



Guía rápida sobre estructuras offshore y beneficiario final



Phyllis Atkinson

Head of Training ICAR, Basel Institute on Governance

Los esquemas de lavado de activos suelen involucrar redes complejas de operaciones y estructuras de carácter internacional que permiten disimular, encubrir, dejar en el anonimato. El uso de “estructuras” o vehículos corporativos es una manera común de lavar activos que provienen de actividades ilegales para que su origen parezca legítimo.

Si bien los grandes casos de corrupción y lavado de activos suelen ser a escala internacional e involucrar esquemas complejos, por lo general, los investigadores y fiscales conocen poco de los vehículos corporativos que se emplean fuera de su país y carecen de recursos para obtener evidencia de otras jurisdicciones. Esas dificultades también incluyen diferencias en ordenamientos jurídicos y en terminología, así como definiciones arbitrarias que se le dan a términos como “paraíso fiscal” y “jurisdicciones secretas”.

Esta guía rápida analiza la manera en que los delincuentes usan una posición respetable como fachada y, en secreto, manipulan y usan indebidamente vehículos corporativos en jurisdicciones offshore. Se aborda el significado de “vehículo corporativo” y “*offshore*”, así como otros conceptos, por ejemplo, “beneficiario final”. También se describe el ejemplo de cómo se puede utilizar un fideicomiso, uno de los vehículos corporativos comunes en el amplio “entorno *offshore*”, en actividades ilícitas.

¿Qué es un vehículo corporativo?

Básicamente, *corporativo* es todo lo relativo a una empresa, tal y como se define aquí. Desde el punto de vista jurídico, una empresa es una entidad corporativa independiente y legalmente constituida, a la que se le levanta un velo corporativo para que haya una separación jurídica entre la empresa y sus miembros. Este “velo corporativo” protege de responsabilidad personal a quienes están a cargo de la empresa. Este velo se “rasga” cuando:

- En primer lugar, se establece que las personas a cargo de la entidad corporativa controlan las finanzas y prácticas comerciales de esta hasta el punto de que no se diferencien sus intenciones ni naturaleza.
- En segundo lugar, dicho control ha dado lugar a un acto delictivo, deshonesto o impropio que causó perjuicios o pérdidas.

Los vehículos corporativos, que incluyen corporaciones, fideicomisos, fundaciones, sociedades de responsabilidad limitada y estructuras similares, se han convertido en un componente integral e indispensable del panorama financiero global moderno. Sin embargo, como ha enfatizado el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) durante años, estos vehículos se pueden emplear con fines ilícitos, como lavado de activos, soborno/corrupción y malversación de fondos públicos.

Los delincuentes pueden ser sumamente creativos en el uso de técnicas y mecanismos para ocultar sus bienes y los activos que obtuvieron ilícitamente. El desafío para los especialistas es “ver a través” del velo corporativo proporcionado por la estructura para identificar a la parte controladora y al beneficiario final.

Centros financieros offshore: ¿de qué se tratan y dónde están?

Aunque el GAFI no define el término *offshore*, en el contexto de vehículos corporativos, se refiere a algo ubicado o con sede en un país extranjero. Se usa comúnmente para describir bancos, fideicomisos, corporaciones, inversiones y depósitos extranjeros.

Aunque una empresa puede mudarse legítimamente al extranjero con el propósito de eludir impuestos (legalmente) o aprovechar regulaciones más laxas, las estructuras *offshore* también se pueden utilizar para fines ilícitos, como el lavado de activos y la evasión fiscal. Esto ocurre

particularmente en casos de estructuras como empresas, sociedades o fideicomisos constituidos en centros financieros *offshore* (OFC).

Los OFC son jurisdicciones cuyos vehículos corporativos son empleados principalmente por personas que no residen en ese país. Algunos de los centros más conocidos son Suiza, Bermudas y las Islas Caimán, y entre los menos conocidos se encuentran la República de Mauricio, Dublín y Belice. El nivel de normas reglamentarias y transparencia difiere ampliamente entre los OFC.

Las jurisdicciones *offshore* en el contexto de investigaciones penales son importantes por la forma en que algunas brindan una confidencialidad excesiva a sus vehículos corporativos, lo cual crea un entorno favorable para fines ilícitos.

¿Cómo se utilizan los vehículos corporativos para fines delictivos?

Por lo general, los vehículos corporativos juegan un papel fundamental en el encubrimiento de las ganancias derivadas de actos de corrupción, lavado de activos y del beneficiario final de los activos ilícitos.

Los funcionarios públicos corruptos y lavadores de activos no quieren que los activos provenientes de actividades ilegales estén a su nombre. Por lo tanto, lo que suelen hacer es crear una empresa, o una serie de empresas, y convertir a dicha empresa en la propietaria de sus activos. La empresa puede abrir una cuenta bancaria, comprar un yate o una mansión y transferir dinero a todo el mundo. Es inmensamente difícil, y a veces completamente imposible, localizar el dinero y llegar al verdadero propietario, sobre todo en jurisdicciones *offshore* que ofrecen una confidencialidad excesiva a sus vehículos corporativos. Esto hace que dichos vehículos sean un mecanismo atractivo para ocultar, transferir y utilizar dinero u otros activos obtenidos ilícitamente.

Existe una amplia gama de vehículos corporativos en diferentes jurisdicciones. A veces se les conoce por el mismo nombre o uno similar, pero poseen características diferentes; mientras que en otros casos tienen características similares pero nombres diferentes. El objetivo de esta breve descripción de tres estructuras de uso común en el derecho anglosajón (empresa ficticia, sociedades en reserva y fideicomisos) es dar una idea de cómo se puede abusar de las estructuras *offshore*.

Empresa ficticia

Una *empresa ficticia* se puede definir como una empresa no operativa, es decir, una entidad legal que no tiene operaciones independientes, activos significativos, actividades comerciales en curso ni empleados. Por lo general, un intermediario profesional es quien le ofrece la empresa ficticia a una parte corrupta, que luego la utiliza para ocultar el rastro del dinero al transferir los fondos ilícitos a y desde las cuentas bancarias de la empresa.

Una empresa ficticia no tiene presencia física en su jurisdicción. Su único propósito o finalidad principal es evitar que el beneficiario real (beneficiario final) pague o divulgue información, o ambos. Las empresas ficticias también se conocen como empresas fachada o fantasma. Un tipo específico de empresa ficticia es la corporación de negocios internacionales (CNI), estructura característica en empresas ficticias establecidas por personas que no residen en el OFC. Las CNI son empresas ficticias ideales porque no se les permite realizar negocios en la jurisdicción donde fueron constituidas y, por lo general, están exentas de impuestos locales sobre la renta.

Las empresas ficticias constituyen una parte sustancial de los vehículos corporativos establecidos en algunos OFC. Dada su función, existe un mayor riesgo de que se empleen para fines indebidos.

Sociedad en reserva

Una *sociedad en reserva* es una categoría similar a la de empresas ficticias, en el sentido de que no tiene sede física. Una sociedad en reserva es una corporación que no ha llevado a cabo ninguna actividad comercial; es decir, se constituyó, pero está inactiva. Por lo general, estas corporaciones se venden a alguien que preferiría tener una corporación ya constituida que pasar por ese proceso con una nueva. La diferencia significativa entre las empresas ficticias y las sociedades en reserva radica en los años que tienen las empresas desde su constitución; además, el valor de una sociedad en reserva se basa en su historia y relaciones bancarias, además de su antigüedad.

En algunas jurisdicciones, los procedimientos de constitución pueden tardar mucho tiempo. A menudo, es más fácil, rápido y económico transferir la propiedad de una sociedad en reserva que constituir una nueva. Los prestamistas a veces exigen que la empresa lleve en el mercado de seis meses a dos años o más antes de prestarle dinero, y muchas agencias solo celebran contratos con empresas que lleven al menos dos años.

Fideicomiso

El concepto de *fideicomiso* probablemente sea menos conocido que el de empresa, pero ha existido por más tiempo. El fideicomiso es una relación jurídica que se originó en Inglaterra y se desarrolló principalmente en estados con derecho anglosajón, por ejemplo, Gran Bretaña, Estados Unidos, Australia, Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda. En otros países como Japón, Panamá, Liechtenstein, México, Colombia, Israel y Argentina existen estructuras similares a la del fideicomiso.

En este sentido, un fideicomiso es una estructura jurídica mediante la cual una persona (“fiduciario”) posee activos que no son para uso ni beneficio propio, sino para el de terceros (“beneficiarios”). A diferencia

de una empresa, este es un vehículo corporativo que no tiene una personería jurídica independiente y distingue al propietario legal del beneficiario final de los activos conferidos a un fideicomiso.

Los puntos clave que se deben comprender son:

- Los componentes o partes fundamentales de un fideicomiso son el fideicomitente, el fiduciario, los beneficiarios y la propiedad fiduciaria.
- El fideicomitente transfiere la propiedad de ciertos activos a los fiduciarios mediante escritura fiduciaria o acuerdo y declaración de fideicomiso (aunque no tiene que limitarse a un documento por escrito).
- Estos activos se deben administrar y utilizar en beneficio de los beneficiarios designados o anónimos. Esto constituye una obligación vinculante.
- En el proceso de transferencia o “liquidación” de ciertos bienes, la propiedad legal o el control de activos (conocida como propiedad fiduciaria) se separa del interés propio en dichos activos.

En este contexto, un beneficiario es una persona designada para recibir algo como resultado de un acuerdo fiduciario. Se puede establecer un fideicomiso sin tener definidos los beneficiarios, aunque a la larga se debe contar con un beneficiario final. En este caso, el fideicomiso otorga al fiduciario ciertas facultades para administrar los activos, los cuales opera hasta el momento en que, en virtud de las cláusulas del fideicomiso, una persona o grupo de personas pase a tener derecho como beneficiario a los ingresos o el capital al vencer un período definido. Algunos tipos de fideicomiso permiten que el nombramiento o cambio de beneficiarios se realice en cualquier momento, lo que significa que su identidad se puede mantener en secreto hasta que se le transfiera la propiedad de los activos.

Para comprender los fideicomisos es crucial separar la propiedad legal de los activos fiduciarios (que recae en el fiduciario) del derecho a beneficiarse de esos activos (que recae en los beneficiarios). Al mismo tiempo, es indispensable comprender que un “beneficiario” no es el equivalente de un “beneficiario final” (más adelante se aborda este tema).

Aclarando quién es el beneficiario final de los fideicomisos

Durante una investigación penal que involucra vehículos corporativos, en especial aquellos constituidos en jurisdicciones *offshore*, el punto crucial radica en identificar al “beneficiario final” del vehículo corporativo; es decir, a la persona (o grupo de personas) que tiene interés o control sobre las ganancias ilegales y está tratando de ocultar el hecho mediante la utilización indebida de vehículos corporativos.

De acuerdo con la definición del GAFI, el beneficiario final “se refiere a la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee(n) o controla(n) a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica”.

La característica que distingue al beneficiario final de un activo fiduciario (y lo diferencia de un beneficiario) es que tiene un grado de control sobre el activo que le permite beneficiarse de él. Si este es el propietario *legal* (es decir, tiene un título legal) o es beneficiario del fideicomiso, es irrelevante. Es importante destacar que el beneficiario final siempre debe ser una persona natural, ya que una persona jurídica no puede ejercer el control “definitivo” sobre un activo. Esto se debe al hecho de que las personas jurídicas siempre están controladas, directa o indirectamente, por personas naturales.

En el contexto de los fideicomisos legítimos, ninguno de los siguientes casos describe al beneficiario final teniendo en cuenta la definición anterior:

- El fiduciario ejerce el control sobre un activo pero no es el controlador definitivo, ya que legalmente debe actuar en interés del beneficiario.
- El fideicomitente es el encargado de establecer el fideicomiso y ceder la propiedad legal de los activos del mismo al fiduciario en beneficio del beneficiario; sin embargo, también puede seguir ejerciendo algún nivel de control o influencia sobre el fideicomiso.
- Si bien es lógico que el beneficiario se beneficie, por lo general, este no puede ejercer ningún control sobre el fideicomiso.

Sin embargo, a los efectos de investigación penal, el beneficiario final de los fideicomisos puede abarcar una combinación de actores: el fideicomitente, los fiduciarios, los beneficiarios o cualquier otra persona que, en la práctica, ejerza el control definitivo sobre el fideicomiso y disfrute de sus beneficios ilegales.

Obtenga más información

- Estos temas se abordan de forma muchísimo más detallada en los cursos de capacitación del International Centre for Asset Recovery (ICAR), en especial en Estructuras *offshore* y asistencia jurídica mutua.
- La autora Phyllis Atkinson, jefa de capacitación del ICAR, ha elaborado e impartido capacitaciones especializadas en estos temas y asuntos relacionados a investigadores, fiscales, analistas financieros y jueces de todo el mundo. Puede obtener más información sobre la metodología única de las capacitaciones del ICAR en la guía rápida sobre capacitación eficaz en investigaciones financieras.

- La publicación que realizó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el 2001, *Behind the Corporate Veil: using corporate entities for illicit purposes* analiza los tipos de entidades corporativas que se suelen utilizar indebidamente e “insta a los gobiernos para que luchen contra dicha situación al tomar medidas que garanticen la disponibilidad de información relacionada con la propiedad y el control”.
- Algunas de las publicaciones clave del GAFI que abordan este tema son: *FATF guidance on transparency and beneficial ownership* (octubre del 2014) y *Best practices on beneficial ownership for legal persons* (octubre del 2019).

Publicado en inglés el 12 de noviembre de 2020

Todas nuestras guías rápidas están disponibles en learn.baselgovernance.org

ISSN 2673-5229

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

