a la inclusión, como regla, del delito de defraudación tributaria como delito predicado del blanqueo de capitales constituyen buena muestra de tal progreso. No obstante, la Directiva no ha dado el paso definitivo a la hora de establecer el acceso y uso por las autoridades fiscales de la información obtenida por las autoridades antiblanqueo de capitales. A nuestro juicio, tal cuestión no aparece regulada de forma clara en la Tercera Directiva, de suerte que cada Estado miembro podría adoptar una posición distinta en la materia. De esta manera, la Directiva permite que determinados Estados miembros sigan manteniendo "murallas chinas" frente a la administración tributaria en lo que se refiere al acceso y uso de la información obtenida en aplicación de la legislación antiblanqueo de capitales. A este respecto, cabe destacar que la Comisión Europea ha propuesto recientemente ampliar el acceso a la información obtenida en el marco de la aplicación de la legislación antiblanqueo de capitales, de manera que pueda ser usada en la lucha contra el fraude fiscal y contra el fraude los intereses financieros de la Comunidad.²⁸

Por otro lado, el acuerdo adoptado por el ECOFIN, el 14 de mayo de 2008, ---en buena medida reacción al escándalo fiscal referido a las fundaciones privadas de Liechtenstein--- constituye otro hito importante que debe situarse en esta coyuntura dirigida a entrelazar la fiscalidad con los mecanismos antiblanqueo. En concreto, el ECOFIN adoptó un acuerdo en relación con "Asuntos Fiscales en acuerdos con terceros países" en el sentido de que en todo acuerdo que firmara la Comunidad o sus miembros con terceros países se incluyera una cláusula de compromiso de aplicar "Principios de buena gobernanza en materia fiscal", los cuales incluyen los principios de transparencia, intercambio de información, competencia fiscal leal, etc. Particularmente, se insistió en que tal buena gobernanza en materia fiscal no solo constituye un medio esencial para combatir el fraude fiscal transfronterizo, sino también para fortalecer la lucha contra el blanqueo de capitales, la corrupción y la financiación del terrorismo.

En línea con este posicionamiento del ECOFIN de 2008 y con el del G-20 (de 2 de abril de 2009), la Comisión ha adoptado una **Comunicación sobre la promoción**

24 Art.31.1 de la Directiva 2005/60/CE.

25 Art.2. de la Directiva 2005/60/CE. Véase la STJCE de 26 de junio de 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, et alter*, donde se plantea el conflicto entre derechos fundamentales que amparan la confidencialidad de la información recibida por los abogados de sus clientes y las obligaciones de revelación de información establecidas en la Directiva 91/308/CE. El TJCE, a la postre, consideró que las obligaciones de comunicación de información que impone la Directiva no resultan contrarias al art.6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso justo), al situar tales obligaciones de revelación de datos fuera del ámbito de la asistencia y representación en un proceso judicial, así como considerando los casos en los que se excluye tal obligación; en concreto, se puso de relieve cómo las actuaciones dirigidas a la representación y asistencia legal o asesoramiento al cliente en relación con un proceso judicial o cómo evitarlo están excluidas de las obligaciones de información que prevé la Directiva.

26 Véase el art.21.2 de la Directiva 2005/60/CE.

27 Art.38 de la Directiva 2005/60/CE.

28 Commission, Communication on the need to develop a co-ordinated strategy to improve the fight against fiscal fraud, COM(2006)254 final.

29 Comunicación sobre la promoción de la buena gobernanza en materia tributaria (28 Abril de 2009, 2009/2001, IP/09/650). La Comunicación de la Comisión persigue dos grandes objetivos: a) Promover y llevar a cabo acciones concretas para implementar medidas que instrumentalizan la buena gobernanza en materia tributaria en el marco de la UE: transparencia, intercambio de información tributaria (incluida la bancaria) y no competencia fiscal perniciosa. Y b) Promover y llevar a cabo acciones

Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

En otras constituciones, como la española, expresamente se dice que “La Constitución garantiza el principio de (...) la seguridad jurídica (art. 9.3)”.

La seguridad jurídica es explicada por Adam Smith como: “El impuesto que debe pagar cada individuo tiene que ser fijo, y no arbitrario. Todos los detalles: el elemento del pago, la forma del pago, la cantidad a pagar, deben ser claros y patentes para el contribuyente y para cualquier otra persona (...). La certeza de lo que cada individuo debe pagar en cuestión de impuestos es asunto de importancia tal, y lo prueba la experiencia de todas las naciones, que la existencia de un importante grado de desigualdad no es un mal tan grande como la de un grado pequeñísimo de incertidumbre”²⁶.

En la misma línea, Villegas afirma que “la seguridad jurídica en materia tributaria implica certeza pronta y definitiva acerca de la cuantía de la deuda tributaria, así como ausencia de cambios inopinados que impidan calcular con antelación la carga tributaria que va a recaer sobre el mismo. Implica también certidumbre de que no se realizarán alteraciones que vayan para atrás cambiando las expectativas precisas sobre derechos y deberes. También significa que quede interdicta toda arbitrariedad en su tratamiento administrativo y jurisprudencial”²⁷.

No obstante lo anterior, ¿realmente la retroactividad de una ley tributaria viola el principio de seguridad jurídica?

En el ordenamiento jurídico alemán²⁸ se ha resuelto el tema de la legitimidad constitucional de las leyes tributarias retroactivas pues considera que el ciudadano debe poder confiar en que el propio comportamiento de conformidad con el ordenamiento vigente, resulte reconocido por el ordenamiento jurídico con todas sus consecuencias de derecho. Pero el ciudadano ve traicionada su buena fe si el legislador hace derivar de supuestos de hecho ya realizados consecuencias más desfavorables de las que el ciudadano podía prever. Para el ciudadano la defensa del derecho significa sobre todo protección

de la buena fe. Del principio del Estado de Derecho puede derivarse el principio constitucional según el cual las leyes tributarias desfavorables no deben extender su eficacia a presupuestos de hecho ya concluidos, en sentido contrario, como señala Meilicke, ello significa la admisibilidad de normas tributarias retroactivas cuando ese supuesto efecto agravatorio no se produzca²⁹.

“(...) en el caso peruano se admite la eficacia retroactiva de la ley tributaria material fijando como límite la eventual agravación de la posición del contribuyente y el respeto a los principios tributarios sin que ello signifique vulneración de la seguridad jurídica.”

En el ordenamiento comunitario europeo la tradición de una irretroactividad absoluta admite excepcionalmente la retroactividad de la ley cuando el fin que se persigue es aplicar correctamente una cuestión tributaria y no se defrauda la confianza legítima del interesado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Willy Gerekens vs. État du grand-duché de Luxembourg del 15 de julio de 2004 concluyó que “por regla general, el principio de la seguridad de las situaciones jurídicas se opone a que se fije el inicio del período de validez de un acto comunitario en una fecha anterior a su publicación, excepcionalmente puede ocurrir lo contrario, cuando así lo requiera el fin que se persiga y se respete debidamente la confianza legítima de los interesados”³⁰.

También en el caso Diversinte SA et Iberlacte SA/ Administración Aduanas de Junquera, del 01 de abril de 1993, se liga la admisibilidad de la retroactividad al “respeto debido a la confianza legítima del administrado”, además que el propio fin de la norma exija de forma indudable el carácter retroactivo y que tal circunstancia se motive debidamente, de forma que sin este último requisito sería contrario a Derecho³¹.

Analizando tales criterios, nos parece que una normativa nacional que sea aplicable retroactivamente no es contraria al principio de seguridad jurídica cuando lo exige la finalidad que pretenda alcanzarse y se respeta debidamente la legítima confianza de los interesados, es decir si la norma tributaria tiene

26 FLOREZ PACHON, Julio. Ley Tributaria en el tiempo. Tesis Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1986, pág. 139.

27 VILLEGAS, Héctor. “El contenido de la seguridad jurídica”. En: Revista del IPDT, Nro. 26, junio 1994. Pag. 36.

28 Idem. Pag. 110.

29 MEILICKE, H, Steuerrecht, Allgemeiner Teil, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt, Main, 1965, pag. 48. Citado por: GARCIA NOVOA, César. Ob. Cit. pág. 449.

30 GALAN SANCHEZ, Rosa. STJCE 15.7.2004.- Willy Gerekens, Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola, y État du grand-duché de Luxembourg. En: http://www.ief.es/Publicaciones/FiscInternac/Comentarios/2004_15Jul_Galan.pdf

31 Citado por: GARCIA NOVOA, César. Ob. Cit. pág. 446.

se ha llevado a cabo una supervisión de las distintas jurisdicciones a efectos de determinar su grado de observancia de tales "principios".

La consecuencia más inmediata de la inobservancia de tales principios es el "blacklisting", esto es, figurar en una suerte de "lista negra" internacional (OCDE) dirigida a mostrar a la Comunidad internacional tal circunstancia y generar así desconfianza en los inversores a nivel global.

Una ulterior consecuencia de tal "blacklisting" puede consistir en ser objeto de "contramedidas coordinadas" por parte de los países miembros de la OCDE. Tal forma de proceder está alcanzando carta de naturaleza en esta nueva era del Derecho Global, donde el Soft-Law emanado de estas organizaciones internacionales se convierte en Hard-Law a través de mecanismos distintos de los tradicionales (backdoor legislation).³¹

Ya hemos visto cómo los trabajos del FATF en materia antiblanqueo de capitales están teniendo un importante eco en términos de efectiva implementación internacional por parte de países miembros y no miembros de la OCDE. De esta forma, la aplicación de las obligaciones que impone la normativa antiblanqueo en materia de diligencia debida, identificación de titular último de entidades, cuentas bancarias, y activos financieros han alcanzado un nivel muy aceptable en los principales centros financieros, tanto en el caso de centros offshore/paraísos fiscales como en el caso de países miembros de la OCDE y europeos. La instrumentalización fiscal de la legislación antiblanqueo está progresando lentamente, pero ya se aprecian progresos importantes tanto a la hora de incluir el delito fiscal como delito predicado del delito de blanqueo como a la hora de permitir el acceso de las autoridades fiscales a la información sobre operaciones sospechosas de blanqueo de capitales.

Posiblemente, esta última cuestión es la que todavía no ha terminado de cristalizar, debido a sus implicaciones de largo alcance; piénsese, que la articulación de un sistema de "sharing of information" terminaría por derribar las "murrallas chinas" que median entre las autoridades antiblanqueo y las autoridades fiscales (nacionales y extranjeras) y, con ello, levantaría el secreto bancario, mercantil y profesional (flexibilizado a efectos del cumplimiento de normativa antiblanqueo) a efectos fiscales, lo cual permitiría su uso por parte de la Administración tributaria nacional e incluso por parte de las autoridades fiscales de otros países a través de mecanismos de intercambio de información.

El principal problema que puede plantear la articulación de tal sistema de "sharing of information"

radica en los efectos colaterales negativos que puede tener tal movimiento para el buen funcionamiento de los mecanismos antiblanqueo. Esto podría explicar el lento (y silencioso) proceso de instrumentalización de las medidas antiblanqueo al servicio de los intereses del Fisco. Asimismo, tal circunstancia también podría explicar que el CFA de la OCDE haya continuado desarrollando autónomamente sus iniciativas frente al fraude fiscal internacional de forma paralela a este proceso de confluencia e instrumentalización fiscal de la normativa antiblanqueo.

Así, puede afirmarse que el Proyecto de Competencia Fiscal Perniciosa puesto en marcha por la OCDE en 1998, persigue fines tan solo parcialmente coincidentes con los propios del FATF, pero a través de métodos y medios muy similares.³² Así, el Proyecto de Competencia Fiscal Perniciosa, a la postre, no persigue otra cosa que erradicar las principales avenidas al fraude y la evasión fiscal internacional resultantes de la existencia de determinadas jurisdicciones —fundamentalmente los centros financieros offshore/paraísos fiscales— que, de una forma u otra, configuran su ordenamiento de manera que permiten su uso o instrumentación al servicio de operaciones de fraude y elusión fiscal internacional. En último análisis, el Proyecto de Competencia Fiscal Perniciosa requiere a los diferentes países —actualmente no sólo a los centros financieros offshore/paraísos fiscales— que establezcan unos determinados niveles de transparencia e intercambio de información en materia tributaria que permitan a los demás países poner en marcha medidas efectivas de lucha contra el fraude y la evasión de sus impuestos. En este contexto, los estándares de transparencia exigidos coinciden en buena medida con los establecidos en materia antiblanqueo, de suerte que también aquí se establecen obligaciones generales de identificación del titular último de todo tipo de entidades (sociedades, fundaciones, trusts) y de cuentas bancarias y activos financieros (levantamiento del secreto bancario), aunque también se establecen obligaciones en materia de contabilidad empresarial. Desde la perspectiva estrictamente fiscal, toda esta información debe estar a disposición de la administración tributaria y debe poder ser intercambiada a las autoridades fiscales de otro país, con arreglo a lo dispuesto en los instrumentos internacionales al uso en materia de cooperación fiscal internacional.

Los propios informes OCDE 2006 y 2007 sobre prácticas fiscales perniciosas (Tax Cooperation: Towards a Level Playing Field. Assesments Reports by the Global Forum on Taxation), ponen de relieve esta interrelación y ambivalencia de las obligaciones de información y transparencia establecidas por la legislación antiblanqueo de capitales en el ámbito específico

31 ROSE/PAGE, Lawmaking through the Backdoor, op. cit.

32 En torno a este Proyecto OCDE y su interrelación con la legislación española vid. CALDERON CARRERO, "La ley de medidas para la prevención del fraude fiscal: la bifurcación del régimen de paraísos fiscales y sus implicaciones de política fiscal y Derecho Comunitario", en La Lucha contra el Fraude Fiscal. Estrategias Nacionales y Comunitarias, Atelier, Barcelona, 2008.

del proyecto de competencia fiscal perniciosa. Así, por ejemplo, en relación con la identificación de los titulares últimos de acciones al portador (bearer shares) se pone de relieve la incidencia de las Directivas europeas (Segunda y Tercera) en materia anti blanqueo de capitales y de la recomendación nº33 del FATF, en el sentido de que en ambos casos se requiere el establecimiento de mecanismos que permitan determinar la identidad del titular último de este tipo de acciones.

De esta forma, el Global Tax Forum OCDE considera que algunas jurisdicciones cumplen con este requisito de transparencia debido precisamente a lo dispuesto en su legislación anti blanqueo de capitales. La misma apreciación se hace en relación con el establecimiento de mecanismos de transparencia que garanticen la identificación del titular legal (y último) de entidades (y fundaciones y trusts), considerando cómo los últimos desarrollos en materia de regulación anti blanqueo de capitales (v.gr, la segunda y tercera Directiva europea anti blanqueo de capitales) han extendido las obligaciones de identificación de clientes y de conservación de documentación a todo tipo de profesionales involucrados en la constitución y gestión de entidades, como los notarios, auditores, asesores fiscales y abogados.

En este sentido, cabe observar que, a nuestro juicio, el hecho de que desde la perspectiva del Proyecto OCDE de Competencia fiscal perniciosa se tenga en cuenta la legislación anti blanqueo de capitales a efectos de valorar el cumplimiento de los requisitos de transparencia establecidos en el marco de tal proyecto, además de constituir una evidencia más de la interrelación que existe entre la regulación fiscal y la referida al blanqueo de capitales, parece ser indicativa de que el Global Tax Forum y el CFA de la OCDE parten de la base de que la información obtenida en aplicación de la legislación anti blanqueo es accesible por parte de las autoridades fiscales de estos países, cuando menos a los efectos del cumplimiento con un requerimiento de información fiscal solicitado por otro Estado con arreglo a lo dispuesto en un convenio de doble imposición o en un acuerdo de intercambio de información.

No obstante, resulta bastante dudoso que allí donde la legislación interna del Estado requerido no establezca expresamente el acceso de las autoridades fiscales a tal información (obtenida por las FIUs de acuerdo con la legislación anti blanqueo de capitales), ésta pueda y deba ser intercambiada a autoridades fiscales extranjeras sobre la base de lo dispuesto en un tratado

internacional (un convenio de doble imposición o un acuerdo de intercambio de información tributaria que sigan los modelos de convenio de la OCDE). De ahí la importancia que posee llevar hasta sus últimas consecuencias el acuerdo alcanzado entre el FATF y la OCDE dirigido a garantizar el acceso de las autoridades fiscales a la información obtenida en aplicación de la legislación anti blanqueo de capitales.

En todo caso, la interrelación que se está articulando entre la legislación anti blanqueo de capitales y la normativa fiscal, a pesar de los importantes efectos que puede tener en la lucha contra el fraude fiscal, no deja de plantear una serie de cuestiones. Por ejemplo, podría resultar problemático que una legislación como la articulada para la prevención del blanqueo de capitales sea utilizada para fines diferentes para los que ha sido establecida (v.gr, para la lucha contra el fraude fiscal); en este sentido, no cabe excluir que el uso para fines fiscales de la información obtenida en aplicación de protocolos anti blanqueo de capitales pueda terminar erosionando el nivel de cumplimiento de tal normativa anti blanqueo por parte de los colectivos afectados. Por otro lado, pensamos que tal interrelación entre la normativa anti blanqueo y la normativa tributaria debería establecerse expresamente a través de normas con rango legal que delimiten con precisión el ámbito de tal interrelación, particularmente el acceso de las autoridades fiscales a tal información y su uso en procedimientos de regularización tributaria.

A su vez, nos resulta llamativo que no exista un paralelismo más marcado en relación con los países que el FATF considera que no observan los "estándares internacionales" en materia de prevención del blanqueo de capitales y aquellos otros incluidos en la (originaria) "lista negra" de "paraísos fiscales/jurisdicciones fiscales perniciosas" elaborada por la OCDE en el año 2000.³³ Por el contrario, resulta hasta cierto punto paradójico constatar que algunas de estas "jurisdicciones" (paraísos fiscales) han sido evaluadas positivamente en materia anti blanqueo de capitales, en tanto que determinados países de gran peso político e importancia económica vienen "suspendiendo" las evaluaciones en materia de aplicación de los protocolos anti blanqueo de capitales. Ciertamente, este dato hace dudar de la tradicional asimilación o identificación automática entre un "centro financiero offshore/paraíso fiscal" con país o territorio involucrado intensivamente en el blanqueo de capitales, con todo lo que tal quiebra puede conllevar.

33 El 2 de abril de 2009, la OCDE, con motivo de la cumbre del G-20, hizo pública una nueva lista de países atendiendo a su nivel de implementación de los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información. Tal lista aparece clasificada en tres categorías:

a) países que sustancialmente ha implementado los estándares internacionales; b) países/jurisdicciones que se han comprometido con los estándares internacionales pero todavía no lo han implementado sustancialmente (umbral de 12 acuerdos/CDIs con intercambio de información en materia tributaria en línea con estándar OCDE); esta categoría aparece con dos subdivisiones: b1) paraísos fiscales (Andorra, Gibraltar, Islas Cayman, Liechtenstein, Panamá, y un largo etcétera); y b2) otros centros financieros (incluyendo países como Austria, Luxemburgo, Suiza, Bélgica, Chile, Guatemala, Brunei, y Singapur); y c) países que no se han comprometido con los estándares internacionales (Costa Rica, Malasia (Labuan), Filipinas y Uruguay); con posterioridad, estos cuatro países se han comprometido a adoptar los estándares internacionales en la materia y, por tanto, la categoría c) ha quedado vacía de contenido en estos momentos.

5. La Posición de la Legislación Española en Materia de Lucha contra el Fraude Fiscal Internacional: el Acceso y Uso de Información Obtenida en Aplicación de la Legislación Antiblanqueo de Capitales en el Ámbito Tributario

Ciertamente, una de las características propias de la legislación fiscal española es su marcado enfoque antifraude fiscal internacional. En las últimas décadas el legislador español ha ido incorporando a lo largo de las distintas reformas fiscales un conjunto de mecanismos y cláusulas específicamente concebidas para prevenir el fraude fiscal en operaciones internacionales, particularmente a través de países o territorios calificados como paraísos fiscales.

Un hito en esta materia lo constituyó el RD.1080/1991, de 5 de julio, que determina los países o territorios con carácter de paraísos fiscales (vid. Carmona Fernandez y Ferre Navarrete). Desde el momento en que se estableció tal "lista negra" hasta el momento actual, la "batería" de medidas anti-paraísos fiscales y antifraude fiscal internacional no ha hecho sino aumentar (con la excepción de lo previsto en el tan criticado art.4 del Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica). Buena muestra de ello lo aporta la propia ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal, el cual, además de agravar el régimen de medidas anti-paraíso fiscal, articuló dos nuevos regímenes antifraude internacional como son el denominado régimen de países de "nula tributación" y el referido a los países con los que no media "efectivo intercambio de información". En realidad, tal movimiento legislativo termina operando una suerte de "bifurcación" del régimen de medidas anti-paraíso fiscal que puede terminar introduciendo una mayor complejidad a la hora de aplicar el sistema de medidas para prevenir el fraude fiscal internacional.³⁴

En materia de lucha contra el fraude fiscal internacional, también deben mencionarse los instrumentos con los que cuenta la Administración Tributaria española a efectos de obtener información de autoridades fiscales extranjeras. A este respecto, debe destacarse que todos los convenios de doble imposición integrantes de nuestra red convencional establecen la cláusula de intercambio de información en materia tributaria. Igualmente, la Administración tributaria española obtiene información de autoridades fiscales comunitarias a través del mecanismo de asistencia mutua e intercambio de información establecido a través de la Directiva 77/799/CEE. La Directiva 2003/48/CE, en materia de fiscalidad de

los rendimientos del ahorro, también establece una fuente de información transnacional para la administración tributaria española, aunque limitada a la "renta del ahorro" obtenida por residentes en España en Estados miembros de la UE distintos de Austria, Bélgica y Luxemburgo. Los territorios asociados o dependientes de Estados miembros de la UE (v.gr, Islas Vírgenes británicas, Aruba, Guernsey, etc), así como países terceros (Suiza, San Marino, Andorra, Mónaco y Liechtenstein) han firmado convenios con la CE o con España, estableciendo medidas equivalentes a las previstas en la Directiva de Fiscalidad del Ahorro, lo cual conlleva también un cierto nivel de intercambio de información fiscal que varía en cada caso.³⁵

Asimismo, no puede dejar de destacarse que la Ley General Tributaria también contempla una serie de disposiciones que permiten a la administración tributaria española obtener información sobre las operaciones internacionales de los contribuyentes.³⁶ Particular importancia poseen las disposiciones que permiten a la administración tributaria española solicitar a un obligado tributario información con trascendencia tributaria sobre un contribuyente que está siendo objeto de una comprobación tributaria. En este sentido, cabe destacar que estas disposiciones --en concreto el antiguo Art.111, actual Art.93 LGT-- han sido empleadas con éxito para obtener información sobre operaciones bancarias en el extranjero de un contribuyente.³⁷ A estos efectos, téngase igualmente en cuenta lo previsto en el Art.133.3 TRLIS o las obligaciones de documentación de operaciones vinculadas a los efectos de los arts.16 y 17.2 TRLIS.

Por último, en lo que se refiere a la posición de la legislación española en relación con el acceso y uso por parte de la Administración tributaria de la información obtenida por las autoridades antiblanqueo de capitales, puede mantenerse que la legislación española se alinea con aquellas que han maximizado la utilización de la información antiblanqueo de capitales a efectos impositivos (como por ejemplo la legislación de EE.UU, Reino Unido o Australia). Así, el actual Art.94.4 LGT (Ley 58/2003) establece el deber del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de capitales e infracciones monetarias y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del terrorismo, así como la Secretaría de ambas comisiones, de facilitar a la Administración tributaria cuantos datos con trascendencia tributaria obtengan en el ejercicio de sus funciones, de oficio, con carácter general o mediante requerimiento individualizado en los términos que reglamentariamente se establezcan.

34 Sobre esta cuestión, vid.: id. CALDERON CARRERO, "La ley de medidas para la prevención del fraude fiscal: la bifurcación del régimen de paraísos fiscales y sus implicaciones de política fiscal y Derecho Comunitario", en *La Lucha contra el Fraude Fiscal. Estrategias Nacionales y Comunitarias*, op. Cit.

35 Sobre la Directiva de Fiscalidad del Ahorro y los acuerdos CE-terceros países, vid. MARTIN/CALDERON 2008, "La Directiva en materia de Fiscalidad del Ahorro", en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2008, pp.1017 y ss.

36 Véanse, por ejemplo, los arts.29, 93 y 94 de la LGT.

37 Vid la RTEAC de 11 de febrero de 1999, en la que el TEAC cambia de criterio y admite los requerimientos extraterritoriales de información. Sobre esta cuestión vid CALDERON CARRERO (2000b), "A critical approach to the new rules empowering the Spanish tax Administration to seek information located abroad", *Tax Notes International*, June, 2000.

Tal deber de información y colaboración fue incorporado a la antigua LGT de 1963 en el año 2003, añadiéndose al apartado 5º del artículo 112 como consecuencia de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. No obstante, la LGT de 2003 ha introducido algunos cambios en relación con la regulación anterior, dirigidos fundamentalmente a ampliar el ámbito del deber de información, así como a ordenar importantes aspectos que antes carecían de regulación expresa. En concreto, el párrafo final del apartado 4 del art.94 LGT 2003 dispone que “los órganos de las Administración tributaria podrán utilizar la información suministrada para la regularización de la situación tributaria de los obligados en el curso del procedimiento de comprobación o de inspección, sin que sea necesario efectuar el requerimiento al que se refiere el apartado 3 del artículo anterior”. Con esta cláusula de nueva planta se ha clarificado la posibilidad de usar la información obtenida de las autoridades antiblanqueo a efectos de una regularización tributaria.

Nótese igualmente que el Art.94.4 LGT pone en manos de la administración tributaria un potente mecanismo de obtención de información que le permite acceder (por suministro o captación) a determinado tipo de datos que de otro modo podrían resultar de muy difícil acceso a saber: por ejemplo, información contenida en los informes sobre operaciones sospechosas de blanqueo de capitales o en la documentación exigida a determinados colectivos (v.gr. entidades financieras y de crédito, asesores fiscales, notarios, abogados, intermediarios en operaciones inmobiliarias, etc) por los protocolos antiblanqueo de capitales, e incluso información sobre titularidad de activos financieros,

titularidad última de entidades y cuentas bancarias suministrada por autoridades antiblanqueo de capitales extranjeras.³⁸

Resulta dudoso que la Administración Tributaria española pueda requerir información a las autoridades antiblanqueo de capitales sin agotar previamente los restantes mecanismos que tiene a su disposición para obtener la información requerida,³⁹ tal subsidiariedad del requerimiento a las autoridades antiblanqueo de capitales, con arreglo al Art.94.4 LGT, puede ser particularmente necesaria cuando se trata de solicitud de información bancaria, toda vez que la obtención de ésta por la administración tributaria está sujeta a una serie de requisitos formales y límites materiales establecidos por el Art.93.3 LGT y por el propio art.18.1 CE tal y como puso de relieve el TC en la STC 110/1984.

En este sentido, entendemos que sería razonable que el Art.94.4 LGT se interpretara sistemáticamente con el Art.93.3 LGT en lo que se refiere a la necesidad de autorización previa,⁴⁰ así como en lo concerniente a los límites establecidos por nuestro TC en la STC 110/1984 sobre las condiciones en las que resulta constitucional (art.18.1 CE) el acceso a datos bancarios por parte de la administración tributaria.⁴¹ Ciertamente, por lo que se refiere a los requisitos formales es posible que lo dispuesto en el art.56 del Reglamento de Aplicación de los Tributos (RD.1065/2007) puede terminar operando en términos equivalentes a lo establecido en el art.93.3 LGT.

Sin embargo, el Art.94.4 LGT sigue planteando, además de las cuestiones ya apuntadas, un déficit de regulación importante en lo que se refiere a la delimitación de los límites de la información que

38 Precisamente, uno de los mayores problemas que plantea el cumplimiento de las obligaciones de suministro de información o comunicación de operaciones sospechosas que recae sobre determinado tipo de profesionales es determinar cuándo concurren realmente los presupuestos de tales obligaciones, esto es, cuándo un profesional se encuentra ante una operación sospechosa de blanqueo de capitales, especialmente si se maneja un concepto amplio de blanqueo que comprende los delitos predicado del blanqueo de capitales (por ejemplo, el delito de defraudación tributaria). A este respecto, téngase en cuenta que el “blanqueo de capitales” en el sentido del art.1.2 de la Directiva 2005/60/CE se refiere a cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave (todo delito que lleve aparejada pena privativa de libertad superior a un año), aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país (arts.1.3 y 3.4 Directiva 2005/60/CE); no resulta claro si la determinación del carácter delictivo de la actividad en casos donde ésta se realice fuera del Estado donde está situado el intermediario financiero, asesor, gestor, etc (sujeto a las obligaciones de comunicación y due diligence) debe realizarse atendiendo al Derecho penal del Estado donde se realizó la actividad o del Derecho Penal del Estado donde está ubicado el prestador de servicios; el art.20 de la Directiva 2005/60/CE pone el énfasis en “transacciones complejas o de un importe extraordinariamente elevado, así como toda pauta de transacción no habitual que no presente un propósito económico aparente o visiblemente lícito”. En este mismo orden de cosas, no parece que se incumplan tales obligaciones cuando un abogado o asesor fiscal conozca en el ejercicio de su profesión de hechos que pudieran ser constitutivos del delito de blanqueo de capitales en relación con un delito predicado de defraudación tributaria y prestara sus servicios profesionales a su cliente ejerciendo la representación legal del mismo antes, durante o después de un proceso (administrativo o) judicial o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente (Véanse los paras.20 y 21 la EM de la Directiva 2005/60/CE y su art.23.2, art.3.4.b) Ley 19/1993, art.16.2 RD.925/1995 ex RD.54/2005, y art.542 LOPJ). En este mismo sentido, pensamos que la misma regla se aplicaría cuando el abogado o asesor fiscal conoce de informaciones de un cliente en el referido contexto y lleva a cabo actividades dirigidas a lograr la regularización voluntaria de su situación tributaria de acuerdo con lo previsto en el art.179.3 LGT y art.305.4 CP. Con todo, existen autores que ponen de relieve cómo el asesor fiscal, a diferencia del abogado, está obligado a revelar información de su cliente en el marco de un proceso criminal a requerimiento judicial (MELERO MERINO, “El ejercicio de la profesión de asesor fiscal desde la perspectiva de la regulación introducida por el RD.54/2005, de 21 de enero, de modificación del Reglamento de la Ley 19/1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. El asesor fiscal como obligado”, Revista Técnica Tributaria, nº30-31, 2006, pp.64-66; vid también VIDAL RIVERA, “La prevención del blanqueo de capitales y los servicios profesionales de asesoramiento fiscal”, Revista Técnica Tributaria, nº30-31, 2006, pp.9 y ss.).

39 No obstante, la redacción del párrafo final del art.94.4 LGT invita a pensar que se ha configurado una potestad administrativa no subsidiaria con respecto a la establecida en el art.93.3 LGT, con la finalidad de que se pueden evitar los condicionantes y límites propios de los requerimientos individualizados de información previstos en el art.93.3 LGT, aunque en todo caso deberá fundamentarse la trascendencia tributaria y protegerse el contenido esencial de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados.

40 También resulta de aplicación lo previsto en el art.108.4 LGT, sobre la obligación de ratificación y prueba de los datos relativos a terceros cuando éstos aleguen inexactitud o falsedad.

41 En torno a esta cuestión, Cfr. ESCRIBANO LÓPEZ, La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales, Civitas, Madrid, 1988, pp.325 y ss.; y RUIZ GARCÍA, J.R, Secreto Bancario y Hacienda Pública, Civitas, Madrid, 1988.

42 Vid. CALDERON CARRERO, J.M., Intercambio de Información y Fraude Fiscal Internacional, CEF, Madrid, 2000.

puede ser solicitada. Igualmente, posiblemente resultaría conveniente regular de forma expresa las relaciones que pueden surgir en estos casos entre el procedimiento administrativo de comprobación y el potencial inicio de un proceso penal –por delito fiscal o de blanqueo de capitales, el cual en España incluye el delito de defraudación tributaria como delito predicado (Arts.301-304 del Código Penal), sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los Arts.180.1 y 150.4 LGT.

Por lo que se refiere a la transmisión o revelación de la información recibida de las autoridades antiblanqueo, lo cierto es que el Art.94.4 LGT solo se refiere al uso a efectos de una regularización tributaria. No obstante, entendemos que resultan de aplicación aquí las reglas previstas para todo dato obtenido por la Administración Tributaria, esto, la regulación del secreto tributario prevista en el Art.95 LGT, regulación que contempla la confidencialidad de toda la información obtenida por la Administración tributaria, así como las condiciones de uso y transmisión de tal información. A este respecto, entendemos que el Art.95 LGT no excluye la transmisión de tal información a autoridades fiscales extranjeras de acuerdo con lo previsto en los convenios de doble imposición con cláusula de intercambio de información. Del mismo modo, podría considerarse que la potestad de obtención de información que ostenta la Administración tributaria española con arreglo del Art.94.4 LGT debe tenerse en cuenta a los efectos del cumplimiento con un requerimiento de información por una autoridad fiscal extranjera, de acuerdo con lo previsto en un convenio de doble imposición o en aplicación de la Directiva 77/799/CEE, aunque el recurso al uso de tal potestad de información rara vez resultará obligatorio para las autoridades españolas

debido a la propia configuración de los límites de las obligaciones de intercambio de información en los convenios de doble imposición y en la propia Directiva 77/799/CEE.⁴²

En suma, a la vista de todo lo expuesto entendemos que existe una tendencia internacional impulsada por la OCDE y la UE en el sentido de instrumentar los mecanismos antiblanqueo de capitales al servicio del interés fiscal de los Estados. Tal instrumentalización se está desarrollando progresiva pero silenciosamente a través de mecanismos de *Soft-Law* a nivel OCDE y de *Hard-Law* a nivel comunitario, sin que se haya analizado con profundidad en qué medida tal interrelación afecta negativamente al buen funcionamiento de las medidas antiblanqueo de capitales. Lo que sí resulta más evidente es el importante impacto que posee la instrumentalización fiscal de la legislación antiblanqueo de capitales, de suerte que supone un progreso significativo en materia de lucha contra el fraude fiscal y, por ende, en la obtención de mayores cotas de justicia de los sistemas tributarios occidentales.

Por lo que se refiere a la posición española en este ámbito, a nuestro juicio, la legislación española se encuentra alineada con las principales tendencias fiscales internacionales en materia de lucha contra el fraude fiscal. De hecho, podría mantenerse que la normativa española refleja un marcado enfoque y activismo en la lucha contra el fraude fiscal (nacional e internacional), de manera que nuestra administración tributaria se encuentra en una posición óptima, cuando menos desde un plano normativo, para ejercer sus funciones de control fiscal y contribuir así a conformar un sistema tributario más justo en términos de efectivo cumplimiento con el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos.