

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ HUETE

**TRIBUTACIÓN, FRAUDE
Y BLANQUEO DE CAPITALS**
Entre la prevención y la represión

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	<u>Pág.</u> 9
--------------------------	------------------

PARTE PRIMERA

LA PREVENCIÓN EN LA TRIBUTACIÓN Y EL BLANQUEO

CAPÍTULO 1

UN FENÓMENO NORMATIVO EXPANSIVO: EL BLANQUEO

1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	17
2. BIENES DE ORIGEN DELICTIVO Y BIENES OCULTOS.....	21
2.1. Concepto estricto	24
2.2. Concepto lato	27
3. EXPANSIÓN TÍPICA DEL BLANQUEO	31

CAPÍTULO 2

LAS NORMAS PREVENTIVAS

1. EL DERECHO PREVENTIVO DEL FRAUDE FISCAL.....	48
1.1. Las funciones del Derecho tributario	48
1.2. Instituciones de Derecho tributario preventivo	52
2. ¿ES NECESARIO PREVENIR LA PLANIFICACIÓN FISCAL?	57
2.1. La planificación fiscal no es el problema	58
2.1.1. Concepto	58
2.1.2. El punto de partida	60

	Pág.
2.1.3. Clases de planificación	62
2.2. La Unión Europea y la planificación fiscal agresiva	65
2.2.1. Fraude de ley o abuso de la norma	67
2.2.2. Formulación y consecuencias	69
2.3. La sanción del fraude de ley	73
2.3.1. La delimitación de la infracción	75
2.3.2. El bien jurídico	76
2.3.3. Objeción estructural y objeción garantista	80
2.4. La evasión utilizando formas artificiosas	87
2.3.1. Tensiones aplicativas	88
2.3.2. No existe una simulación específica	92
3. PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL, LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	96

CAPÍTULO 3

REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO

1. LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS	101
1.1. Las normas preventivas del blanqueo	102
1.1.1. Normas internacionales	102
A) Normas supracomunitarias	102
B) Normas comunitarias	104
1.1.2. Normas nacionales o internas	106
1.2. Normas dispositivas y obligaciones formales	108
1.2.1. La importancia de la autorregulación	109
1.2.2. Normas dispositivas en relación con el blanqueo	114
2. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA LEY DE PREVENCIÓN	115
3. EL MODELO DE PREVENCIÓN	124
3.1. Obligaciones formales y la privatización de la gestión y el control	127
3.2. Las sanciones «meramente» preventivas	132
3.3. Notas sobre el modelo de prevención del fraude	137

PARTE SEGUNDA
CONCURRENCIAS DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS
Y DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO

CAPÍTULO 4

CONFLUENCIA DE OBLIGACIONES
Y ADMINISTRACIONES

1.	OBLIGACIONES DE COLABORACIÓN.....	144
1.1.	La colaboración con la Administración.....	144
1.2.	El asesor fiscal y las operaciones con indicios de fraude	151
1.3.	La prohibición de efectuar pagos en efectivo.....	161
2.	INFORMACIÓN INTERADMINISTRATIVA	175
2.1.	Los deberes de la Administración de prevención del blanqueo.	179
2.2.	Los deberes de la Administración tributaria.....	185
2.3.	Administración tributaria: <i>primus inter pares</i>	189

CAPÍTULO 5

ENTRE LA EVASIÓN Y EL DESEO POR TRIBUTAR

1.	GANANCIAS NO JUSTIFICADAS Y BIENES OCULTOS DE ORIGEN DELICTIVO	193
1.1.	La tributación de las ganancias ilícitas.....	195
1.2.	Ganancias no justificadas y delito fiscal.....	201
2.	LAS OPACIDADES DE LA ESTIMACIÓN OBJETIVA.....	205
2.1.	Características de una tributación formalizada.....	206
2.2.	Estimación objetiva y blanqueo	209
3.	LA DISFUNCIÓN PREVENTIVA DE LA AMNISTÍA FISCAL.....	214
3.1.	La amnistía fiscal y sus efectos	215
3.2.	Las otras implicaciones punitivas	218

PARTE TERCERA

LAS NORMAS PUNITIVAS TRIBUTARIAS
Y LA REPRESIÓN DEL BLANQUEO

CAPÍTULO 6

LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA
ANTE LOS INDICIOS DE DELITO

1.	ANTE EL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	224
1.1.	La importancia de la liquidación tributaria	224
1.1.1.	La decisión sobre la tramitación de la liquidación	226

PARTE PRIMERA
LA PREVENCIÓN EN LA TRIBUTACIÓN
Y EL BLANQUEO

CAPÍTULO 1

UN FENÓMENO NORMATIVO EXPANSIVO: EL BLANQUEO

Se ha de erradicar el blanqueo de capitales. Esta es la frase más recurrente al referirnos al comportamiento que oculta el origen delictivo de los bienes que se poseen para que puedan ser considerados como legítimos. Pero se trata de un fenómeno complejo, por el número de perspectivas que concurren, y por precisar de un tratamiento plural para aprehender su magnitud y efectos.

El contexto de globalización y la libre circulación de capitales existente hacen que el blanqueo adquiera dimensiones gigantescas desde el plano cuantitativo¹. El blanqueo es un problema macroeconómico, ya que supone introducir flujos económicos que falsean la realidad y originan señales equívocas sobre los niveles de crecimiento y desarrollo que pueden implicar una mayor demanda monetaria o la alteración de los tipos de cambio. Tampoco puede ignorarse su transcendencia cualitativa, ética, política y sociológica, en la medida que aparece asociada con actividades lesivas para la comunidad y tiene que ver con la corrupción de los centros

¹ El blanqueo, al igual que el fraude fiscal, resulta un fenómeno intuido por su conocimiento incierto e indirecto. Su importancia en clave cuantitativa se basa en cálculos económicos y opiniones sociológicas, pues su realidad aparece velada y oculta. Por indicar un ejemplo de la tendencia y magnitud del fenómeno, en el Informe de KPMG de 2004 se hablaba de que entre 500.000 millones y 1 billón de US\$ son blanqueados cada año en todo el mundo por narcotraficantes, traficantes de armas y otros delincuentes. (Informe de KPMG de 2004: *Encuesta Mundial sobre la Lucha contra el Blanqueo de Capitales 2004. Cómo afronta la banca este cambio*). La ONU estimó en su informe anual de 2011 que la cuantía total de dinero blanqueado en 2009 llegó a 1,6 billones de dólares. Esta cantidad correspondería exclusivamente a actividades criminales, como el tráfico de drogas, de armas o de personas, excluyendo la evasión fiscal. Tales cifras equivalen a un 2,7 por 100 del PIB mundial. (Recogido de <http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>).

de poder². En el plano jurídico la importancia del blanqueo resulta evidente al considerarse una actividad delictiva que aparece asociada a otras como el tráfico de drogas, la delincuencia organizada, el terrorismo o a los delitos de corrupción. Ahora bien, ni todas las implicaciones jurídicas del blanqueo de capitales son penales, ni las normas que regulan dicho fenómeno desarrollan únicamente una función represiva.

Al igual que el blanqueo, el fraude tributario debe eliminarse. Blanqueo de capitales y fraude tributario son acontecimientos que suscitan una extremada preocupación normativa, tanto a nivel internacional como nacional; la cantidad y entidad de tales regulaciones dan buena muestra de ello. Gran parte de las normas que contemplan tales fenómenos son normas punitivas. Ahora bien, cada vez más resultan frecuentes regulaciones administrativas de los estadios iniciales de tales conductas lesivas. Son normas preventivas que, junto a las represivas, se imbrican en su ámbito respectivo conformando un complejo haz de relaciones. De ahí que resulte de interés evidenciar tales funciones normativas y sus límites. No obstante, y como tendremos la oportunidad de contemplar, la manifestación de tal dicotomía no resulta nítida, pues no toda regulación preventiva está en manos de la Administración, como podría dar lugar a pensar, ni toda norma represiva incumbe a la jurisdicción penal. No es extraño contemplar sanciones administrativas, en puridad normas punitivas, en normas tildadas de preventivas o regulaciones penales que anticipan —en ocasiones en demasía, por los riesgos a las garantías que supone— estadios peligrosos iniciales a la lesión efectiva. Y en tal tesitura, ¿dónde empieza la prevención y dónde la represión? El órgano que interviene o la calificación normativa ¿determina la función preventiva o represiva de esta?

En esta línea también se hace necesario la interrelación de los ámbitos normativos preventivos, tanto del blanqueo como de la evasión, dada las proximidades, concurrencias y algunas contradicciones que se originan. En el blanqueo de capitales —también en su prevención— existe una pluralidad de ámbitos jurídicos que confluyen: el Derecho Internacional, el Administrativo, el Penal, el Mercantil, y también el Derecho Tributario. En tal sentido, y de manera específica, nuestro objeto de estudio se centrará en el Derecho Tributario y las implicaciones explícitas e implícitas que sus normas poseen en el fenómeno que supone el blanqueo, tanto en su dimensión preventiva como represiva.

A lo largo de estas páginas pretendemos poner de relieve la trabazón de la norma tributaria en relación con la función represiva y preventiva del blanqueo de capitales. Pues en la función preventiva existe una especial

² El blanqueo es el encubrimiento de la ilícita procedencia de bienes, provengan del delito que provengan. Ahora bien, el blanqueo de bienes no es un delito de corrupción política, aunque casos de corrupción política puedan conducir a él (V. MAGRO SERVET, «Praxis de la respuesta judicial ante los delitos de corrupción política», *La Ley*, núm. 8557, 2015, p. 12).

convergencia de obligaciones e instituciones jurídicas, ya sea del blanqueo mediante una legislación específica, ya sea del fraude tributario mediante un conjunto de normas que en muchas ocasiones no expresan claramente tal función. La conjunción de tales perspectivas lleva a contemplar una diversidad de vinculaciones a, prácticamente, los mismos sujetos y, llegados a este punto, cabrá interrogarse sobre las eventuales distorsiones que causa tal colusión normativa. También, y de manera correlativa, se habrá de responder a cuestiones previas, como qué instituciones normativas son las adecuadas para realizar tal función preventiva, y si es posible utilizar para ello sanciones y medidas con función represiva. Resolver tal cuestión precisa concretar el qué se ha de prevenir, pues no es igual prevenir el fraude tributario que el fraude de ley; si la entidad del comportamiento es diversa, sus consecuencias también han de serlo. Resulta así que analizar las convergencias y divergencias que presenta la normativa de prevención del blanqueo y del fraude nos demanda acotar, tanto las medidas a emplear como el objeto que están llamadas a prevenir.

Así pues, la finalidad de estas páginas es el análisis de las confluencias existentes entre las normas tributarias y las normas que regulan el blanqueo haciendo hincapié en la dimensión preventiva. En el ordenamiento jurídico existe una división funcional, de manera que la prevención se asigna a la legislación administrativa, y la represiva a la penal, mas no siempre tal escisión obedece a la realidad. Así contemplaremos, junto a la diversidad de normas que regulan tal fenómeno, la tensión existente entre tales funciones normativas y su difícil escisión. Dicho recorrido nos ha de permitir mostrar la función preventiva que implícitamente poseen algunas regulaciones tributarias, junto con la explícita o expresa que se establece para el blanqueo.

También nos adentraremos en el ámbito de la represión para evaluar algunas de las concurrencias que se originan, en particular, al analizar las sanciones administrativas. En este itinerario nos moveremos entre normas tributarias, normas administrativas, y normas penales, en ellas existen no pocas zonas fronterizas que precisan de su análisis³. La expansión del fe-

³ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo habla que, en la lucha contra el fraude fiscal, al igual que sucede con los aspectos financieros de la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo, perviven «una serie de deficiencias: falta una coordinación orgánica entre la lucha contra la evasión fiscal y la lucha contra la delincuencia, así como una distinción clara de las tareas y competencias de las autoridades encargadas de combatir los distintos fenómenos. Estos, además, suelen presentar características relacionadas tanto con la evasión fiscal como con la delincuencia y el terrorismo, lo que dificulta su asignación: he aquí una razón más que hace necesaria la colaboración estructurada entre las diversas autoridades. En los programas del Consejo y la Comisión no hay señal alguna de esta colaboración». Este mismo dictamen señala una peligrosa indefinición en la aplicación práctica de los conceptos —«[...] la delimitación entre el fraude fiscal y el blanqueo de capitales de origen criminal puede resultar en la práctica incierta o inexistente [...]»— a la cual hemos de prestar especial atención dadas las interrelaciones existentes. [Dictamen sobre la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal* COM (2009) 201 final].

nómeno de represión y prevención del blanqueo de capitales, evidenciada tanto por la tipificación delictiva como por la actuación administrativa, origina notables interferencias con el ámbito tributario. Por ello, se hace necesario un estudio detallado de tales implicaciones, pues las más de las veces se han puesto de relieve las convergencias del delito fiscal con el de blanqueo obviando la de las normas administrativas de prevención. Dicha tarea exige analizar específicamente la regulación de la norma tributaria y la administrativa de prevención del blanqueo sin olvidar, o teniendo muy presente, la dimensión represiva que supone la tipificación penal. Concurren, así, normas, procedimientos, órganos y naturalezas que no siempre aparecen claramente escindidos, pero que en su aplicación precisan de un entendimiento conjunto. Resulta básico, tanto para explicar la racionalidad del ordenamiento como para dotar una mayor inmanencia al conjunto de sistema, el explicitar la trabazón de las realidades normativas, de la continuidad de algunas de sus normas en la regulación de las instituciones jurídicas. Tarea complementaria a la anterior, resulta el deslindar aquellas normas que, siendo contiguas, próximas en su regulación legal —se contienen en un mismo *corpus* normativo—, poseen un carácter diverso.

La presente monografía se estructura en tres grandes bloques de análisis.

El primero, estudia la importancia genérica de las normas preventivas en el ámbito tributario y administrativo del blanqueo de capitales. Para ello procede poner de relieve los límites que poseen las facultades de prevención en relación con las de represión. En tal contexto resulta de especial interés remarcar los modelos preventivos empleados por el blanqueo de capitales y por el tributario, sus concurrencias y sus discrepancias.

El segundo de los bloques remarca las confluencias de las normas preventivas de blanqueo con las normas tributarias, sobre todo, en relación con las obligaciones de colaboración e información interadministrativa existente. Tales concurrencias son patentes en la lógica del blanqueo y de la evasión. Pues quien blanquea desea tributar por los bienes de origen delictivo que posee y, quien evade, desea ocultar. Esta tensión lleva a que la información obtenida por la Administración tributaria —en el deseo de quien blanquea de tributar— sea de especial interés para la Administración de prevención del blanqueo. Del mismo modo, la información que posee esta última derivada del descubrimiento de bienes ocultos para la Administración tributaria. Pero también se estudian concretas instituciones tributarias —las ganancias no justificadas, la estimación objetiva y la última amnistía fiscal—, en la medida que el favorecimiento de la tributación que pretenden pueda generar apariencias de legitimidad lesivas respecto de bienes de origen delictivo.

El tercero de los bloques de análisis tiene por objeto principal —pero no exclusivo— estudiar la compatibilidad entre las sanciones tributarias

y las de prevención de blanqueo. Todo ello sobre la base de que aluden a obligaciones de información y colaboración semejantes, suponen la vulneración de este bien jurídico, y su contenido puede ser coincidente. Tales aspectos nos llevan a considerar la posible existencia de infracciones y sanciones incompatibles si concurren sobre los mismos sujetos dado la vigencia del principio *non bis in idem*.

Pero antes de abordar tales cuestiones procede realizar algunas consideraciones generales sobre el blanqueo y sobre las implicaciones de las normas tributarias en relación con las funciones asignadas a las normas reguladoras del blanqueo de capitales.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La pluralidad de efectos que comporta el blanqueo evidencia la necesidad de su tratamiento desde diversas disciplinas jurídicas. Resulta un fenómeno poliédrico por las múltiples perspectivas que concurren; desde la punitiva que analiza la patología de tales comportamientos lesivos estableciendo penas jurisdiccionales o sanciones administrativas, pasando por la preventiva que señala obligaciones administrativas de información o colaboración para evitar las conductas peligrosas, hasta la deontológica o axiológica que estudia los deberes —y virtudes— de los operadores jurídicos para evidenciar los comportamientos indeseados.

Tal pluralidad de perspectivas pone de relieve el empleo de una visión compleja y congruente a la realidad que ha de ser aplicada. La pluralidad de puntos de vista sobre los que cada rama del Derecho analiza el fenómeno ha de dar una visión concordante que huya de contradicciones, pues si de lo que se trata es prevenir y reprimir el blanqueo no pueden establecerse mecanismos permisivos, como pudieran ser regímenes fiscales especialmente favorecedores para tales prácticas. Adoptar tal punto de vista supone huir de perspectivas parciales, ancladas en la visión adoptada por una rama del Derecho, pero también de los apriorismos sobre el tratamiento de la problemática únicamente desde visiones punitivas.

Comúnmente al blanqueo de capitales se le contempla desde dos grandes orientaciones: la represiva y la preventiva. La función represiva viene asignada al Derecho Penal y la preventiva a las normas administrativas. Siguiendo tal esquema se regula el delito de blanqueo en el Código Penal, y las normas preventivas a tal conducta en la ley administrativa 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Resulta así que la intervención normativa ante el blanqueo no se agota en la definición del delito, al existir otras realidades asociadas consideradas peligrosas a evitar. Pero también la función de prevención no es exclusiva de tales normas, al aparecer implicadas otras regulaciones como la tributaria.