

TRATADO DE LIBRE COMERCIO EU- COLOMBIA Y PERÚ: DESREGULACIÓN, FLUJOS FINANCIEROS ILÍCITOS Y LAVADO DE DINERO

**Por Myriam Vander Stichele,
Investigadora Superior,
SOMO**

Realizado a petición del grupo GUE/NGL

GUE/NLG

European United Left/Nordic Green Left

(Grupo Confederado de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica)

Grupo Parlamentario PARLAMENTO EUROPEO

Colofón

**Tratado de Libre Comercio EU-Colombia y Perú:
Desregulación, flujos financieros ilícitos y lavado de dinero**

Fecha: 5 de diciembre de 2012

Realizado a petición de, y publicado por: GUE/NGL Group
(delegación alemana)

Autores: Myriam Vander Stichele, Investigadora Superior,
Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO)
Centro de Investigaciones sobre Empresas Multinacionales
Sarphatistraat 30
1018 GL Amsterdam
Países Bajos
Página web: www.somo.nl

Este documento se ha realizado bajo licencia *Creative Commons*
Reconocimiento (*Attribution*)-No Comercial-Sin obras derivadas 3.0

LISTA DE CONTENIDOS

LISTA DE CONTENIDOS	3
RESUMEN	4
PRÓLOGO	5
1. BREVE RESEÑA DEL TRÁFICO DE DROGAS Y LAVADO DE DINERO ENTRE COLOMBIA/ PERÚ Y LA UE	6
1.1. Tráfico de drogas	6
1.2. Lavado de dinero y transferencia de fondos del narcotráfico	7
1.3. Conclusión	7
2. LUCHA CONTRA LOS FONDOS ILÍCITOS SOCAVADA POR LA LIBERALIZACIÓN DE LOS FLUJOS Y SERVICIOS FINANCIEROS	8
2.1. Falta de obligación eficaz para hacer frente al lavado de dinero	9
2.2. Riesgos de evasión fiscal y pérdidas en fondos de gasto público	11
2.3. Riesgos a la política monetaria, prevención de crisis y regulación de la inversión	14
2.4. Conclusión	15
3. LAS DISPOSICIONES DEL TLC CONTRASTAN CON LAS REFORMAS FINANCIERAS	16
3.1. Amplia gama de compromisos para abrir mercados de servicios financieros	16
3.2. Reglas del TLC que restringen la regulación financiera	18
3.2.1. Reglas de acceso a Mercado	18
3.2.2. Disciplinas sobre regulación nacional	19
3.2.3. Tratamiento nacional en el sector financiero y aplicado a todas las inversiones: arriesgado para el sector financiero	20
3.2.4. Servicios financieros públicos	21
3.2.5. Limitación de la regulación de nuevos servicios financieros	21
3.2.6. Incierta protección de la libertad para implementar regulación financiera	21
3.3. Conclusión	22

RESUMEN

El presente informe analiza cómo el tratado de libre comercio EU-Colombia-Perú trata la liberalización de los servicios financieros y movimientos de capital en el contexto de los problemas de flujos financieros ilegales existentes entre los países signatarios, que resultan del lavado de dinero, del narcotráfico y de la elusión fiscal o la evasión de impuestos. El informe revela además que el TLC expone a la UE a peligros cada vez mayores de lavado de dinero y evasión fiscal poniendo en entredicho el futuro papel de la política de la UE para regular el sector financiero y los flujos de capital, como se explica a continuación:

El TLC restringe la capacidad de las autoridades para aplicar controles a los flujos de capital. Sin embargo, no aparecen en él artículos concretos que aseguren la existencia de instrumentos y normas destinados a prevenir y parar los flujos ilegales, algo que contrasta con otros acuerdos comerciales firmados por la UE, donde quedan patentes compromisos más fuertes de cooperación y de implementación de medidas para luchar contra el lavado de dinero, la delincuencia y la evasión fiscal o elusión de impuestos.

A pesar de que en la UE hay distintos países con jurisdicciones en las que un alto número de empresas e individuos evaden impuestos, el TLC no muestra compromiso serio alguno por reducir la evasión fiscal o la elusión de impuestos. Por el contrario, el TLC da margen para que se efectúen libremente más movimientos de capital sin supervisión, así como para la liberalización de servicios fiduciarios y de asesoramiento fiscal, sin excluir categóricamente que inversores extranjeros se establezcan con el propósito de evadir impuestos. El uso de jurisdicciones opacas de la UE y paraísos fiscales resulta en pérdidas importantes de ingresos para los gobiernos signatarios, dinero que podría utilizarse para la reducción de la deuda y el desarrollo sostenible.

Si bien el TLC liberaliza toda una gama de servicios financieros de naturaleza a veces especulativa y riesgosa, no aparecen en dicho TLC mecanismos concretos que garanticen una debida regulación o supervisión conjunta de los servicios financieros que se mencionan, lo que podría debilitar el sector de las finanzas y la estabilidad financiera.

Las disposiciones del TLC establecen como se puede implementar la regulación financiera sin salvaguardar suficientemente el pleno derecho de la UE y de las otras dos partes contratantes a regular el sector financiero y controlar el capital. Varias reformas financieras realizadas en la UE se encuentran ya en claro antagonismo con las reglas del TLC sobre acceso a mercado y regulación nacional. Las disposiciones del TLC no permiten aplicar completamente lo aprendido de la crisis financiera y las reformas que no hubiera sido posible prever antes.

La elaboración de este informe se realizó a raíz de las advertencias que aparecieron en una publicación realizada por la organización *Global Financial Integrity*, que arrojó luz sobre el hecho de

que los flujos financieros ilegales entre EEUU y México aumentaron considerablemente una vez se puso en marcha el TLCAN¹ (Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

Bruselas, diciembre de 2012

¹ México: flujos financieros ilícitos, desequilibrios macroeconómicos y la economía sumergida, 2011.

PRÓLOGO

Estimados lectores:

En un momento en el que Europa se estremece hasta el tuétano como consecuencia de la crisis desencadenada por el fallo casi generalizado de todo el sistema bancario; cuando el Viejo Continente empieza a entender que, tal vez, cierta regulación de los mercados financieros es algo vital, es justamente ahora cuando a Colombia y a Perú se les propone otro conjunto de principios.

Como parte de los Tratados de Libre Comercio que fueron negociados entre la UE y Colombia y Perú, los documentos incluyen elementos que tratan sobre actividades financieras tales como la eliminación de controles de capital sin abordar de forma efectiva el lavado de dinero o los flujos de capitales ilegales en general. Si bien desregular los flujos financieros parece contradictorio con lo que se profesa hoy en Europa, cabe también mencionar que según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el flujo de estupefacientes cultivados en la zona andina genera 9.900 millones de dólares en ganancias brutas de tráfico.

Según *Global Financial Integrity (GFI)*, desde que se implementara el TLCAN y cláusulas financieras similares, el flujo de fondos ilícitos en México ha llegado hasta los 50.000 millones de dólares anuales.

Es por ello que he solicitado la realización de este informe, para poder así analizar el impacto que puede tener el TLC sobre los flujos ilícitos de entrada y las regulaciones existentes (así como los riesgos para el sistema financiero en su conjunto) tanto en Colombia/Perú como en la UE.

Espero que este informe les sirva de material para reflexionar,

Jurgen Klute,

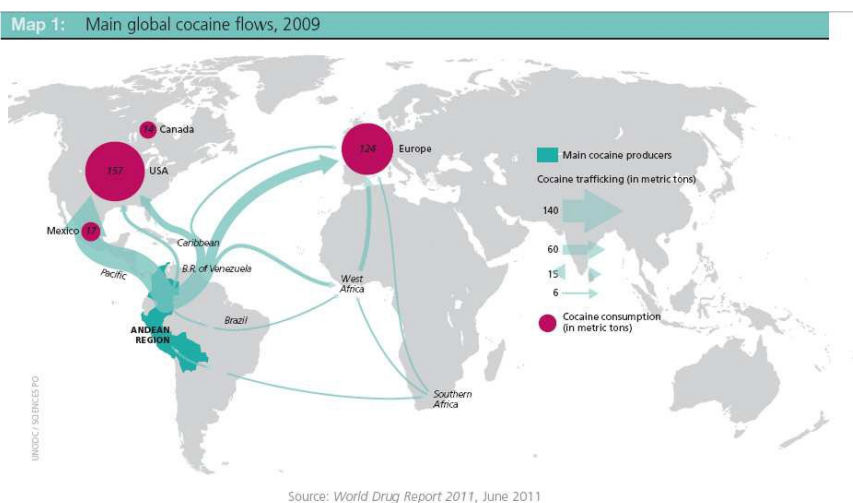
Miembro alemán del Parlamento Europeo, GUE/NGL

1. BREVE RESEÑA DEL TRÁFICO DE DROGAS Y LAVADO DE DINERO ENTRE COLOMBIA/PERÚ Y LA UE

1.1. Tráfico de estupefacientes

Tanto las Naciones Unidas como los EEUU estiman que Perú se ha convertido en el principal productor mundial de hoja de coca, y compite hoy en día con Colombia en producción de cocaína. Algunos atribuyen esta tendencia a que la lucha contra la producción en un país – tal como Colombia – hace que los traficantes transfieran sus operaciones a otro, tal como Perú.

Las estimaciones realizadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD)² sugieren que 217 toneladas salen de los países andinos y dichos cálculos apuntan a un consumo final de 123 toneladas en Europa Central y Occidental. En total, este flujo genera 9.900 millones de dólares estadounidenses en ganancias brutas de tránsito, 400 millones de los cuales son generados por traficantes en África Occidental. La mayor parte de los restantes 9.500 millones, se queda al parecer en manos de grupos de delincuencia organizada de Sudamérica, sobre todo de Colombia.



² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, informe en inglés publicado en octubre de 2011 bajo el título *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes* – páginas 67-68 (ver también la tabla 45, titulada en inglés: *Gross profits generated from trafficking cocaine to main consumer markets*).

Mapa 1. Principales flujos de cocaína, 2009.

14 Canadá			
157 EEUU	124 Europa		
17 México			Principales productores de cocaína
Caribe			Tráfico de cocaína (en toneladas métricas)
Pacífico	África Occidental	160	
RB de Venezuela		60	
Región andina	Sur de África	15	
Brasil		6	
			Consumo de cocaína (en toneladas métricas)

Fuente: ONUDD [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], informe en inglés publicado en octubre de 2011 bajo el título *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, página 65.

1.2. Lavado de dinero y transferencia de fondos del narcotráfico

La ONUDD estima que las ganancias que parten en dirección a los principales países de tránsito europeos (tales como España y Países Bajos) representarían un total de 7.100 millones de dólares estadounidenses, de los cuales la mayoría se la llevan grupos sudamericanos. Los 2.400 millones de dólares restantes van a parar en su mayor parte a grupos de delincuentes que operan dentro de Europa.³ Asume además que un tercio de las ganancias generadas por la importación de cocaína proveniente de Sudamérica que pasa por España al Reino Unido, lo generan residentes del Reino Unido (quienes suelen comprar la cocaína a traficantes en España o Países Bajos para fletarla después al Reino Unido, comprando también cantidades más pequeñas directamente de Sudamérica). El resto lo generan residentes de los países de tránsito y producción respectivos.

Si bien los datos disponibles nos permiten comprender de forma bastante clara cuánto dinero genera el tráfico en su conjunto, podemos únicamente hacernos una idea aproximada del desglose de dichas ganancias en países concretos, lo que sigue siendo un gran reto. Con respecto al tráfico de cocaína en dirección a Europa Central y Occidental, grupos colombianos se ocupan de este tráfico, en particular hacia España, principal punto de entrada europeo para dicha droga. En este sentido se calcula que los grupos colombianos generan alrededor del 40 por ciento de las ganancias del flujo total dirigido a los puntos de entrada (una rentabilidad de alrededor de 7.100 millones de dólares estadounidenses), un 30 por ciento lo generan grupos de otros países del continente americano,

³ ONUDD [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito], informe en inglés publicado en octubre de 2011 bajo el título *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes – páginas 67-68* (ver también la tabla 45, titulada en inglés: *Gross profits generated from trafficking cocaine to main consumer markets*).

incluyendo Sudamérica, Centroamérica y el Caribe, y la mayor parte del resto lo generan varios grupos europeos y africanos.

Se asume también que existe una proporción similar de participación de grupos colombianos (40 por ciento) para el tráfico de cocaína a países de Europa oriental y suroriental (1.000 millones de dólares estadounidenses), mientras que la importancia de grupos colombianos en el tráfico de cocaína a Asia (1.200 millones de dólares estadounidenses), Oceanía (500 millones de dólares estadounidenses) y África (1.200 millones de dólares estadounidenses) parece ser ligeramente inferior (estimada en torno al 30%).⁴

1.3. Conclusión

Aun habiendo reconocido oficialmente que existen problemas de narcotráfico y lavado de dinero entre Colombia, Perú y la UE, ninguno de los proyectos, acuerdos de cooperación o iniciativas políticas han podido prevenir por completo ni parar el narcotráfico ni el lavado de dinero. El Tratado de Libre comercio UE-Colombia-Perú ha sido firmado en un contexto en el que hay riesgos y problemas por resolver y se está pidiendo a los respectivos parlamentos dentro de la UE que lo ratifiquen.

⁴ *Ibídem.*

2. LA LUCHA CONTRA LOS FONDOS ILÍCITOS SOCAVADA POR LA LIBERALIZACIÓN DE LOS FLUJOS Y SERVICIOS FINANCIEROS

A pesar de los bien conocidos y numerosos riesgos que suponen para la UE los flujos de capital ilícitos provenientes de Colombia y Perú, el Tratado de Libre Comercio (TLC) que la UE ha negociado con estos dos países obliga a las partes signatarias a eliminar controles de flujos de capital. Aparte de los riesgos de índole general vinculados al lavado de dinero y a las transferencias financieras relacionadas con el tráfico de drogas, existen también riesgos concretos de que el dinero pueda ser lavado por el sistema financiero de la UE. Cabe mencionar que la UE tiene jurisdicciones opacas que atraen gran cantidad de fondos y evasores fiscales del extranjero, y cuenta además con un gran sector bancario fantasma que representa 17 billones⁵ de dólares estadounidenses. Además, se ha descubierto recientemente que el banco HSBC, basado en la UE y con sede central en el Reino Unido, ha estado implicado en dos ocasiones en lavado de dinero, y deberá pagar un mínimo de 700 millones de dólares producto de un acuerdo con las autoridades estadounidenses, las cuales también acusan al banco HSBC de evasión fiscal. HSBC está presente en Colombia y Perú⁶ pero ha comunicado⁷ que a finales de 2012 vendió sus actividades en ambos países. Aun así, las páginas web HSBC y HSBC Colombia estaban operando completamente a finales de noviembre de 2012 (sin que se anunciara que su presencia u operaciones finalizarían).⁸ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito estima que, por lo general, billones de dólares de dinero ilícito proveniente del narcotráfico entra en el sistema todos los años como resultado de las llamadas relaciones normales comerciales existentes entre los carteles mundiales de la droga y el sistema financiero internacional.⁹

Eliminación de controles de capital

El artículo 168 del TLC vela por que los países signatarios permitan “todo pago o transferencia” en la cuenta corriente del balance de pagos “en moneda libremente convertible”. Estos pagos incluyen las transferencias de dinero de ciudadanos, remesas de trabajadores, pagos por comercio de bienes y servicios, pagos de regalías provenientes de patentes y derechos de copyright así como pagos de dividendos. En otros TLCs que la UE ha negociado, por ejemplo con Corea del Sur, no existe tal liberalización completa de transferencias de cuenta corriente, solo para aquellas transferencias que tengan que ver con el comercio, préstamos e inversiones (artículo 8.2 de movimientos de capital del TLC EU-Corea del Sur¹⁰).

⁵ N. Nielsen, Art. “EU shadow banking assets worth €7 trillion”, EU Observer, 19 de noviembre de 2012.

⁶ Artículo ‘HSBC Caught in New Drug Money Laundering Scandal’, Global REsearch, 2 de noviembre de 2012, <http://www.globalresearch.ca/hsbc-caught-in-new-drug-money-laundering-scandal/5310397>.

⁷ Artículo ‘HSBC sells units in Peru, Colombia, Paraguay and Uruguay for \$400 million’, 12 de mayo de 2012, Andean Air Mail & Peruvian Times, , <http://www.peruviantimes.com/12/hsbc-sells-units-in-peru-colombia-paraguay-and-uruguayfor-400-million/15707/>.

⁸ Páginas web de HSBC Perú (<http://www.hsbc.com.pe/1/2/es/home>) y HSBC Colombia (<http://www.hsbc.com.co/1/2/es/home>) revisadas a fines de noviembre de 2012 y el 4 de diciembre de 2012.

⁹ Artículo ‘HSBC Caught in New Drug Money Laundering Scandal’, Global Research, 2 de noviembre de 2012.

¹⁰ Documento oficial disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2011:127:SOM:EN:HTML>.

Además, el Artículo 169 del acuerdo asegura el libre movimiento de capital que tenga que ver con inversiones extranjeras directas (lo que excluye por ejemplo inversiones de cartera y préstamos para el comercio) y sus ganancias, así como la repatriación de inversión extranjera directa, es decir liberalización parcial de la cuenta de capital.

2.1. Falta de obligación eficaz para hacer frente al lavado de dinero

El TLC entre la UE, Colombia y Perú no dispone de artículos concretos o anexos que obliguen a los países signatarios a incorporar medidas que hagan frente al lavado de dinero y la financiación de actividades delictivas (en el ámbito de la evasión fiscal y la elusión de impuestos, como se presenta más abajo). Además, la UE tampoco ha revisado su directiva sobre lavado de dinero.¹¹ A pesar de ello, el TLC se implementará en un contexto en el que incluso entidades internacionales tales como Naciones Unidas y el Fondo Monetario Internacional señalan que tanto el lavado de dinero a gran escala, como otros flujos financieros relacionados con las actividades delictivas del narcotráfico, constituyen una realidad entre los países signatarios (ver más arriba).

En virtud del Artículo 155, el único compromiso para los países signatarios es “esforzarse al máximo” para implementar estándares internacionales de lucha contra el lavado de dinero y financiación del terrorismo. Con ese fin, el artículo 155 hace referencia a las Cuarenta Recomendaciones sobre Lavado de Dinero y Nueve Recomendaciones Especiales sobre Financiación Terrorista del Grupo de Acción Financiera en contra del lavado de dinero (GAFI).

Unos compromisos tan débiles contrastan con el contenido de otros TLC firmados por la UE. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre la UE y Centroamérica alude de forma más enérgica y concreta a la lucha contra el lavado de dinero y los flujos financieros ilícitos, incluyendo serios compromisos e incluso medidas concretas para impulsar la prevención y parar los flujos ilícitos.

En el TLC UE- Centroamérica, encontramos un capítulo de cooperación donde aparecen artículos concretos que tratan de:

- El lavado de dinero, incluida la financiación del terrorismo (Artículo 36)
- Delincuencia organizada y seguridad ciudadana (Artículo 37)
- La Lucha Contra la Corrupción (Artículo 38)

En estos artículos se habla de actividades de cooperación tales como el intercambio de información, cooperación entre las autoridades, programas de formación, asistencia técnica y administrativa con miras a adoptar estándares apropiados (con referencia al Grupo de Acción Financiera (GAFI), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus protocolos complementarios, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).

El TLC permite que los países signatarios tomen medidas de “salvaguarda” que en principio podrían ser útiles para la prevención o la paralización de flujos financieros ilícitos. Sin embargo estas medidas

¹¹ La revisión de la Directiva 2005/60/EC relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para fines de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, se anunció en abril de 2012 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-357_en.htm) pero con fecha del 2 de diciembre de 2012 todavía no había sido publicada.

pueden adoptarse únicamente cuando se cumplen varias condiciones y en la práctica son débiles instrumentos en la lucha contra el lavado de dinero. A continuación citamos medidas que se pueden utilizar:

El artículo 170 permite la adopción de medidas de salvaguarda relacionadas con flujos de capital pero solo en “circunstancias excepcionales” que causen dificultades “serias” para políticas de tipos de cambio y monetarias. Estas medidas pueden adoptarse durante un año pudiendo ampliarse únicamente bajo “circunstancias excepcionales” para Colombia, y “circunstancias extremadamente excepcionales” para la UE y Perú.

El artículo 167 permite que los países signatarios adopten medidas que sean contrarias a las disposiciones del TLC sobre pagos corrientes y movimiento de capital (Título V), y las disposiciones sobre comercio de servicios, establecimiento y comercio electrónico (Título IV) siempre que no discriminen a favor de empresas nacionales. A pesar de que el artículo 167 no ha sido formulado con el objetivo específico de hacer frente a las actividades delictivas y lavado de dinero (se ha utilizado el lenguaje general de otros TLC firmados por la UE), algunas de las llamadas “excepciones generales” podrían utilizarse en el contexto de dichas políticas. Los países signatarios pueden adoptar medidas para:

Proteger el orden y la seguridad públicos (“solamente” cuando “se plantee una amenaza suficientemente seria y genuina a uno de los intereses fundamentales de la sociedad”);

Proteger la salud humana;

Prevenir prácticas engañosas y fraudulentas.¹²

Es importante sin embargo tener en cuenta que el artículo 167 no expresa que estas medidas existan, sino únicamente señala que pueden ser adoptadas. Además se trata de medidas que no deben “entrar en contradicción” con los artículos referentes a pagos corrientes y movimientos de capital. Únicamente Perú ha introducido más claridad sobre lo que realmente se permite y lo que no (ver nota a pié de página 55 del Artículo 167).

El Artículo 297 permite que se impongan restricciones en el comercio de bienes y servicios, inversión y pagos relacionados, en caso de experimentar problemas de balance of pagos, o peligro de los mismos. Aun así, el uso de estas medidas restrictivas se encuentra sujeto a muchas condiciones como por ejemplo: evitar daños innecesarios, hacer uso de una evaluación del FMI, que sean de duración limitada, presentar un calendario para la eliminación de dichas medidas, realizar un esfuerzo con fines a evitar imponerlas y atenerse al escrutinio que realice el Comité de Comercio creado bajo el TLC.

El TLC no cubre inversiones (Artículo 111) ni suministro transfronterizo de servicios (artículo 118) en los ámbitos de, por ejemplo, material nuclear o bélico, residuos tóxicos, o servicios audiovisuales. No se incluyen excepciones en la aplicación de las disposiciones

¹² Para Perú el TLC estipula que puede por ejemplo implementar de buena fe leyes que tengan que ver con delitos penales y criminales, o de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades financieras: nota a pie de página 55 del Artículo 167.

del TLC dirigidas a inversiones o comercio de servicios que tengan que ver con los estupefacientes u otras actividades delictivas, incluido el lavado de dinero.

Las excepciones generales aplicables a todo el acuerdo (Artículo 295) permiten que los países tomen medidas para proteger intereses de seguridad esenciales que tengan que ver con defensa, material nuclear, material destinado al ejército, en tiempos de guerra, o para restaurar la seguridad y la paz internacionales. No hay una excepción general a las disposiciones del TLC para combatir el narcotráfico internacional o el lavado de dinero, ni tampoco se describen estas actividades como amenazas a intereses de seguridad esenciales.

Dado que las medidas anteriormente descritas pueden, en su mayoría, adoptarse únicamente en circunstancias excepcionales, apenas pueden ser eficaces para combatir el lavado de dinero tal y como se describe en el GAFI (ver el recuadro).

RECUADRO: El Grupo de Acción Financiera define tres etapas en el lavado de dinero

- 1) En la **fase** inicial o de **colocación**, el lavador ingresa sus ganancias ilegales en el sistema financiero. Puede hacerlo dividiendo grandes cantidades de efectivo en sumas más pequeñas y menos llamativas que después se depositan directamente en una cuenta bancaria, o bien a través de la compra de una serie de instrumentos monetarios (cheques, envíos de dinero, etc.) que después se recolectan y depositan en cuentas de otro lugar.
- 2) Una vez los fondos han entrado en el sistema financiero, tiene lugar la segunda **etapa de fraccionamiento o transformación**. Aquí la persona implicada en el lavado de dinero realiza toda una serie de conversiones y movimientos de los fondos para distanciarlos de su origen. El capital puede utilizarse para la compra y venta de instrumentos de inversión, o el lavador puede simplemente transferir dinero utilizando toda una serie de cuentas bancarias en distintos bancos de todo el mundo. Este uso de cuentas ampliamente diseminadas para el lavado de dinero lo encontramos principalmente en aquellas jurisdicciones que no cooperan con las investigaciones anti lavado de dinero. En algunos casos, la persona que lava dinero puede camuflar las transferencias en forma de pagos por bienes o servicios, para que presenten así un aspecto legítimo.
- 3) Una vez las ganancias producto de la delincuencia han sido procesadas exitosamente, y una vez pasadas las dos primeras etapas, el lavador se implica entonces en la tercera fase, llamada – **integración** – en la que los fondos vuelven a entrar en el sector económico legítimo. La persona que lava dinero puede entonces elegir e invertir los fondos en el sector inmobiliario, activos de lujo, u operaciones empresariales.

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, informe en inglés publicado en octubre de 2011 bajo el título *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, página 52,
http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011web.pdf

2.2. Riesgos de evasión fiscal y pérdidas en fondos de gasto público

La elusión de impuestos y la evasión fiscal no son solamente un aspecto típico del lavado de dinero y transferencias financieras realizadas por los delincuentes. La elusión de impuestos constituye hoy en día un pilar clave de las estrategias de “planificación impositiva” con las que cuentan la mayor parte de las multinacionales y empresas financieras (como los *hedge funds* (fondos de inversión libre), bancos). La elusión de impuestos es un fenómeno en su mayoría legal, contrariamente a la evasión fiscal, y se realiza a través de una estructura muy compleja de elementos de una empresa con residencia artificial (con frecuencia sin personal físicamente presente) en paraísos fiscales y jurisdicciones secretas. Se puede hacer también con la colocación de actividades y ganancias (“*transfer pricing*”) y otros flujos financieros de la empresa (préstamos e intereses, cuotas de regalías y acuerdos de licencia), e instrumentos financieros concretos (pagos de dividendos, emisión de bonos) en aquellas jurisdicciones en las que los porcentajes impositivos son más ventajosos. Los estudios y datos periodísticos exponen¹³ una práctica enorme y cada vez mayor de elusión de impuestos en la UE, que se manifiesta a través de:

Jurisdicciones con secreto bancario y bajos niveles impositivos (como en las Islas británicas del Canal de Jersey y Guernsey, Luxemburgo, Irlanda¹⁴), y

Jurisdicciones como Países Bajos y Bélgica con tipos impositivos especialmente bajos para empresas o inversores extranjeros así como para ciertas actividades de dichos inversores.

Los Países Bajos es el país “intermediario” más grande del mundo por el que se transfiere dinero a paraísos fiscales (incluidas las Antillas Neerlandesas situadas cerca de Colombia) y jurisdicciones secretas. Los Países Bajos apenas gravan capital de entrada y de salida generado por ingresos provenientes de intereses (como por ejemplo de filiales de una empresa), regalías, dividendos, acuerdos de licencia, y (en algunas circunstancias) ganancias de filiales. Como consecuencia, los Países Bajos tienen alrededor de 20.000 empresas buzón (con muy pequeña plantilla, o sin personal alguno) incluidas de casi todas las empresas más grandes del mundo (incluidas algunas que operan en Colombia y Perú, como por ejemplo Endesa¹⁵). Se estima que alrededor de 5.500.000 millones de euros al año fluyen a los Países Bajos (alrededor de 10 veces su PIB) y la aproximadamente la misma cantidad sale del país todos los años.¹⁶

La elusión de impuestos y la evasión fiscal pueden tener consecuencias muy importantes. En Europa, por consiguiente, en los muchos países con problemas de deuda o déficits presupuestarios, no se

¹³ Ver artículos e informes en los siguientes sitios web: <http://www.taxjustice.net>; <http://somo.nl/dossiers-en/economic-reform/tax-justice>; <http://eurodad.org>.

¹⁴ Ver: TASC, Tax Justice : following the tax trail, Christian Aid Ireland, septiembre de 2012, http://www.tascnet.ie/upload/file/2055%20Tasc%20Booklet%20A4%2044pg_LR%20WEB.pdf.

¹⁵ Ver: http://company.info/org/332487620000/International_Endesa_Amsterdam_Zuidoost/nieuws_jaarverslag_cijfers_management_uittreksel_markt.

¹⁶ Tax Justice NL, Verdragsparadijs Nederland – documento informativo, 2012, <http://www.taxjustice.nl/?nid=30000&oid=b5d8de6b-f41d-4496-85e6-39af3aa8b8c2>.

generan suficientes ingresos provenientes de los impuestos, de ahí que se apliquen medidas de austeridad y cambios en la toma de decisiones democráticas referentes a los presupuestos en la UE. También para países en desarrollo como Colombia y Perú, la elusión de impuestos y la evasión fiscal pueden drenar los ingresos del gobierno, fondos que podrían utilizarse para gastos públicos necesarios (por ejemplo en educación, servicios de salud, saneamiento) y desarrollo sostenible (como aparece presentado en el tratado de comercio UE-Colombia- Perú). Datos mundiales sobre flujos de capital ilegal no legítimo provenientes de países en desarrollo apuntan a la cifra de 903.000 millones de dólares en 2009, la mitad de los cuales son atribuidos a elusión de impuestos.¹⁷

Cabe también recordar que los paraísos fiscales y las jurisdicciones secretas fueron utilizados para situar en ellos SPVs, (*Special Purpose Vehicles*), y emitir así CDOs (*Collateralised Debt Obligations*) lo que provocó la erupción de la crisis financiera en 2008 (la crisis de las *subprime* o hipotecas basura). La falta de transparencia tuvo también como resultado subsiguiente el llamado *credit crunch*, o sequía de crédito, de 2008-2009 porque los bancos no tenían suficiente información para prestarse fondos los unos a los otros de forma segura.

El TLC no tiene instrumentos para hacer frente a la evasión de impuestos

Muchas propuestas legislativas a nivel de la UE que pueden hacer frente a la evasión fiscal y la elusión de impuestos, han sufrido amplios retrasos. Por ejemplo, la revisión de la Directiva de Ahorros e Impuestos¹⁸ está todavía en proceso de toma de decisiones. También se ha retrasado la revisión de la Directiva¹⁹ sobre requisitos de transparencia para empresas que coticen en bolsa e incluir propuestas sobre la rendición de cuentas país por país (para bancos también). Queda por ver en qué medida esta nueva legislación será eficaz una vez finalizado el proceso, porque hay críticos²⁰ que ya apuntan a puntos flacos como la falta de propuestas en el borrador de la nueva directiva en materia de transparencia sobre cómo dar parte de ganancias/pérdidas y facturación y poder así evaluar el nivel de carga impositiva. También, sigue habiendo incertidumbre sobre si los delitos impositivos se considerarán como tales, a la luz de la todavía por revisar directiva para hacer frente al lavado de dinero.

En un contexto en el que la UE no tiene suficientes instrumentos para hacer frente a la evasión fiscal y elusión de impuestos, en el tratado comercial con Colombia y Perú, la UE no ha negociado

¹⁷ Global Finance Integrity, Illicit Financial Flows from developing countries over the decade ending 2009, 2011, <http://iffdec2011.gfintegrity.otg>.

¹⁸ La revisión de la Directiva de Ahorros e Impuestos en forma de pagos de interés se propuso (COM (2008) 272 final) en noviembre de 2008, y todavía no había recibido aprobación en diciembre de 2012 http://www.tascnet.ie/upload/file/2055%20Tasc%20Booklet%20A4%2044pg_LR%20WEB.pdf (viewed 2 December 2012).

¹⁹ Oficialmente, la Directiva 2004/109 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por el que se modifica la Directiva 2001/34/CE publicado el 30 de diciembre de 2004 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:390:0038:0038:EN:PDF>.

²⁰ Ver: el artículo de A Garda 'Legal Affairs Committee vote: Country-by-country reporting for banking, construction and telecommunications would Help to address corruption, tax evasion and other malpractice', Eurodad News, 18 de octubre de 2012, <http://eurodad.org/1543845/>.

instrumentos contundentes que permitan hacer frente a la evasión de impuestos a pesar de que las compañías multinacionales obtienen más acceso y mejor trato en tanto que inversores extranjeros directos o proveedores de servicios bajo el TLC.

El acuerdo comercial UE-Colombia-Perú (Artículo 296) incorpora algunas disposiciones generales en el sentido de que cada uno de los países signatarios puede implementar y hacer cumplir medidas que tengan como “objetivo” recaudar impuestos directos y “prevenir” la evasión fiscal o elusión de impuestos, y que puedan diferenciar entre residentes y aquellos cuya residencia o capital se encuentra en el extranjero. Aun así, como parte de las disposiciones que son específicas para el sector financiero (*covering Banks*, fondos de cobertura o *hedge funds*, empresas fiduciarias, etc) el artículo 154 estipula que no se requiere a ningún país signatario que divulgue información relacionada con los asuntos y cuentas de clientes particulares o cualquier información confidencial o de dominio privado en poder de entidades públicas. Una cláusula de este tipo no ofrece apoyo a acciones oficiales dirigidas a hacer frente a la evasión fiscal y la elusión de impuestos, para las que el intercambio (automático) de información transfronteriza es clave.

No existen otros artículos concretos ni anexos en el TLC que obliguen a los países signatarios a tomar medidas para hacer frente a la evasión fiscal y elusión de impuestos. Los países signatarios solamente “toman nota” en el artículo 155.5 de los Diez Principios Clave para el Intercambio de Información promulgados por Ministerios de Finanzas de las Naciones del G7 y el Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y la Declaración sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios del G20.

Esta formulación tan poco estricta contrasta, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio firmado entre la UE y Corea del Sur que cuenta con una disposición, en el artículo 7.24 (sobre gobernanza), por la que las partes firmantes signatarias incluyeron como mínimo una cláusula de buena disposición para adoptar estándares internacionales en la lucha contra la evasión fiscal, haciendo referencia concreta al Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria de la OCDE, y la Declaración sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios del G20.

Los textos del TLC especifican que tratados de doble imposición, que evitan el doble pago de impuestos de una empresa pero pueden también incluir otros acuerdos de cooperación, tendrán precedencia sobre el texto del TLC. Aun así tanto Colombia como Perú tienen apenas unos pocos tratados de doble imposición y sólo con un país de la UE: España.

La UE permite empresas fiduciarias de Colombia y Perú

Una estrategia importante para aquellas empresas e individuos que eluden impuestos o incurren en la evasión fiscal consiste en poder contar con reconocimiento oficial o ser considerado un “inversor”, sin estar obligado con ello a tener personal o actividades (“*substance*”, en inglés) en la misma (con frecuencia se trata de empresas buzón o fantasma), sin declarar tampoco el nombre del propietario (final). Esta práctica podría evitarse incluyendo una definición estricta que determine lo que es un “inversor”, “establecimiento” y ser beneficiario de ciertos regímenes tributarios, o de aquellas disposiciones que dan acceso y protección como en el Tratado de Libre comercio EU-Colombia-Perú (ver más abajo).

La definición del concepto de “establecimiento” para hacer referencia a inversores extranjeros en el acuerdo comercial EU-Colombia-Perú (Artículo 110, notas a pie de página 19 y 20) prescribe que un inversor extranjero “incluya” el establecimiento en toda actividad para producir bienes o proveer servicios. Aun así, un “proveedor de servicios” aparece definido de forma un tanto vaga, como toda persona física o jurídica que “pretenda suministrar y suministre un servicio”, mientras que una “persona jurídica” tiene que tener un vínculo real y continuo con el país de llegada (como se define en el Artículo 108).

Estas definiciones ofrecen garantías parciales, que no completas, para que las empresas que se establezcan en uno de los países signatarios se involucren en verdaderas actividades económicas y no únicamente transfieran dinero, evadan o eludan impuestos. Aun así, no es seguro que se conozcan los propietarios (finales) de las empresas extranjeras y se pueda fácilmente dar con su paradero.

La mayor parte de la elusión de impuestos y la evasión fiscal se realiza a través de entidades y servicios fiduciarios. Los estados miembros de la UE han liberalizado su sector de servicios fiduciarios en el TLC, de ahí que los proveedores peruanos y colombianos de dichos servicios puedan establecerse en la UE, siempre que cumplan con ciertos requisitos legales. De igual forma, las empresas de servicios fiduciarios de la UE pueden establecerse en Perú (siempre que cumplan con los requisitos legales nacionales) pero no en Colombia (con excepción de los planes de inversión colectiva).

Dada la escasez de intercambio de información y la falta de cooperación para hacer frente a la evasión fiscal, la liberalización de los servicios fiduciarios por parte de la UE no respalda una política que pretenda afrontar este problema.

La complicidad de las asesorías fiscales

El especializado sector de las asesorías fiscales ha apoyado y diseñado la creación de una compleja red de divisiones de empresa, presentes en jurisdicciones rentables separadas, con el fin de evadir y eludir impuestos. Existen países de la UE que han abierto el mercado de la Unión Europea (con ciertas condiciones en Austria y Chipre) permitiendo la implantación de proveedores de servicios de asesoría fiscal colombianos y peruanos, pero la UE no permitió la provisión de servicios transfronterizos de asesoramiento fiscal.²¹ Colombia permite el establecimiento y la oferta transfronteriza de servicios de asesoramiento fiscal proveniente de países de la UE y Perú; y Perú por su parte permite el establecimiento y los servicios fiscales transfronterizos provenientes de los países signatarios del acuerdo.

Dado el papel esencial que juegan algunas empresas de asesoramiento fiscal diseñando y ofreciendo mecanismos de evasión fiscal y elusión de impuestos, la liberalización de esos servicios con ciertos requisitos legales pero sin instrumentos que impidan que asesoren sobre cómo evadir impuestos, puede hacer que aumente la evasión fiscal. No mitiga, por ejemplo, el riesgo de que asesores fiscales

²¹ Ver la lista de compromisos de la UE vinculados con los servicios comerciales y jurídicos (anexos VII y VIII del TLC).

o clientes en la UE establezcan vínculos con asesores fiscales de Colombia y Perú, lo que podría impulsar (nuevas formas) de evasión fiscal y elusión de impuestos.

2.3 Riesgos a la política monetaria, prevención de crisis y regulación de la inversión

La liberalización de los flujos de capital sin tener apenas posibilidades para controlar la cuenta de capital y financiera (como vemos de forma parcial, en virtud del Artículo 169 del TLC), y otros flujos financieros (tales como pagos en cuentas corrientes, Artículo 168) han sido objeto recientemente de un número cada vez mayor de críticas. La necesidad de contar, como mínimo, con algunos controles de capital es algo que se ha reconocido en un reciente documento de trabajo del FMI²² – lo que constituye una revisión de su anterior política de promover la completa liberalización de la cuenta de capital –, algo que ha sido pedido mediante una carta abierta de más de 100 economistas en el ámbito de tratados de libre comercio.²³ De hecho, la entrada y salida de flujos de capital no controlados pueden desestabilizar la economía de un país, suponiendo un alto riesgo, especialmente antes y durante una crisis financiera.

El propio FMI llega a la conclusión de que las experiencias de ciertos países europeos como España e Irlanda demuestran los peligros de permitir un libre flujo de movimientos de capital de gran envergadura y volátil, así como tener un sistema financiero no suficientemente regulado.²⁴ La realidad es que la UE está imponiendo estas restricciones de controles de capital a sus propios socios comerciales.

Algunos países como Brasil, Corea del Sur, Taiwán e Indonesia han vuelto a introducir controles de capital. Se trata de países que quieren evitar y prevenir crisis financieras producto de flujos entrantes de capital inestables que puedan salir de un país muy rápidamente. También Brasil introdujo controles de capital para evitar guerras de divisas. Grandes flujos entrantes de capital extranjero ajenos al rendimiento de la economía nacional, y resultado de flujos salientes provenientes de economías débiles, como en la UE, o de políticas monetarias poco estrictas de otros países (como por ejemplo la política de imprimir moneda o “*quantitative easing*” en EEUU), hizo que la moneda brasileña se valorizara de tal forma que sus exportaciones se volvieron menos competitivas. La experiencia de Tailandia demuestra que la simple amenaza de usar controles de capital ha servido como factor disuasorio para los especuladores.²⁵

²² FMI, The liberalization and management of capital flows: an institutional view, 14 de noviembre de 2012, <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/111412.pdf>; ver también: Bretton Woods Project, Art. “IMF divided over capital flows management?”, News - update 82, 2 October 2012, <http://www.brettonwoodsproject.org/art.shtml?x=571191>, (visto el 2 de diciembre de 2012).

²³ La carta puede encontrarse en: <http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/TPPAEconomistsLetter.pdf>.

²⁴ A. Beattie, Art. “IMF drops opposition to capital controls”, Financial Times, 3 de diciembre de 2012.

²⁵ M. Vander Stichele, R. van Os, Business as usual? – How free trade agreements jeopardize financial sector reform, SOMO paper, diciembre de 2012, página 9.

Los controles de movimientos de capital pueden además efectuarse con el objetivo de impulsar la inversión a más largo plazo. Chile, por ejemplo, ha introducido una medida relacionada con la inversión que cuenta con el beneplácito mundial porque es un método eficaz de impedir las fugas de capital que se producen durante crisis financieras. Consiste en gravar los flujos de capital de inversión en caso de que salgan del país antes de un año a contar desde el momento en que se efectúa la inversión. La UE intentó eliminar esta disposición durante las negociaciones del TLC con Chile, y también durante las negociaciones del GATS pero no tuvo éxito.

Expertos del FMI señalan que la liberalización de los flujos de capital tiene que planificarse bien, a su debido tiempo y de forma secuencial, para asegurar que las ventajas pesen más que los costos.²⁶ Estas condiciones distan mucho de cumplirse en el TLC UE-Colombia-Perú.

2.4. Conclusión

Dado que Colombia y Perú están sujetos a posibles flujos financieros ilícitos, así como lavado de dinero y dado que la UE cuenta con muchos países que tienen jurisdicciones especiales, lo que hace que se produzca una gran cantidad de evasión fiscal y elusión de impuestos por parte, entre otros, de compañías multinacionales que se beneficiarán del TLC UE-Colombia-Perú, existen por lo tanto muchos riesgos de que las malas prácticas antes mencionadas aumenten como consecuencia de:

Los controles sobre flujos de capital que están viéndose restringidos por el TLC sin que exista cooperación para monitorear el impacto potencial y establecer mecanismos de intercambio de información;

Disposiciones laxas en el acuerdo para luchar contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, habiendo negociado la UE otros TLC con compromisos mucho más estrictos e instrumentos de implementación con ese fin;

Las disposiciones para hacer frente a la evasión fiscal o elusión de impuestos no incitan a ninguna de las partes signatarias a tomar medidas o cooperar. De hecho la evasión fiscal y elusión de impuestos puede aumentar por la liberalización de los servicios fiduciarios y de asesoría fiscal.

La eliminación de controles de capital va en general a contracorriente con lo experimentado durante crisis financieras, y más en particular de lo observado en países europeos como España e Irlanda, donde ha quedado patente el peligro que supone permitir el libre flujo de grandes sumas de capital volátiles. El TLC UE-Colombia-Perú no actúa en línea con los consejos recientemente expresados por el FMI, es decir, que la liberalización de los flujos de capital se realice bajo una planificación adecuada, a su debido tiempo, y de forma secuencial.

El uso de jurisdicciones opacas de la UE, así como de paraísos fiscales ha hecho que los gobiernos pierdan gran cantidad de ingresos, dinero que podría haberse utilizado para evitar las medidas de

²⁶ FMI, The liberalization and management of capital flows: an institutional view, 14 de noviembre de 2012, executive summary.

austeridad, como es el caso en la UE, o para ofrecer servicios públicos y desarrollo sostenible – uno de los objetivos del TLC – , como en el caso de Colombia y Perú.

3. LAS DISPOSICIONES DEL TLC CONTRASTAN CON LAS REFORMAS FINANCIERAS

Al igual que con crisis anteriores, la crisis financiera que estalló en la UE en 2008 ha expuesto los riesgos de la liberalización de los mercados y de los servicios financieros con libres flujos de capital, que no cuentan con suficiente regulación financiera ni supervisión a niveles apropiados. Antes de 2008, la liberalización de los servicios financieros tuvo lugar a través del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en consecuencia Tratados de Libre Comercio han sido negociados sin garantizar una suficiente regulación financiera ni supervisión. Peor aún, los tratados se han basado en el modelo prevalente de que el sector financiero debería estar únicamente sujeto a una moderada regulación y debería permitírsele que se expandiera completamente por todo el globo. De ahí que se incorporaran trabas a las intervenciones gubernamentales dentro del AGCS y en otros tratados de libre comercio que cubren la liberalización de servicios financieros. Más aún, se subestimó la forma en que el aumento de la competencia internacional estaba resultando en más estrategias arriesgadas y productos innovadores de conglomerados financieros, que contribuyeron a la crisis financiera.

La UE ha impulsado negociaciones de servicios financieros en el TLC con Colombia y Perú, como ha hecho en muchos otros TLCs, con el mismo enfoque (es decir, sin garantizar suficiente regulación financiera y supervisión), con las mismas reglas (o falta de ellas) y la misma estrategia (su objetivo ha sido la mayor apertura de mercado posible para los conglomerados financieros de la UE) que utilizó en los acuerdos previos a la crisis – como si la crisis financiera nunca se hubiera producido (ver más abajo). Aun así, muchas de estas disposiciones pre crisis que cubren la liberalización de los servicios financieros son contrarias a las varias reformas financieras realizadas por la UE, necesarias, y consideradas por algunos como el mínimo estrictamente necesario que permita evitar nuevas crisis financieras.

El TLC con Colombia y Perú ha sido negociado, y se presenta a los parlamentos para su ratificación, en un momento en que la UE está muy lejos de haber finalizado las reformas de regulación y supervisión del sector financiero de la misma. Una vez ratificado el TLC, la UE y sus estados miembros pueden encontrarse sujetos a restricciones y compromisos que podrían limitar el margen de maniobra, o el “espacio político” necesario para impulsar reformas futuras y presentes.

3.1 Amplia gama de compromisos para abrir mercados en servicios financieros

A través del TLC con Colombia y Perú, la UE permite una apertura comercial de amplio alcance para inversiones y servicios transfronterizos en el sector financiero. El TLC cubre los servicios financieros y a los proveedores de servicios que aparecen en el artículo 152. Se incluyen todos los servicios de seguros y relacionados con los seguros, así como todos los servicios bancarios y demás servicios financieros, cubriendo las siguientes actividades:

- a) Seguros y servicios relacionados con los seguros:
 - 1. Seguros directos (incluido el coaseguro):
 - (A) Seguros de vida;
 - (B) Seguros distintos de los de vida;
 - 2. Reaseguros y retrocesión;
 - 3. Actividades de intermediación de seguros, por ejemplo las de los corredores y agentes de seguros; y
 - 4. Servicios auxiliares de los seguros, por ejemplo los de los consultores, actuarios, evaluación de riesgos e indemnización de siniestros;
- b) Servicios bancarios y otros servicios financieros (excluyendo seguros):
 - 1. Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público;
 - 2. Préstamos de todo tipo, con inclusión de préstamos personales, créditos hipotecarios, *factoring*, y financiación de transacciones comerciales;
 - 3. Servicios de arrendamiento financiero;
 - 4. Todos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y débito, cheques de viajero y giros bancarios;
 - 5. Garantías y compromisos;
 - 6. Intercambio comercial por cuenta propia o de clientes, ya sea en una bolsa, en un mercado extrabursátil, o de otra forma, de lo siguiente:
 - a) Instrumentos del mercado monetario (incluidos cheques, letras y certificados de depósito);
 - b) Divisas;
 - c) Productos derivados incluidos pero no limitados a futuros y opciones;
 - d) Instrumentos de los mercados cambiario y monetario, por ejemplo *swaps*, y acuerdos a plazo sobre tipos de interés;
 - e) Valores transferibles y;
 - f) Otros instrumentos y activos negociables, metal inclusive;
 - 7. Participación en la emisión de toda clase de valores, con inclusión de la suscripción y la colocación como agentes (pública o privadamente) y el suministro de servicios relacionados con esas emisiones;
 - 8. Corretaje de cambios;
 - 9. Administración de activos, por ejemplo administración de fondos en efectivo o de cartera de valores, gestión de carteras colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y custodia y servicios fiduciarios;

10. Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables;
11. Suministro y transferencia de información financiera y procesamiento de datos financieros y soporte lógico con ellos relacionado; y
12. Servicios de asesoramiento e intermediación y otros servicios financieros auxiliares respecto de cualesquiera de las actividades listadas en los subpárrafos 1 – 11 anteriores, con inclusión de informes y análisis de crédito, estudios y asesoramiento sobre inversiones y carteras de valores y asesoramiento sobre adquisiciones y sobre reestructuración y estrategia de las empresas

Tanto la UE, como Colombia y Perú han adjuntado en anexos al Tratado de Libre Comercio listas en las que especifican los sectores de servicios (incluyendo proveedores de servicios financieros, productos y servicios financieros), para los que abren sus mercados al comercio transfronterizo (anexo 8) e inversores que ofrecen servicios financieros (anexo 7) por empresas del otro país signatario. En estas listas de compromisos de liberalización, llamadas en inglés “schedules”, los países signatarios pueden incluir excepciones a la aplicación de las reglas del acuerdo en lo referente a tratamiento nacional y reglas de acceso a mercado (ver más abajo).

Una vez un país se ha comprometido a abrir los mercados de servicios específicos listados, no puede revocar dichos compromisos incluso si en determinadas circunstancias, tales como una seria crisis financiera, se pondría de manifiesto que dicho país es vulnerable a convulsiones externas o no es capaz de implementar regulación y supervisión eficaz. En caso de retirar sus compromisos, dicho país puede verse obligado a entrar en el sistema de resolución de controversias acordado en el TLC.

El TLC abre las puertas a los servicios financieros

La UE, Colombia y Perú han contraído serios compromisos de liberalización de la mayoría de los servicios financieros antes mencionados. La UE y algunos de sus estados miembros han expuesto sin embargo algunas limitaciones, muy específicas, a los amplios compromisos de liberalización gracias a los que todos los inversores del sector financiero peruano y colombiano pueden establecerse en la UE. Estas restricciones específicas pueden resumirse en términos generales²⁷ como limitaciones al establecimiento de sucursales o suministro de fondos de pensión, la obligación de crear una empresa conjunta o *joint venture*, obligaciones de nacionalidad o residencia para servicios financieros específicos (con frecuencia relacionadas con la administración de activos).

Esta amplia apertura del mercado incluye por ejemplo la liberalización del comercio de los derivados de un mercado extrabursátil (OTC por sus siglas en inglés), mientras la UE se encuentra en proceso de restricción de la comercialización de derivados OTC a través de la revisión de su Directiva sobre

²⁷ Para más detalles, ver anexo VII: Lista de Compromisos sobre Establecimiento”, Sección B – Unión Europea.

Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID), y la legislación de un nuevo Reglamento sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFIR) que obligará a ciertos derivados de materias primas OTC a ser comercializados en bolsa. En general, ha quedado patente que el comercio de derivados OTC es muy arriesgado, pudiendo contribuir y tal vez causar una crisis financiera. Entonces ¿por qué suministradores peruanos y colombianos de derivados OTC pueden asentarse libremente en una UE que todavía no ha concluido sus reformas de supervisión y regulación y quiere legislar sobre cómo los proveedores de un tercer país pueden operar en la ella?

3.2. Las reglas del TLC que restringen la regulación financiera

El TLC no presenta únicamente listas a través de las cuales los países signatarios se comprometen a liberalizar (sub)sectores concretos (ver más arriba), sino que también estipula una serie de reglas que hay que cumplir y cuyo incumplimiento puede cuestionarse a través de un proceso de resolución de controversias. Estas reglas incluyen disposiciones que restringen lo que los gobiernos, parlamentos, supervisores y otras entidades competentes pueden hacer. Varias de estas normas se aplican solamente a los sectores que las partes del TLC se han comprometido a liberalizar en sus anexos o *schedules* (como se describe más arriba). El análisis de lo que estas disposiciones del TLC suponen en materia de regulación del sector financiero, se expone a continuación:

3.2.1. Reglas de acceso al mercado

El TLC restringe lo que los gobiernos y parlamentos pueden hacer con respecto a las inversiones y comercio de servicios transfronterizos en aquellos sectores que se han comprometido a liberalizar sin excepciones (ver más arriba). En lo referente a servicios financieros e inversión en el sector de servicios financieros, las reglas de “acceso al mercado” del TLC (Artículos 112, 119) prohíben que los países signatarios mantengan o adopten medidas concretas y normas que limiten el número de inversiones o proveedores de servicios financieros, o limiten el valor total y número de sus transacciones u operaciones, o ambas cosas. También, a los países se les prohíbe aplicar pruebas para determinar si una inversión concreta o servicio o inversión en el sector financiero es necesaria (“prueba de necesidades económicas”). Además, los países no pueden tener legislación que restrinja la propiedad extranjera o que requiera la existencia de entidades jurídicas concretas a través de las que se pueda efectuar una actividad.

Estas disposiciones son contrarias a:

La revisión de la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFD) acerca de la cual el Parlamento Europeo dejó clara su postura en su sesión plenaria del 26 de octubre de 2012, y sobre la que los grupos de trabajo del Consejo de Ministros de Finanzas han estado debatiendo, y que casi con certeza limitará el número de contratos, el tamaño de contratos abiertos, que los actores financieros pueden tener en instrumentos derivados sobre materias primas (“*position limits*”). Esto sería contrario a la regla de acceso al mercado que prohíbe el número total o valor de operaciones financieras (en forma de cuotas).

Propuestas destinadas a prevenir que los bancos sean demasiado grandes para hundirse y/o a separar las actividades a particulares (“*retail banking*”) de actividades bancarias de inversión arriesgada (ver los informes “Liikanen” en la UE, y “Vickers” en el Reino Unido).

3.2.2. Disciplinas sobre regulación nacional

Al aplicar requisitos de licencia o habilitación, estándares técnicos o procedimientos en relación con proveedores de servicios financieros y sus productos que el TLC haya liberalizado (la lista de compromisos aparece más arriba), las autoridades deberán cumplir con una serie de disciplinas concretas (artículo 131) que sean idénticas a las reglas del AGCS tales como:

Los requisitos no deben ser más gravosos de lo que sea necesario para asegurar la calidad del servicio;

No deben resultar en un perjuicio para los compromisos de liberalización o, en lo que a licencias se refiere, suponer una restricción en la provisión del servicio;

Deben ser objetivos.

Además, no podrán aplicarse requisitos de licencia o habilitación, estándares técnicos o procedimientos en relación con proveedores de servicios financieros y sus productos si no hubiera sido razonable esperarlos en el momento en que se contrajeron compromisos que perjudican los compromisos de liberalización.

En caso de controversia o duda sobre la aplicación de estas disciplinas, podrán sin embargo tomarse en cuenta los estándares internacionales.

Contradicciones con la nueva regulación financiera de la UE

Desde el año de crisis 2008, se han realizado varias nuevas reformas en la UE que contrastan con las reglas del TLC. Por ejemplo,²⁸ la legislación sobre las agencias de calificación crediticia (ACC) adoptada el 19 de septiembre de 2009 (Reglamento no 1060/2009), prohíbe, entre otras cosas que dichas agencias continúen ofreciendo servicios específicos de consultoría o asesoramiento a aquellas entidades que califican, una práctica considerada como una de las causas de la crisis financiera. Esta nueva legislación sobre las agencias de calificación crediticia podría considerarse como demasiado gravosa, “más de lo necesario para asegurar la calidad del servicio”, porque se podría argumentar que las “murallas chinas” existentes dentro de una ACC serían suficientes, y contravendría por lo tanto en principio la regla del TLC.

²⁸ Para más detalles ver: M. Vander Stichele, R. van Os, Business as usual - How Free Trade Agreements Jeopardise Financial Sector Reform, SOMO, diciembre de 2010, página. 6, http://somo.nl/publications-en/Publication_3611.

La regla del TLC que restringe que se introduzcan nuevos requisitos, estándares o procedimientos si “no hubiera sido “razonable” esperarlos en el momento en que se contrajeron los compromisos” es dañina para el ámbito político. En principio, la UE ha ya incumplido este mismo idéntico tipo de compromiso en el marco del AGCS. Por citar un ejemplo, el Parlamento Europeo adoptó en noviembre de 2010 una Directiva para regular los gestores de “*hedge funds*” (fondos de inversión libre) y “*private equity funds*” (fondos de capital inversión) llamada la Directiva sobre Gestores de Fondos de Inversión Alternativos (GFIA). Durante muchos años ha habido resistencia a este tipo de directiva a todos los niveles de la UE, y muchos no esperaban en 1997 (cuando la UE contrajo compromisos de servicios financieros en el marco del AGCS) que se fueran a regular los fondos de cobertura o “*hedge funds*”, hasta que se presentó la crisis financiera de 2008 y se reconoció que los “*hedge funds*” habían jugado un papel en la misma. Además, la Directiva GFIA prohíbe que los gestores de fondos de capital inversión vacíen el capital de una empresa que no cotice en bolsa en el período de dos años después de haber sido adquirida por un inversor de este mismo tipo de fondos. Esta regla tiene como objetivo prevenir la recaudación de beneficios a corto plazo que se consigue con la reducción drástica de los activos de una empresa, sus empleados, etc. Sin embargo estas estrategias a corto plazo son claves para conseguir el alto retorno sobre el capital que buscan los inversores en fondos de capital inversión. La prohibición impuesta por la directiva podría considerarse, en el contexto del artículo 6.5 del AGCS, como una limitación de los compromisos de la UE en materia de ‘gestión de activos’ en el marco del AGCS dado que afecta la calidad de los servicios de fondos de capital inversión.

Otro ejemplo es el hecho que la EU haya introducido reglamentos aplicables a las agencias de calificación crediticia. No se esperaba la regulación estricta de estas agencias porque no habían estado reguladas antes y los banqueros centrales aceptaron de forma oficial (en virtud del acuerdo Basilea II) que sus calificaciones no reguladas eran algo que utilizaban los bancos para hacer evaluaciones de riesgo.

Las disciplinas del TLC sobre la regulación nacional pueden tornarse aun más restrictivas en el futuro porque el TLC estipula que las partes signatarias pueden consentir en incorporar enmiendas a la disposición de regulación nacional una vez se hagan enmiendas en el curso de las nuevas negociaciones AGCS u otras negociaciones multilaterales. De hecho, en las negociaciones AGCS en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional de la OMC se está intentando estrechar más las disciplinas. Puede resultar que los países signatarios sean cuestionados desde un punto de vista jurídico si los requisitos de licencia o habilitación y los estándares técnicos o procedimientos no consiguen ser “relevantes” o “lo más simples posible”. Existe la posibilidad que las nuevas reglas del AGCS sobre la reglamentación nacional exijan a los países signatarios que hagan algunas pruebas para determinar si los requisitos, estándares y procedimientos son necesarios.²⁹

Esta continuidad en la disciplina sobre cómo los servicios financieros pueden regularse y autorizarse reduce el margen político de los reguladores y supervisores en un sector financiero. Las recientes crisis financieras han demostrado que es difícil predecir qué es relevante o necesario para evitar que se produzcan. Se ha indicado de forma clara que una regulación que sea demasiado simple o ‘ligera’

²⁹ M. Vander Stichele, R. van Os, Business as usual, SOMO, diciembre de 2010, página 6.

es insuficiente para evitar y manejar una crisis económica y financiera. En el futuro se pueden necesitar reformas que no habían sido previstas.

3.2.3. Tratamiento nacional en el sector financiero y aplicado a todas las inversiones: arriesgado para el sector financiero

Cada una de las partes signatarias tiene que otorgar a las inversiones y productos comercializados de forma transfronteriza, en aquellos subsectores financieros que dichas partes se comprometieron a liberalizar sin excepciones, un trato “no menos favorable” que el que otorgue a las inversiones nacionales y servicios financieros (artículo 113, artículo 120). Esto quiere decir que incluso si el sector financiero de la contraparte se encuentra menos regulado y supervisado de lo que sería deseable, un enfoque más restrictivo que se centre en aquellas inversiones o servicios del sector financiero extranjero, no se permite. También, Perú y Colombia tendrán que acordar un trato nacional a aquellos proveedores del sector financiero a los que han dado acceso al mercado, incluso si las reformas financieras de la UE y las enérgicas medidas de supervisión financiera distan mucho de estar finalizadas. Los problemas del sector financiero en un país signatario pueden por lo tanto tener impacto en la otra parte signataria.

Cabe mencionar que como consecuencia de esta formulación de la regla del “trato nacional” el inversor del sector financiero extranjero y los servicios transfronterizos pueden recibir trato más favorable!

Esta regla del “trato nacional” hace también que sea más difícil adoptar medidas destinadas a evitar inversiones y servicios o productos financieros que sean capaces de ser utilizados con fines delictivos, especialmente con respecto a países en los que el lavado de dinero proveniente del narcotráfico supone un riesgo.

Las reglas del trato nacional se aplican también a inversiones en todos los sectores agrícolas, industriales y de servicios que hayan sido liberalizados en virtud del acuerdo, según las listas de compromisos.

3.2.4. Servicios financieros públicos

Existen excepciones específicas a la aplicación de las reglas del TLC a entidades públicas que ofrecen servicios financieros, como servicios de pensión o de seguridad social, o a entidades que desempeñan funciones gubernamentales (artículo 151, artículo 159). Aun así, estas excepciones no se aplican a servicios financieros públicos que se ofrezcan compitiendo con proveedores comerciales, o cuando los servicios se ofrecen principalmente en condiciones comerciales. Esta restricción sobre las modalidades de funcionamiento de las entidades públicas limita su margen de maniobra, con respecto a lo que puede hacer un banco privatizado, por ejemplo.

3.2.5. Limitación de la regulación de nuevos servicios financieros

Los países tienen que permitir todo nuevo servicio financiero que sea similar a aquellos que ofrecen los proveedores de servicios financieros nacionales, y conforme con la legislación nacional. La

autorización para ese tipo de nuevo servicio financiero solamente puede denegarse por razones de prudencia.

3.2.6. Incierta protección de la libertad para implementar regulación financiera

El TLC estipula en su artículo 107.5 que cada parte retiene el derecho de regular e introducir nueva regulación para cumplir con objetivos legítimos de política pública. Este derecho para ejercer un poder estatal se encuentra restringido por la formulación en el sentido de que está sujeto a las disposiciones que aparecen en el capítulo que trata de la liberalización de establecimiento y comercio de servicios. Estas disposiciones incluyen las siguientes especificaciones que limitan el derecho a regular:

Los países pueden únicamente evitar la implementación de las reglas del TLC en los sectores de servicios financieros que ellos han liberalizado, si han previsto excepciones del acceso al mercado y de las disposiciones de trato nacional en las listas en que presentan sus compromisos de liberalización en el sector financiero.

En virtud del artículo 154, los países pueden adoptar medidas y leyes que regulan los servicios financieros y flujos de capital por razones de prudencia, como por ejemplo para asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero y para proteger a inversores y clientes de proveedores de servicios financieros. Esto podría significar que las medidas destinadas a hacer frente al lavado de dinero sean permisibles por proteger la integridad del sector financiero. Pero, estas medidas de excepción cautelar prudencial no permiten que sean “más gravosas de lo necesario para cumplir con su objetivo”, lo que entra en contradicción con las lecciones aprendidas en la crisis financiera que ha expuesto lo difícil que es prever lo que será arriesgado en el futuro y qué puede socavar la estabilidad financiera. Además sigue habiendo muchos desacuerdos sobre si una medida es prudencial o restringe el comercio. Esto se hace patente, por ejemplo, durante los debates a nivel internacional sobre las reformas financieras (por ej. el G-20, Comité de Basilea sobre la supervisión bancaria), en los cuales no se está siempre de acuerdo sobre lo que se necesita para evitar otra crisis financiera o cuáles son las medidas que restringirían demasiado la competitividad del sector financiero con lo que respecta al comercio y a las inversiones a nivel internacional.

Además, la disposición de excepción prudencial cautelar (artículo 154) no permite discriminar entre servicios financieros nacionales y sus proveedores, y aquellos de los otros países signatarios.

En el caso de los países en los que se sabe existen flujos financieros de lavado de dinero, esta regla puede restringir medidas preventivas que sean discriminatorias.

Es importante señalar que las disposiciones financieras y prudenciales que se permiten en virtud de la cláusula de excepción cautelar, no son permitidas cuando existen para cumplir con objetivos no financieros como por ejemplo prevenir la especulación de alimentos y precios de materias primas (por ejemplo restringiendo la comercialización en instrumentos derivados sobre materias primas) o para aliviar la pobreza o estimular sectores concretos de

la economía (como por ejemplo para compensar a los productores de coca para que cambien a otras actividades económicas o de producción).

Si bien el Artículo 155 pretende conseguir una “regulación eficaz y transparente”, también estipula que los países se esforzarán para que todas las personas interesadas puedan hacer comentarios antes de que una medida de aplicación general se adopte. En la práctica, las personas interesadas con capacidad de supervisar y presentar comentarios sobre medidas que se propongan para su adopción, suelen pertenecer a los grupos de *lobby* de la industria financiera, faltando generalmente los representantes del sector financiero extranjero. En la práctica, este artículo constituye una base jurídica que permite a los miembros de grupos de *lobbying* pedir la palabra antes de que se adopten medidas de regulación financiera, e influenciar así el resultado final de dicha regulación. Cabe recordar que las actividades de *lobbying* realizadas por el sector financiero, un fenómeno llamado también “*regulatory capture*”, ha tenido como frecuente resultado el debilitamiento de la regulación financiera y se percibe además como una de las causas de la crisis financiera.

En caso de que haya países que no apliquen las reglas del TLC, incluida la implementación de los compromisos de liberalización, y cuando un país acusa a otro de no aplicar las disposiciones y especificaciones que permiten excepciones, la controversia puede ser llevada ante el sistema de resolución de controversias (título XII del TLC). En otras palabras, toda regulación financiera de un país, que es acusado por otro país de incumplimiento de las reglas del TLC y sus compromisos, puede estar sujeta a una evaluación por un panel de arbitraje creado conforme con las reglas del TLC (no se requiere cualificación del sector financiero).

La Comisión Europea (CE) en sus comunicados oficiales indica siempre que el artículo de excepción cautelar prudencial es lo suficientemente flexible como para permitir toda la regulación financiera pertinente sin que haya una amenaza inmediata a la regulación financiera de la UE. Sin embargo, en discusiones más informales, algunos funcionarios de la CE admiten que tanto la CE como los supervisores europeos necesitan mostrar cautela acerca de lo preceptivas que puedan ser sus disposiciones.³⁰ Esto demuestra lo escalofriantes que pueden ser las disposiciones del TLC y el AGCS.

Cabe también señalar que si ningún país presenta una queja sobre una normativa financiera determinada, el país que la adoptó puede seguir incumpliendo las reglas. Es probable que esto sea necesario a efectos del diseño y la aplicación de todas las reformas financieras que se requieran, no sólo para prevenir o parar una crisis financiera, y una resultante crisis económica, sino también para asegurar que el sector financiero esté al servicio de la economía real y las sociedades sostenibles.

3.3. Conclusión

Las disposiciones del TLC aplicables al sector financiero no se adaptan en absoluto a las lecciones aprendidas de la crisis financiera. Están imponiendo una disciplina sobre lo que los reguladores, incluidos los parlamentos y supervisores pueden hacer para regular y controlar el sector financiero. Varias reformas financieras de la UE se encuentran ya en contraposición con las disposiciones del

³⁰ J. Mulder, Briefing on the state of play of EU-US dialogue, nota email 2 de diciembre de 2012.

TLC en lo que a acceso a mercados y reglamentación nacional se refiere. De hecho, las disposiciones del TLC no permiten aplicar plenamente las reformas que no podían haberse previsto en el pasado.

La llamada cláusula de excepción cautelar prudencial permite prever excepciones a las disposiciones del TLC. Esta cláusula permite una regulación prudencial, pero no ofrece una protección completa contra una acción legal sobre regulación financiera.

El TLC liberaliza ampliamente una gran gama de servicios financieros a veces arriesgados y especulativos, si bien las propuestas legislativas actuales tienen como objetivo restringirlos, y falta todavía mucho por hacer hasta que las reformas financieras mundiales y de la UE estén finalizadas.