

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho de la Empresa



**EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO EN MATERIA FISCAL
EN EL PERÚ FRENTE AL ESTÁNDAR COMÚN DE REPORTE
(ECR) DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL
DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE).**

Tesis presentada por el Bachiller:

**Núñez Fernández-Baca, Mauricio
Edilberto**

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho de la Empresa

Asesora:

Dra. Flores Viamont, Silvia Libertad

Arequipa - Perú

2019

Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”

**Jurado dictaminador N ° 288
Expediente N. ° 20180000054920**

Alumno: NUÑEZ FERNÁNDEZ-BACA, MAURICIO EDILBERTO
Asunto: Dictamen para Borrador de Tesis
Maestría: En **DERECHO DE LA EMPRESA**
Fecha: 28 de diciembre del 2018

Sr. Dr. José Villanueva Salas
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”

En cumplimiento de la Boleta de nombramiento de jurado dictaminador y dentro del plazo que señala el Reglamento de Graduación de Magister, procedo a emitir el siguiente dictamen:

Dictamen:

Visto el expediente N°20180000054920 del Bachiller **NUÑEZ FERNÁNDEZ-BACA, MAURICIO EDILBERTO** que solicita Dictamen para el borrador de Tesis titulado **“EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO EN MATERIA FISCAL EN EL PERÚ FRENTE AL ESTANDAR COMÚN DE REPORTE (ECR) DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE);** con la que pretende optar el grado de **Maestro en DERECHO DE LA EMPRESA**, y habiendo examinado el fondo y la forma del citado proyecto, este jurado emite dictamen favorable al considerar que el citado borrador reúne los requisitos para su posterior defensa y sustitución.

Atentamente.



Ronald Mayta Coaguila
Docente de Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”

INFORME

AL: Dr. José Villanueva Salas

Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

DE: Dra. Silvia Flores Viamont

Docente de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

Asunto: Informe de tesis


Fecha: 14 de enero del 2018

Visto: la Tesis titulada “EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO EN MATERIA FISCAL EN EL PERÚ FRENTE AL ESÁNDAR COMÚN DE REPORTE (ECR) DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)”, presentado por el bachiller NÚÑEZ FERNÁNDEZ-BACA, Mauricio Edilberto, para optar el grado académico de MESTRO EN DERECHO DE LA EMPRESA.

Se observa que el borrador de tesis ha cumplido con las formalidades requeridas y en consecuencia se encuentra en condiciones de ser sustentado en grado.

Es todo cuanto debo informar.

Atentamente.



Dra. Silvia Libertad Flores Viamont



Arequipa, 3 de Febrero del 2019

Señor Doctor:

José A. Villanueva Salas

Director de la Escuela de Post – Grado de la Universidad Católica de Santa María
Ciudad.-

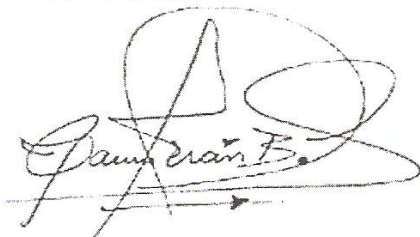
De mi mayor consideración:

En cumplimiento a lo dispuesto por su despacho, procedo a emitir el correspondiente dictamen sobre el Borrador de Tesis para la obtención del grado de Maestro en Derecho de la Empresa , entorno a la investigación titulada como *“El Derecho al Secreto Bancario en materia Fiscal en el Perú frente al estándar común de reporte (ECR) de la organización para la cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)”*, presentada por el **Bachiller Nuñez Fernández-Baca, Mauricio Edilberto.**

El **BORRADOR DE TESIS** formulado por el maestrista es de relevancia jurídica y cumple con el tema de forma y de fondo, por lo que **DOY** el **VISTO BUENO** y soy de la opinión de que el Maestrista proceda a la sustentación oral de la tesis formulada, conforme a la normativa interna de la Unidad de Post Grado de la UCSM.

Estando a lo expuesto en los párrafos precedentes , el **BORRADOR DE TESIS** formulado por el maestrista se encuentra **APROBADO**, y deberá proceder con el tramite académico respectivo que corresponda.

Atentamente



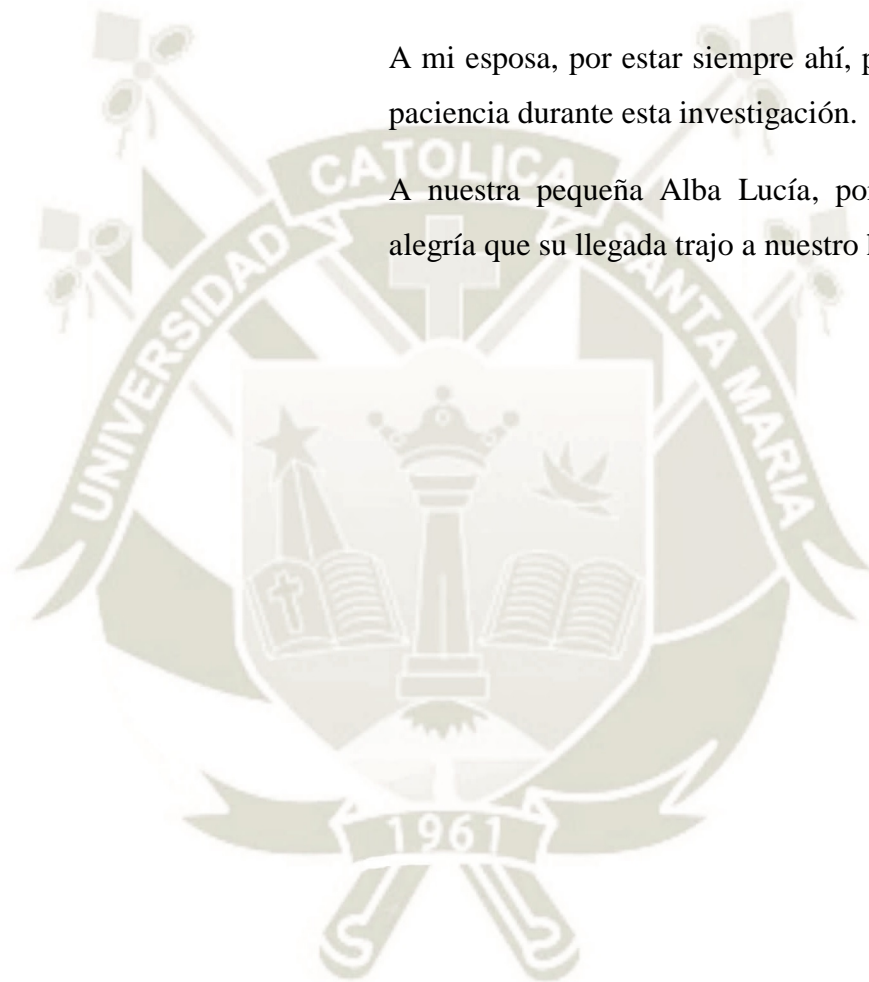
Mgter. Carlos Terán Béjar
Docente Dictaminador

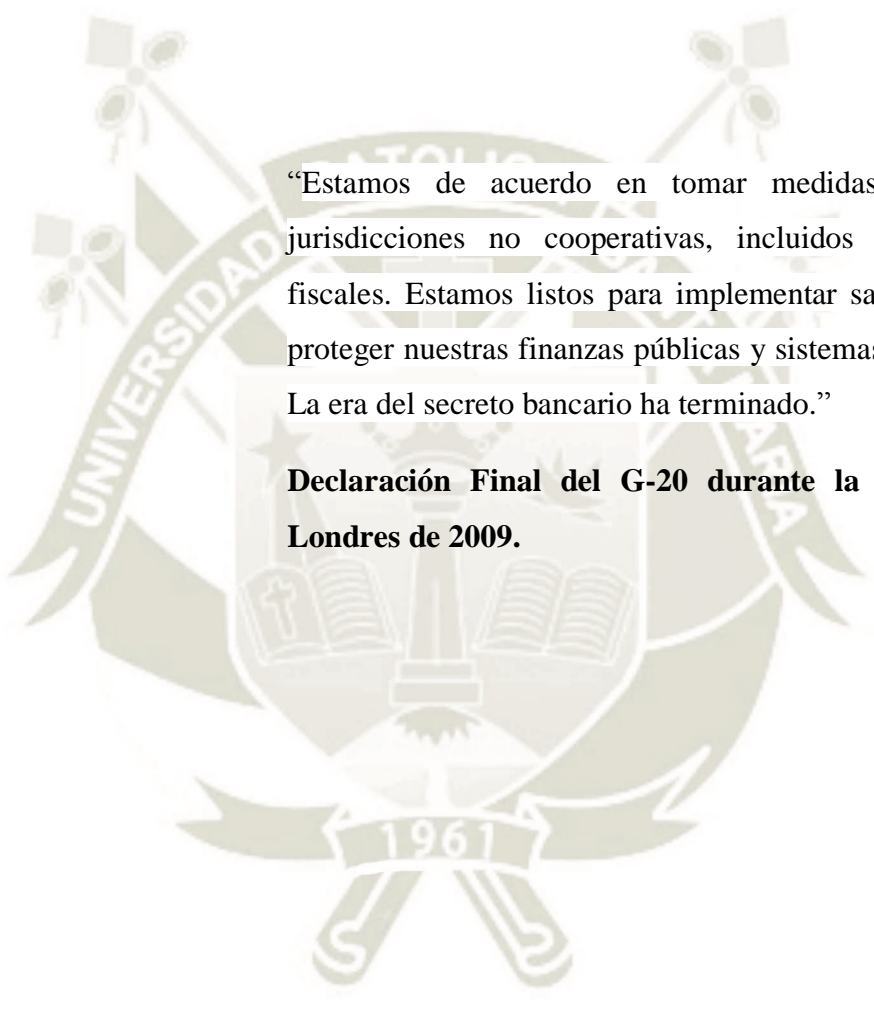
Dedicatoria

A mi madre, por su infinito amor, por inculcar en mí el amor por los libros, por ser ejemplo de persona, de profesional y hacer de mi lo que soy.

A mi esposa, por estar siempre ahí, por sus risas y paciencia durante esta investigación.

A nuestra pequeña Alba Lucía, por la renovada alegría que su llegada trajo a nuestro hogar.





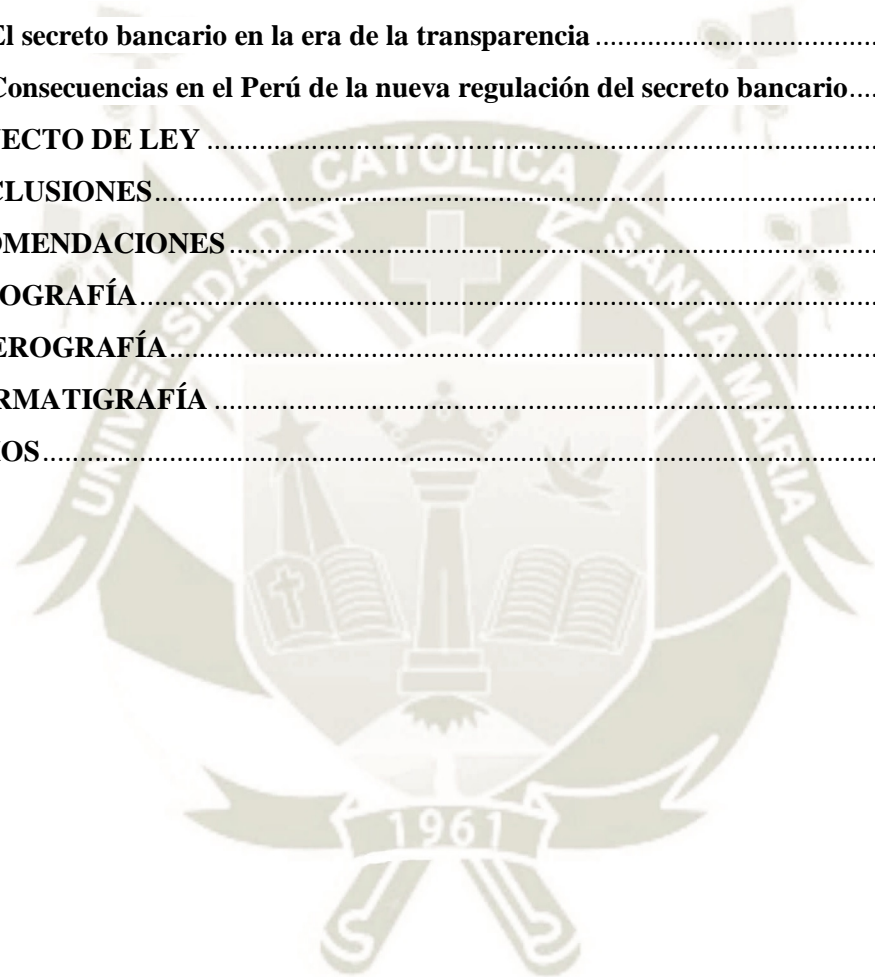
“Estamos de acuerdo en tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales. Estamos listos para implementar sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y sistemas financieros. La era del secreto bancario ha terminado.”

Declaración Final del G-20 durante la Cumbre de Londres de 2009.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I: EL SECRETO BANCARIO	14
1.- Síntesis histórica del secreto bancario	14
2.- Evolución normativa del derecho al secreto bancario en el Perú	16
2.1 Naturaleza jurídica del secreto bancario	17
2.2 Sujetos y operaciones cubiertas por el secreto bancario.....	22
2.3 El secreto bancario ante el tribunal constitucional	24
2.4 El secreto bancario ante el derecho penal.....	25
2.5 Límites del derecho al secreto bancario	27
2.6 Participación del ministerio público en el levantamiento del secreto bancario	29
2.7 El impuesto a las transacciones financieras (ITF) y su relación con el secreto bancario	30
2.8 Incidencia y repercusión del secreto bancario en otros tipos penales.....	32
2.9 Consecuencias jurídicas a la violación del secreto bancario.....	38
3.- Consecuencias económico-sociales del secreto bancario	39
4.- Trascendencia política-social del secreto bancario	42
4.1.- Paraísos fiscales y secreto bancario en un mundo globalizado	43
4.2.- Los Panama papers.....	46
4.3.- Odebrecht y el caso lava jato en el Perú	47
CAPÍTULO II: EL PERÚ Y LA OCDE.....	50
1.- Orígenes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)	51
2.- La OCDE en la actualidad	52
3.- Incorporación del Perú a la OCDE.....	53
4.- El Programa País de la OCDE con el Perú	54
4.- La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria	56
5.- Modificaciones legislativas exigidas por la OCDE.....	58
6.- Incorporación del intercambio de información al código tributario.....	65
CAPITULO III: INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL	68
1.- Política fiscal de la OCDE y consolidación democrática para los Estados	68
2.- Consideraciones generales y jurídicas sobre el intercambio de información	70
3.- Intercambio automático de información fiscal	73
3.1.- El Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria	75
3.2.- Acuerdos de Intercambio de Información de Impuestos.....	76

3.3.- Convenios de doble imposición.....	78
3.4.- La Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras o FATCA	82
3.5.- El Estándar Común de Reporte o CRS	84
3.6.- Asistencia administrativa mutua en materia tributaria en el Perú	86
CAPÍTULO IV: EL ESTÁNDAR COMÚN DE REPORTE (CRS) FRENTE AL SECRETO BANCARIO	88
1.- El secreto bancario ante la OCDE	88
2.- Constitucionalidad del nuevo acceso al secreto bancario	91
3.- El secreto bancario en la era de la transparencia	93
4.- Consecuencias en el Perú de la nueva regulación del secreto bancario.....	96
PROYECTO DE LEY	100
CONCLUSIONES.....	104
RECOMENDACIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	108
HEMEROGRAFÍA.....	111
INFORMATIGRAFÍA	113
ANEXOS.....	119



ABREVIATURAS

AEOI: Automatic Exchange of Information – Intercambio Automático de Información IAI

AII: Acuerdo de Intercambio de Información

CAN: Comunidad Andina de Naciones

CDI: convenios de doble imposición

CRS: Common Reporting Estandar – Estandar Común de Reporte ECR

EE.UU.: Estados Unidos

FATCA: Foreign Account Tax Compliance Act – Ley de Cumplimiento Tributario de Fuentes Extranjeras

FFI: Foreign Financial Institutions – Instituciones Financieras Extranjeras

GAFI: (Grupo de Acción Financiera Internacional

G-20: numerónimo del Grupo de los 20

IGAs: Acuerdos Intergubernamentales

ICIJ: International Consortium of Investigative Journalists - Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación

ITF: Impuesto a las Transacciones Financieras

MC: Modelo de Convenio

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

OECE: Organización Europea para la Cooperación Económica

ONU: Organización de las Naciones Unidas

RUC: Registro Único de Contribuyentes

SBS Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

SUNAT Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria

TICs: Tecnologías de Información y Comunicación

TIN: Tax Identification Number - Número de Identificación Fiscal

TIEA: Tax Information Exchange Agreements - Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria

UIF: Unidad de Inteligencia Financiera

RESUMEN

Dentro del desarrollo de la investigación propuesta, en el primer capítulo nos avocaremos a establecer el marco teórico fundamental para el estudio del secreto bancario en el Perú, conociendo su evolución histórica y normativa, así como su naturaleza jurídica, abarcando las distintas teorías formuladas para explicar la esencia de este derecho como también su actual estatus normativo y jurisprudencial en el sistema jurídico peruano, lo cual nos permitirá un mejor desarrollo de los postulados presentados en los siguientes capítulos. Igualmente dada la marcada trascendencia del secreto bancario en campos extrajurídicos, se abordaran sus aspectos económico, social y político para concluir con el estudio de los paraísos fiscales y su estrecha relación con el secreto bancario.

El segundo capítulo tendrá como eje central la declarada intensión del Perú de adherirse a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), desarrollando como parte de esta, la política fiscal promovida por este organismo internacional y como es que esta resulta incongruente con la normativa peruana, en especial a cuanto se refiere al secreto bancario, razón por la cual se vienen realizando importantes modificaciones en el ordenamiento legal interno conducentes a lograr la aceptación de nuestro país como miembro pleno de la OCDE.

En el tercer capítulo se analizará la política fiscal impulsada por la OCDE la cual está reflejada en el intercambio de información fiscal entre estados y cuya máxima expresión a la fecha la constituye el Estándar Común de Reporte (CRS) desarrollado por la OCDE y como es que este instrumento de cooperación exige forzosamente la flexibilización del secreto bancario peruano.

Finalmente, en el cuarto capítulo se realizará el análisis de las modificaciones legislativas implementadas por el Perú conforme a la exigencias de la OCDE, haciendo hincapié en el estudio de su constitucionalidad, la situación en que actualmente se encuentra el secreto bancario frente al estándar común de reporte y las perspectivas para los contribuyentes peruanos en esta nueva realidad jurídica para luego proponer un proyecto de ley de reforma constitucional con el que se espera superar la controversia jurídica advertida.

Palabras claves: secreto bancario, intercambio automático de información, transparencia fiscal, paraísos fiscales, OCDE, Perú

ABSTRACT

Within the development of the proposed research, in the first chapter we will focus on establishing the fundamental theoretical framework for the study of banking secrecy in Peru, knowing its historical and normative evolution, as well as its legal nature, covering the different theories formulated to explain the essence of this right as well as its current normative and jurisprudential status in the Peruvian legal system, which will allow us to better develop the postulates presented in the following chapters. Also given the marked importance of banking secrecy in extralegal fields, its economic, social and political aspects will be addressed to conclude with the study of tax havens and its close relationship with banking secrecy.

The second chapter will have as its central axis the declared intention of Peru to join the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), developing as part of this, the fiscal policy promoted by this international organization and how it is inconsistent with the peruvian regulations, especially as regards banking secrecy, which is why important changes have been made in the internal legal order leading to the acceptance of our country as a full member of the OECD.

The third chapter will analyze the fiscal policy promoted by the OECD which is reflected in the exchange of fiscal information between states and whose maximum expression to date is the Common Reporting Standard (CRS) developed by the OECD and how it is that this instrument of cooperation necessarily requires the relaxation of Peruvian banking secrecy.

Finally, in the fourth chapter the analysis of the legislative amendments implemented by Peru will be carried out in accordance with the OECD's requirements, emphasizing the study of its constitutionality, the situation in which banking secrecy is currently facing the common standard of report and prospects for Peruvian taxpayers in this new legal reality to then propose a bill of constitutional reform that is expected to overcome the legal controversy warned.

Keywords : banking secrecy, automatic exchange of information, fiscal transparency, tax havens, OECD, Peru

INTRODUCCIÓN

Desde la institucionalización del derecho al secreto bancario, este se erigió como un principio fundamental a proteger en un estado de derecho por cuanto la confianza que inspira en los ciudadanos constituye la base del sistema financiero, teniendo asimismo hondas implicancias no solo en el campo del derecho sino también a nivel económico, político y social. Es sin embargo también conocido que desde los orígenes de los sistemas impositivos en el pasado remoto, los contribuyentes siempre han buscado la forma de reducir su carga impositiva recurriendo a todos los mecanismos posibles, legales o no, siendo esta una conducta natural y previsible y con la cual las administraciones tributarias de todo tiempo y lugar han debido lidiar para garantizar el cumplimiento de sus fines.

Con el advenimiento de la modernidad, la globalización y el acelerado desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, se ha vuelto aún más complejo para el Estado ejercer su labor recaudadora por la mayor facilidad con que cuentan los contribuyentes para ocultar su patrimonio y sustraerse del pago de sus obligaciones tributarias. De allí que hoy en día la evasión tributaria practicada por personas detentoras de patrimonios significativos o de multinacionales poderosas, que se benefician de los sistemas tributarios de jurisdicciones de baja o nula imposición (paraísos fiscales) caracterizados también por su sólido secreto bancario, constituye un problema global que ha motivado ya una sólida respuesta de la comunidad internacional.

Frente a esta situación, el derecho al secreto bancario, surgido inicialmente como una manifestación de la propia naturaleza humana cimentada en la libertad de la persona y reflejada en la legítima aspiración de proteger su intimidad frente a terceros parece colisionar contra el propio aparato estatal, aquel Leviatán de fuerza y ley que dictaminó como uno de sus derechos fundamentales el percibir de sus súbditos los tributos que le permitan nutrir sus arcas y garantizar su propia existencia.

De esta manera cuando a principios de este siglo, los Estados de las principales economías del mundo evidenciaron los nuevos desafíos que debían enfrentar a causa de la opacidad bancaria con que muchos de sus principales contribuyentes se beneficiaban en paraísos fiscales y que les permitía sustraerse al pago de impuestos en sus jurisdicciones fiscales de origen, resolvieron adoptar una práctica que revolucionaría el sistema fiscal internacional, esta fue el intercambio automático de información (abreviado AEOI por

sus siglas en inglés) y que permitía en adelante a los Estados obtener información fiscal de sus pares sin tener que solicitarla previamente. Fue así que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) desarrolló el denominado Estándar Común de Reporte (CRS) para la información a intercambiar el cual entró inmediatamente en abierto conflicto con el hasta entonces incuestionado derecho al secreto bancario y que motivó que en el año 2009 el G-20 diera la lapidaria declaración cuya cita precede esta tesis.

Nuestro país no es ajeno a la conflictiva realidad entre el *ius imperium tributarium* del Estado y el derecho a la intimidad personal reflejado en el secreto bancario, de tal manera que cuando una autoridad competente y facultada por ley, solicita el levantamiento del secreto bancario debe justificar su pedido con la motivación suficiente, en principio indicando el delito investigado o el proceso por el cual se requiere contar con dicha información, señalando asimismo el detalle específico de las operaciones de las cuales se desea la información.

Dado pues que actualmente el Perú se encuentra en el declarado proceso de lograr su incorporación a la OCDE, el derecho al secreto bancario como se contempla en nuestro ordenamiento jurídico, puede resultar un obstáculo para el cumplimiento de los estándares internacionales de transparencia exigidos por esta organización internacional, fundamentalmente en lo concerniente al intercambio automático de información fiscal que exige necesariamente acceder a información tradicionalmente en salvaguarda por el secreto bancario, problemática cuyas implicancias constituyen el objeto central de estudio del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I: EL SECRETO BANCARIO

Antes de iniciar con el desarrollo de la problemática existente entre el secreto bancario y el estándar común de reporte (CRS) de la OCDE, consideramos necesario establecer de manera preliminar los fundamentos teóricos sobre los cuales se cimienta la presente investigación, la cual como se aprecia tiene como eje más importante la institución del secreto bancario que en nuestro país se encuentra consagrada en el derecho positivo desde la década del 30 del siglo pasado. De esta manera conocer su evolución histórica y normativa, así como su naturaleza jurídica y actual estatus normativo y jurisprudencial dentro del derecho peruano resulta imprescindible para poder abordar seguidamente los retos que el mundo contemporáneo ha impuesto a este derecho y frente a los cuales debe adecuarse o desaparecer.

1.- Síntesis histórica del secreto bancario

Aunque ya desde la edad media los primeros banqueros tenían como principio ético de sus negocios la reserva de las operaciones realizadas por sus clientes fue en la Italia del siglo XVI, según refiere Espriella y Ossío¹, que el Banco Ambrosiano de Milán se constituyó en la primera entidad financiera de Europa en regular expresamente el secreto bancario, estableciendo claras disposiciones respecto a la discreción exigida a sus empleados para con la información confiada por sus clientes.

En el reino de Francia por su parte, el secreto bancario mereció la especial atención del monarca Luis XIII, quien en 1639 promulgó un real decreto en el que resaltaba la importancia de la discreción y el secreto en las actividades de la banca. Ese mismo año una disposición administrativa de la Bolsa de Paris establecía que los asuntos de la Bolsa "no sean conocidos más que por aquellos que negocien en la misma".²

Fue sin embargo en 1706 que el secreto bancario alcanza su pleno desarrollo dentro del ordenamiento bancario europeo, ello al promulgarse en Francia, la llamada "Grande Ordonnance Sur le Commerce", una de las esenciales piezas de unificación legislativa llevadas a cabo por Luis XIV, el rey sol, y en la que se establece que "Cuenta habida de

¹ ESPRIELLA, Alfonso. *El secreto bancario*, Bogotá: Editorial Temis, 1979, pág. 59

² ACOSTA ROMERO, Miguel. *Nuevo derecho bancario: Panorama del sistema financiero mexicano*. México: Editorial Porrúa, 1983, pág. 407

que el secreto bancario es absolutamente necesario en las negociaciones de la banca, cambio, comercio y finanzas, que estas se consuman en su mayor parte en la ciudad, en cuadernos de notas y libros que no es posible llevarlos en forma regular y que a menudo se presentan varios agentes comerciales confusamente para hacer negociaciones, se establece que el secreto de las negociaciones no podrá ser revelado, y que la comunicación de los registros no podrá ser revelado, y que la comunicación de los registros no podrá ser cualquiera que sea el pretexto o la causa que se esgrima.”³

Será por consiguiente en la Francia dieciochesca, que el secreto bancario se instaurará como una obligación ineludible por parte de los agentes del comercio. De esta manera, en 1724 el Consejo de Estado Francés emitió disposiciones relativas al secreto bancario, siendo comúnmente aceptado ya a mediados del siglo XVIII que “Los agentes de cambio no podrán mencionar, en ningún caso a las personas que hayan encargado negocios, a las que tendrán que guardar un secreto inviolable, y deberán servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación”, según se recogía por aquel entonces en una sentencia de la Bolsa de París.⁴

Núñez Camacho⁵ por su parte, señala que en 1673, la Gran Ordenanza de Comercio de Colbert (título III, párrafo 9) dada en París, estableció el secreto de los libros de los comerciantes en general, siendo que un reglamento de octubre de 1706 establece el secreto para los negocios de banca, cambio, comercio y finanzas.

No obstante ello, es en el Reino de Prusia en 1846, que por primera vez se acuña el término “secreto bancario” en la reglamentación del Banco de Prusia, aunque en ese país este derecho ya gozaba de base legal y protección penal en los estatutos de la Königliche Giro Und Lehn, Banco de Berlín, en 1765.⁶

Ya entrado el siglo XX, Suiza ha sido considerada la sede del secreto bancario moderno, desde que en 1934 se aprobó en ese país la Ley de Bancos en la cual se regula expresamente el secreto bancario y se castiga penalmente su divulgación. Fue recién en 2014 que Suiza se sumó al proceso de intercambio automático de información financiera

³ FALCONÍ PICARDO, Marco. *El Secreto Bancario. Mitos y Realidades*, Arequipa: Editores Adrus, 2017, pág. 33

⁴ ESPRIELLA, Alfonso, *op. cit.*, pág. 59

⁵ NÚÑEZ, María. *El fenómeno de lavado de dinero en México*, México: Editorial Porrúa, 2008, pág. 95

⁶ SOLÍS, José. *Aspectos del mercado financiero y elementos de moneda y banca en Panamá*, Panamá: Editorial Sibauste, 1996, pág. 185

y fiscal de la OCDE, poniendo con ello fin a 80 años del hasta entonces impenetrable “secreto suizo”.

2.- Evolución normativa del derecho al secreto bancario en el Perú

Los primeros antecedentes legislativos del secreto bancario en el Perú pueden encontrarse en la Ley N° 7159, Ley de Bancos, promulgada el 21 de febrero de 1931, durante la presidencia interina de David Samanez Ocampo y Sobrino, que siguió a la caída del régimen de Augusto B. Leguía, y modificada en múltiples ocasiones en sus casi sesenta años de vigencia. Esta ley fue promulgada en el marco de la misión del célebre economista estadounidense Edwin Kemmerer, que tuvo entre sus consecuencias también la creación del Banco Central de Reserva del Perú y la entonces Superintendencia de Banca.

En esta ley se establecía que salvo las excepciones expresamente previstas estaba *“absolutamente prohibido al Superintendente de Bancos y a todos los empleados de la Superintendencia de Bancos dar a conocer cualquiera información relacionada con los documentos, informes u operaciones de cualquiera empresa bancaria o proporcionar a persona alguna que no esté al servicio de la Superintendencia de Bancos cualquier información con respecto a las operaciones y negocios de cualquier empresa bancaria, que pudiera haber llegado a conocimiento de ellos en el desempeño de su puesto”*.

Aunque ya la ley N° 7159 establecía responsabilidad penal para aquellos funcionarios que violaran el secreto bancario, fue recién con la promulgación de la Constitución de 1993 que este último derecho adquirió claro amparo constitucional y es que si bien la Constitución de 1979, en su artículo 2 inciso 8) reconocía de manera genérica el derecho “A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones”, la nueva carta de 1993, contempla que “El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”, reconociendo con ello su eminente carácter privado.

Es con la nueva Ley de Bancos e Instituciones Financieras, promulgada mediante Decreto Legislativo N° 637, en 1991, durante el primer gobierno de Alberto Fujimori, que se incorporan como novedades del secreto bancario en el Perú, entonces denominado “reserva bancaria”, el que los bancos pueden “proporcionar información a las autoridades

cuando esta se refiere a transacciones financieras y operaciones bancarias de personas implicadas en narcotráfico o se encuentren bajo sospecha de efectuarlo o puede ser solicitada por otro Gobierno con el que se tenga un convenio”.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 770, en 1993, finalmente la denominación de “Secreto Bancario” ingresa en nuestro ordenamiento jurídico ampliándose mediante esta norma el secreto bancario a las operaciones pasivas llevadas a cabo por los usuarios del sistema bancario, enumerándose al igual que en la Constitución las entidades para quienes no puede oponerse el secreto bancario, a saber, el Fiscal de la Nación, los Jueces y el Presidente de una Comisión Investigadora del Congreso.

Pocos años después, en 1996, entra en vigencia la actual Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, cuya principal innovación es limitar la protección del secreto bancario a las operaciones pasivas llevadas a cabo por los clientes de las empresas del sistema financiero, a diferencia de las anteriores normas legales que comprendían dentro del secreto bancario a todas las operaciones realizadas ante los bancos.

2.1 Naturaleza jurídica del secreto bancario

Antes de reseñar las distintas teorías esbozadas respecto a la naturaleza jurídica del secreto bancario, se hace necesario señalar que no existe concepto uniforme respecto a lo que en esencia es el secreto bancario en tanto cada definición está determinada por la posición doctrinal de su autor, de ahí que éste pueda resultar muy variado. No obstante ello, en el derecho contemporáneo y en palabras del profesor español Miguel Bajo Fernández, el secreto bancario puede ser definido como “la obligación jurídica de sigilo que pesa sobre el banquero respecto a las operaciones profesionales realizadas con su cliente”⁷ sin que con ello el autor refiera pretender tratar de determinar su naturaleza jurídica, la cual ha sido objeto de intenso debate a lo largo de los años como se verá más adelante. Entre las principales teorías respecto al origen y esencia del secreto bancario se encuentran las siguientes:

⁷ AUBERT, Maurice. KERNEN, Schonle y BAJO, Miguel. *Extensión y límites en Derecho privado, penal, administrativo, fiscal, judicial, en el marco de las convenciones internacionales y según la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos*, Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1990, pág. 553

a) El secreto bancario como secreto profesional

Esta teoría surge de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés público y el privado en el secreto bancario de allí que este sea considerado como parte del secreto profesional del banquero, siendo su origen la relación de confianza entre éste y su cliente, convirtiéndose el primero en un “confidente necesario”.⁸ Esta teoría, es comúnmente aceptada en la doctrina y jurisprudencia francesa, al punto que el término *secreto profesional del banquero* es preferido antes que *secreto bancario*. De manera similar ocurre en Italia, España y otros países de la Europa continental.

Al referirse a esta teoría el jurista italiano Alberto Crespi propone una visión más amplia del secreto profesional considerando al secreto bancario como “el secreto inherente al ejercicio profesional de determinada actividad”.⁹ Por otra parte, para los detractores de esta tesis, no debe confundirse la fuente de la obligación con el fundamento de la misma en tanto que “El fundamento del secreto bancario, o en su caso del secreto profesional bancario no se encuentra precisamente en su carácter de “profesional” sino en el substracto mismo de los bienes que se pretenden garantizar por su intermedio, entre los cuales, destaca de forma dominante, la debida preservación y custodia de la intimidad de la persona.”¹⁰

b) El secreto bancario como uso y costumbre

Considerando el origen del secreto bancario en los usos y costumbres de la actividad bancaria misma anteriores a su incorporación al derecho positivo; quienes postulan esta teoría afirman que es la costumbre jurídica la que define la naturaleza del secreto bancario por ser para los banqueros, un uso tradicional y universalmente observado, mantener reserva sobre los negocios del cliente.

Aceptada por buena parte de la doctrina italiana, esta teoría entre cuyos máximos defensores se encuentra Giacomo Molle afirma que el secreto bancario “ha

⁸ CREIMER, Israel. LÓPEZ, Oscar. *Secreto Bancario en el Uruguay*. Uruguay: Editorial Cultura Universitaria 1995, pág. 28

⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro. *El secreto bancario. Sobre su fundamento legislación y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 28

¹⁰ CERVINI, Raúl. (16 de setiembre de 2018). *Tribulaciones del secreto bancario uruguayo, Conferencia en la facultad de derecho de la universidad de Montevideo*. Recuperado de http://www.ciidpe.com.ar/area2/Tribulaciones_del_Secreto_Bancario.Cervini.pdf

terminado por constituirse en algo habitual y ha conquistado carácter de costumbre jurídica, en cuanto aparece como el fruto de efectiva observancia de una norma tácitamente puesta por la voluntad colectiva”.¹¹

Para sus críticos esta teoría basada en la naturaleza privada del secreto bancario resulta insuficiente para proteger los intereses de los mismos clientes del sistema bancario, debiendo fundamentarse por consiguiente desde un ámbito público del derecho.

c) El secreto bancario como un acuerdo privado

Como se infiere del título mismo, según esta teoría el secreto bancario tendría su fundamento en la voluntad de las partes, es decir en el contrato suscrito entre el cliente y la entidad bancaria. Sobre este punto la jurisprudencia anglosajona en el caso *Tournier vrs. National Provincial Bank* de 1924, habla de una cláusula implícita señalando que “La convención que liga al banquero con su cliente lleva consigo una cláusula implícita que obliga al banquero mismo a observar discreción sobre la cuenta de su cliente y de sus operaciones”¹².

Particularmente aceptada también en el derecho germano, la obligación del secreto bancario vendría a ser una obligación accesoria del contrato de derecho privado suscrito entre las partes, suponiendo su incumplimiento una violación al mismo que origina un deber de resarcimiento.

Entre los juristas que la proponen puede citarse al alemán Scheer quien señala que “entre los legítimos deseos del cliente figura, en primer lugar, el del secreto de la situación patrimonial y de sus negocios”, estando el banquero “obligado no solamente por todo lo que ha prometido expresamente en el contrato con su cliente, sino obligado además a comportarse del modo como debe comportarse todo buen banquero (...)”¹³.

¹¹ MOLLER, Giacomo. *El contrato bancario*, Milán: Editora Giuffré, 1966, pág. 65

¹² MEJAN CARER, Luis. *El secreto bancario*, Bogotá: Felaban, 1984, pág. 12

¹³ VERGARA BLANCO. Alejandro, *op. cit.*, pág. 36

Sin embargo es de señalar que la naturaleza convencional del secreto bancario resultaría insuficiente al momento de tratar de diferenciar su fundamento mismo del de la fuente de la obligación.

d) El secreto bancario como manifestación de buena fe

Este deber de corrección, como lo llama Blossiers Mazzini,¹⁴ obliga a la banca a guardar la información confiada por su cliente para la correcta ejecución de la contratación bancaria.

Reconociendo el carácter fiduciario (etimológicamente proveniente del latín “fides”, fe o confianza) de la actividad bancaria, el secreto bancario debe guardarse aun cuando no exista en el derecho positivo norma expresa que así lo mande.

e) El secreto bancario como parte del derecho la intimidad

Esta teoría, muy defendida en la práctica bancaria suiza, señala que la institución del secreto bancario no podrá ni merecerá subsistir más que como un medio de protección de las libertades individuales. De esta manera siendo que el derecho a la vida privada constituye un elemento fundamental de la libertad individual y por consiguiente dignidad humana, el secreto bancario se erige como un derecho frente a la injerencia abusiva de un Estado cada vez más tecnificado y con mayor capacidad para inmiscuirse en la vida íntima de las personas y cuya información sensible puede hoy en día ser fácilmente obtenida y almacenada en los llamados bancos de datos.

En el Perú, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho al secreto bancario como una manifestación del derecho a la intimidad aunque sin formar parte del núcleo duro de este derecho, como se verá posteriormente. Similar posición es compartida por otros organismos constitucionales como el español para quien el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente, postulando asimismo que “los datos de la vida privada que

¹⁴ BLOSSIERS MAZZINI, Juan. *Manual de Derecho Bancario*, Lima: Ediciones Legales EIRL, 2013, pág. 205

se reflejan en las operaciones bancarias de una persona forman parte del derecho a la intimidad”.¹⁵

f) El secreto bancario como protección de la actividad bancaria

Según esta teoría, el secreto bancario refuerza la confianza que los clientes tienen en las instituciones bancarias de manera que su naturaleza jurídica radica en la tutela que el legislador otorga a la actividad bancaria. De esta manera se reconoce la importancia de que el Estado garantice el secreto bancario para el desarrollo de la actividad económica y por consiguiente la generación de riqueza de sus ciudadanos.

Según el estudioso italiano Guido Ruta¹⁶, la protección legislativa del secreto bancario, responde a una finalidad de orden público de protección del sistema crediticio y en último término de la economía nacional, como se ve esta tesis se diferencia de las anteriores en sustraer al secreto bancario de la esfera del derecho privado haciendo de él un asunto de interés público por cuanto se entiende también que a mayor desarrollo económico de los particulares mayor será la recaudación del fisco por concepto de tributos de ahí que el interés de los bancos por mantener en reserva la información confiada por sus clientes sea la verdadera naturaleza de este derecho, afirmación que a priori puede no ser sostenible desde un punto de vista estrictamente positivo.

Por su parte Malagarriaga¹⁷ sostiene que el secreto bancario es una imposición a los bancos para no revelar la información confiada por sus clientes sin causa justificada por ley. En ese sentido podríamos concluir que el sentido del secreto bancario es la seguridad otorgada a los usuarios del sistema bancario y a la confidencialidad de sus fondos y operaciones. No obstante ello, como señala Falconí Picardo¹⁸, es importante anotar que en algunas legislaciones el secreto

¹⁵ GAY FUENTES, Celeste. *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, Madrid: Editorial Complutense SA, 1995, pág. 25

¹⁶ BARRIOS MIGLIARINI, Fernando. *El secreto bancario en tiempos de intercambio de información tributaria*, XIV Edición del Concurso de Monografías Jurídicas para Jóvenes Abogados, Montevideo: Felaban, 2012, pág. 35

¹⁷ BLOSSIERS MAZZINI, Juan, *op. cit.*, pág. 201

¹⁸ FALCONÍ PICARDO, Marco. *op. cit.*, pág. 43

bancario no tiene una regulación normativa expresa, siendo esta una de las observaciones que efectúa a esta teoría.

2.2 Sujetos y operaciones cubiertas por el secreto bancario

En cuanto respecta a la relación jurídica establecida entre las partes del secreto bancario, esta está constituida por un sujeto activo y un sujeto pasivo.

El sujeto activo corresponde al cliente o persona que hace uso de los servicios que prestan las entidades del sistema financiero, siendo por tanto el titular de la información bancaria que se protege.

Por su parte, el sujeto pasivo está constituido por las instituciones de intermediación financiera, en cuanto personas jurídicas, que se dedican a la actividad bancaria haciéndose extensiva esta clasificación a todos los empleados y personal que labora en estas instituciones así como a los funcionarios públicos que por las atribuciones de su cargo tienen acceso o pueden acceder a la información bancaria de los ciudadanos.

En cuanto corresponde a las operaciones cubiertas por el secreto bancario, debe en primer lugar distinguirse entre operaciones activas y operaciones pasivas, las primeras de ellas corresponden a los financiamientos que otorgan las instituciones de intermediación financiera a sus clientes, coloquialmente denominados “préstamos” y las cuales no son objeto del secreto bancario, al menos no en sentido estricto de la acepción, por cuanto cualquier persona natural o jurídica que sea detentora de un crédito sin importar el monto es reportada a la Superintendencia de Banca Seguros (SBS) y Administradoras de Fondos de Pensiones ello con la finalidad de ser clasificada en función a su puntualidad en los pagos. Asimismo, las centrales de riesgo privadas como Infocorp tienen acceso a la información de los clientes de activo de las instituciones de intermediación financiera, con lo cual todos ellos se encuentran registrados en las distintas categorías que van de “normal” a “pérdida”, pasando también por “con problemas potenciales”, “deficiente” y “dudoso”, dependiendo esto como se ha dicho del comportamiento del deudor.

Por otro lado tenemos las operaciones pasivas, que son aquellas por las cuales las instituciones de intermediación financiera captan recursos financieros, comprometiéndose a pagar una rentabilidad a sus clientes depositantes en función a un interés determinado, rentabilidad que puede ser pagada en dinero o activos financieros.

Una tercera clasificación, advertida por Del Cerro¹⁹, y que también incide en cuanto a los alcances del secreto bancario es aquella correspondiente a los servicios comisionarios, categoría dentro de la cual se encuentran las operaciones de mediación (transferencias, giros, etc.) y custodia (alquiler de cajas de seguridad, etc.) por las cuales la empresa de intermediación financiera cobra una comisión.

Ahora bien, conforme a lo señalado por el artículo 140° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, la información sobre la cual recae la prohibición del secreto bancario para las empresas del sistema financiero se refiere únicamente a “las operaciones pasivas con sus clientes” aunque el mismo artículo dispone que “No rige esta norma tratándose de los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, a que se refiere la Sección Quinta de esta Ley, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos a la Unidad de Inteligencia Financiera.”

Queda pues claro, que si bien en sus orígenes el secreto bancario comprendía a la totalidad de operaciones bancarias realizadas por los usuarios del sistema financiero, con la nueva normatividad esta cobertura se limita a las operaciones pasivas, es decir a aquellas en las cuales el banco es el deudor respecto del cliente.

¿Y qué ocurre entonces con las operaciones de transferencia, los giros y la emisión de cartas de crédito respecto de los cuales hacía referencia Del Cerro en los denominados servicios comisionarios? En estos casos la posición oficial asumida por la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y a la fecha no controvertida, se encuentra plasmada en el Oficio N° 12957-2007-SBS según el cual las transferencias de fondos son efectuadas con cargo a determinada cuenta bancaria, por involucrar el manejo de información protegida por el secreto bancario, si se encuentran dentro de su cobertura, no así los giros de dinero, los cuales por ser un servicio brindado por las entidades bancarias califican como operación neutra no cubierta por el secreto bancario, mientras que las cartas de crédito, como su mismo nombre lo indica, tienen una naturaleza de operación pasiva estando por tanto cubiertas por el secreto bancario.

¹⁹ DEL CERRO, Isabel. (13 de Junio de 2018). Operaciones pasivas de los bancos. Recuperado de <http://www.5campus.org/leccion/opasban>

De esta manera, bajo los alcances de la legislación actual como se verá más adelante, hoy por hoy la Administración Tributaria puede acceder a buena parte del secreto bancario de las operaciones pasivas, lo cual puede ser verificado por el contribuyente promedio mediante el simple uso de su clave sol en el portal “SUNAT – Operaciones en Línea” en el cual en el apartado Consultas ITF se encuentra registrado detalladamente todo el movimiento bancario y no bancario de fondos (giros y transferencias), tanto en moneda nacional como extranjera desde marzo de 2004 a la actualidad, ello en virtud a la modificación legal introducida por la creación del Impuesto a las Transacciones Financieras como se detalla en el título siguiente.

2.3 El secreto bancario ante el tribunal constitucional

Como se ha dicho anteriormente, no fue hasta la promulgación de la Constitución de 1993 que el secreto bancario fue recogido explícitamente por el ordenamiento constitucional peruano. Sin embargo como señala Gutiérrez Camacho²⁰, su anterior aplicación “era fruto de la costumbre y de la presunción de una obligación tácita tanto del banquero como del Estado, en la relación banco-cliente y Administración Tributaria-contribuyente, respectivamente. Se apelaba entonces a la obligación del secreto profesional como fundamento jurídico de estas obligaciones, figura que sí estaba regulada en nuestro ordenamiento y cuya vecindad es innegable.”

La consolidación del secreto bancario como derecho constitucional fue producto del acelerado desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) a finales del siglo pasado y que ponían en grave riesgo la confidencialidad de la información bancaria de los ciudadanos y por ende su intimidad personal.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “es posible concluir que la reserva tributaria y el secreto bancario forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, o, como se le ha denominado, a "poseer una intimidad".”²¹

En el mismo sentido ha precisado que la protección constitucional otorgada al secreto bancario, tiene por fin asegurar la confidencialidad de una esfera de la vida privada de las

²⁰ GUTIÉRREZ, Walter. *La constitución comentada*, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pág. 99

²¹ Tribunal Constitucional del Perú (2016). Sentencia recaída en el expediente 0009-2014-PI/TC. Más de 5000 ciudadanos contra el Congreso de la República. 4 de marzo. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00009-2014-AI.pdf>

personas, “en concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero. En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras”.²²

Sin embargo, cabe aquí precisar que si bien el secreto bancario se encuentra constitucionalmente reconocido como parte del derecho a la intimidad, no se encuentra dentro del núcleo duro de este derecho, de allí que su ejercicio u oponibilidad no sea absoluta siendo que si bien es información económica que debe ser mantenida en reserva, puede ser levantada en situaciones expresamente previstas por ley.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido claro en ese sentido al precisar que el derecho al secreto bancario no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal, ello por tres razones: “a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2º7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2º5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.”²³

2.4 El secreto bancario ante el derecho penal

Hemos dicho anteriormente que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por considerar al derecho al secreto bancario como una manifestación del derecho a la intimidad de la persona, aunque sin considerarlo parte esencial del mismo, permitiendo con ello su restricción en supuestos debidamente determinados por ley. Sin embargo en

²² Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el expediente 0004-2004-AI/TC. Colegio de Abogados del Cusco y otros. 21 de setiembre. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html>

²³ Ídem

el ámbito del derecho penal peruano la naturaleza jurídica del secreto bancario radica en el derecho al secreto profesional de allí que su violación sea considerada la comisión del delito tipificado en el artículo 165° del Código Penal.

“Violación del secreto profesional

Artículo 165°.- *El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa.”*

Partiendo pues de la concepción del secreto profesional como el pilar fundamental sobre el que se cimienta la relación entre un profesional y su cliente basada en la mutua confianza, nuestro código penal lo considera tanto un derecho como una obligación en función de la perspectiva de las partes en la relación. No obstante, no debe entenderse que esta obligación alcanza únicamente a los privados quienes en función de su profesión, en sentido estricto, o relación contractual, tengan acceso a la información bancaria de un tercero, sino también a los funcionarios públicos que por las atribuciones de su cargo puedan acceder al secreto bancario de un ciudadano y eventualmente hacer una develación indebida en perjuicio de éste. De allí que en el caso del secreto bancario debido en razón del secreto profesional pueda afirmarse que tiene una naturaleza mixta (privada y pública) por cuanto si bien su titular es quien otorga su consentimiento para que el detentor de su información bancaria tenga acceso a ella, a la vez es posible que esta se haga pública por un interés social que se considere de mayor relevancia o digno de protección, como sería una orden judicial de levantamiento de secreto bancario en una investigación por lavado de activos.

Aunque en el caso en que el violador del secreto bancario sea un funcionario público y su ilícito pueda considerarse como un delito de abuso de autoridad tipificado en el artículo 367° del Código Penal, por su accionar arbitrario en perjuicio de un ciudadano; consideramos que en esencia la conducta ilícita radica en la violación del secreto bancario, razón por la cual se hace necesaria una adecuación de este tipo penal que vaya en concordancia con las recientes modificaciones legales efectuadas y que permiten a servidores públicos acceder directamente a la información bancaria de las personas.

Sin perjuicio de lo señalado, las diferentes concepciones aparentemente opuestas sobre la naturaleza jurídica del secreto bancario en el derecho constitucional y el derecho penal

nacional, no implican necesariamente contradicción que pueda ser objeto de conflicto al momento de interpretar y aplicar la ley toda vez que en última instancia el secreto profesional es un elemento indispensable para la tutela del derecho a la intimidad.

2.5 Límites del derecho al secreto bancario

Si bien es cierto en sus orígenes el secreto bancario era un derecho invulnerable y prácticamente absoluto, para pasar luego a tener ciertas limitaciones por la ley, desde finales del siglo pasado ha venido siendo objeto de duros cuestionamientos por el supuesto potencial efecto dañino que el amparo otorgado por este derecho puede efectuar en la economía de un país e incluso en la confianza que los ciudadanos tienen en el estado de derecho.

Previamente a abordar la problemática actual del secreto bancario como institución del derecho, cabe desarrollar los límites que tradicionalmente los distintos ordenamientos jurídicos han impuesto al ejercicio de este derecho con mayor o menor restrictividad al punto que el estudioso francés León Meyre afirma que hablar del secreto bancario es hablar de sus limitaciones.²⁴

Según anota Carrillo del Teso²⁵, el secreto bancario está acotado por dos tipos de límites: subjetivos y objetivos. Entre los primeros están el consentimiento expreso del cliente, la información interbancaria y el interés legítimo del banco, por otra parte los límites objetivos están constituidos por las disposiciones del derecho positivo, las cuales pueden darse dentro del ámbito administrativo o el ámbito procesal penal. Ciñéndonos al objeto de estudio de la presente tesis corresponde hacer mención a la figura del levantamiento del secreto bancario, tan común en los ordenamientos jurídicos del mundo occidental.

Dentro del estado de derecho moderno, caracterizado por el constitucionalismo y la separación de poderes, es al Poder Judicial a quien en primer lugar el ordenamiento legal otorga la prerrogativa de ordenar el levantamiento del secreto bancario de un individuo, en su condición de órgano coactivo y garante de los derechos constitucionales, procediendo en defensa a los intereses del Estado o del conjunto de sus ciudadanos.

²⁴ MEYRE, León-Henri. *El secreto profesional del banquero y sus límites*, París: Editorial Belleville-Reneaux, 1989, pág. 110

²⁵ CARRILLO DEL TESO, Ana. *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias*, España: Editorial Universidad de Salamanca, 2014, pág. 197

En nuestro ordenamiento jurídico el Ministerio Público tiene también la potestad de solicitar el levantamiento del secreto bancario en su condición de órgano representativo de los intereses de la sociedad y persecutor del delito, debiendo sus miembros mantener en reserva dicha información siempre que no resulte lesiva al interés público. De igual manera el Fiscal de la Nación de un país o gobierno extranjero con el cual el Perú haya celebrado un convenio puede solicitar el levantamiento del secreto bancario contra los presuntos implicados en un hecho delictivo.

Constitucionalmente gozan de la misma facultad el presidente de una Comisión Investigadora del Congreso, respecto de los hechos que comprometan el interés público y el Superintendente de Banca y Seguros de acuerdo a sus atribuciones conferidas por la ley especial. Por ser de especial interés a la presente investigación las recientes iniciativas legislativas presentadas por el Ejecutivo que han permitido a la Superintendencia de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) acceder al secreto bancario de los contribuyentes se verán de manera especial en los capítulos siguientes, adelantando aquí que han sido dadas en el marco de la reforma gradual impulsada por el Ejecutivo y encaminada a lograr la incorporación del Perú a la OCDE.

En el campo del derecho administrativo, ha sido la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, la que se ha encargado, en su artículo 143, de fijar un límite objetivo al secreto bancario al señalar que este no rige cuando la información sea requerida por los jueces, el fiscal de la nación, gobiernos con los que tengamos convenios, el presidente de una comisión investigadora del Congreso y el superintendente de la SBS, siendo actualmente dicho artículo objeto de modificación por las razones ya expuestas.

De la misma manera en el derecho procesal penal, la Ley N° 27379, ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, dispone en su artículo 2° que el fiscal provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, puede solicitar al juez penal el levantamiento del secreto bancario respecto de las cuentas vinculadas al investigado, así no figuren directamente a su nombre, entendiéndose que dichas cuentas podrían encontrarse a nombre de terceros o testaferros, siendo facultad del fiscal solicitar su bloqueo e inmovilización. El artículo 235° del Código Procesal Penal regula también el procedimiento del levantamiento del secreto bancario.

Otro de los límites impuestos al secreto bancario en el Perú, se ha establecido recientemente con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1249, publicado el 12 de noviembre de 2016. A través de este decreto se fortalece el accionar de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) quien ahora puede solicitar directamente al juez el levantamiento del secreto bancario sin intervención del Ministerio Público, situación que no está completamente exenta de controversia jurídica por tratarse de un derecho constitucional.

2.6 Participación del ministerio público en el levantamiento del secreto bancario

Entre las autoridades no jurisdiccionales facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario, que no debemos olvidar es una medida restrictiva de derechos, el Ministerio Público ocupa sin lugar a dudas un lugar preeminente por su condición de órgano encargado de defender la legalidad, el interés social y perseguir el delito.

Como titular de la acción penal pública el Ministerio Público está facultado para dirigirse por escrito a cualquier organismo público autónomo y solicitar la información y documentación que estimare conveniente para el ejercicio de sus atribuciones.

Con la publicación de la Resolución Ministerial N° 243-2014-JUS publicada el 13 de noviembre de 2014 en el diario oficial, entró en vigencia el Protocolo de actuación conjunta, para el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú, dirigido al levantamiento del Secreto Bancario, Reserva Tributaria y Bursátil.

En el indicado protocolo se establecen las pautas a seguir para los casos de levantamiento de secreto bancario de personas naturales y jurídicas en las investigaciones preliminares llevadas a cabo por el Ministerio Público y las que fueran encargadas a la PNP en su condición de órgano coadyudante.

Este procedimiento previsto en cinco pasos se inicia con la solicitud de levantamiento de secreto bancario cursada por el operador policial al fiscal, quien de considerarlo conveniente solicitara esta medida excepcional ante el juez penal, debiendo precisarse que la información solicitada deberá ser remitida en el plazo máximo de un mes. De encontrar el juez debidamente sustentado el requerimiento del fiscal se expedirá la correspondiente resolución judicial, la cual será notificada mediante auto dentro de los 24

horas siguientes, debiendo el Ministerio Público ejecutar la medida con el apoyo de la Policía Nacional del Perú.

Entre las disposiciones resaltantes de esta resolución ministerial es de advertirse que únicamente puede solicitarse el levantamiento del secreto bancario en los siguientes supuestos: incrementos patrimoniales injustificados, operaciones financieras anómalas vinculadas con actividades ilícitas y la inexistencia de actividades comerciales o económicas que justifiquen un incremento patrimonial u operaciones en el sistema financiero o de intermediación. Asimismo se recalca el carácter excepcional de esta medida y la valoración de los principios de proporcionalidad e intervención indiciaria.

2.7 El impuesto a las transacciones financieras (ITF) y su relación con el secreto bancario

Entre las medidas adoptadas por el ejecutivo peruano en el año 2004 para combatir la evasión tributaria y la informalidad, estuvo la creación del Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), ello con la publicación con fecha 26 de marzo de ese año, de la Ley N° 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía.

Como es de conocimiento general, el Impuesto a las Transacciones Financieras o ITF, es un impuesto que afecta con un porcentaje del monto total de la operación a determinadas operaciones realizadas a través de las empresas del sistema financiero, así como aquellas realizadas en cualquier otra entidad creada para realizar intermediación financiera, con ello se logra, además de formalizar todas las operaciones financieras y canalizarlas a través de medios legales que permitan identificar su origen y destino, que el Estado pueda ejercer sus facultades de fiscalización contra la evasión tributaria, el lavado de activos y otros delitos, permitiendo a la Administración Tributaria el acceso a la información bancaria de los ciudadanos en forma directa aunque general y limitada y, en principio, con fines tributarios.

Contra esta nueva medida impositiva, el Colegio de Abogados del Cusco interpuso con fecha 23 de abril de 2004 una demanda de inconstitucionalidad por considerarla, entre otros puntos, violatoria al secreto bancario, ya que su artículo 17° autorizaba a la autoridad tributaria el acceso a la información bancaria de los ciudadanos en forma directa, cuando la Constitución sólo señala tres supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario.

Emplazado el Congreso de la República a contestar la demanda interpuesta, el legislativo respondió, sobre la materia que nos ocupa, que el derecho al secreto bancario se circunscribe sólo a la confidencialidad de la información sobre las operaciones pasivas, señalando asimismo que la reserva de la información que ofrecen las entidades del sistema financiero, obedecía a la práctica comercial o a razones de índole contractual, con lo que no podía entenderse que dichos datos se encontraran bajo la protección constitucional del secreto bancario. Con ello quedaba clara la posición del poder legislativo respecto a que el contenido de la información que las empresas del sistema financiero pusieran en conocimiento de la Administración Tributaria, por la declaración y el pago del impuesto a las transacciones financieras (ITF), no estaba referido a las operaciones pasivas, por lo que no supondría vulneración alguna al derecho al secreto bancario.

Como se vio anteriormente, el Tribunal Constitucional se pronunció por no considerar al secreto bancario como parte esencial del derecho a la intimidad permitiendo con ello las afectaciones que, *manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente.*²⁶

Dicho de otra forma, se permitía a la SUNAT tener acceso a información, si bien general, protegida de ordinario por el secreto bancario, pero con el declarado propósito de, guardar la reserva respectiva y abocarse a la fiscalización y detección del fraude tributario.

Naturalmente la decisión adoptada por el órgano constitucional tuvo tanto posiciones a favor como en contra, por un lado estaban quienes consideraban que la restricción efectuada al secreto bancario resultaba limitada y razonablemente necesaria y proporcional para permitir al Estado la administración de la hacienda pública, mientras que para otro sector se trataba de una clara violación al secreto bancario por obligar a las entidades financieras informar la base sobre la cual se efectuaba el cálculo del mencionado impuesto y acceder también al movimiento de fondos efectuado por el contribuyente, información considerada valiosa para conocer la situación tributaria de las personas.

²⁶ Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el expediente 0004-2004-AI/TC. Colegio de Abogados del Cusco y otros. 21 de setiembre. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html>

Transcurridos ya más de 14 años desde la entrada en vigencia del impuesto a las transacciones financieras, hoy en día el Ejecutivo peruano es claro en cuanto a su intención de ya no de limitar el secreto bancario respecto al Estado, sino de reducirlo a una mínima expresión, permitiendo a la administración tributaria no solamente el acceso a saldos o información del pasivo de las cuentas de los contribuyentes, que ya tiene a través del ITF, sino también a sus ingresos o depósitos dentro del sistema financiero con la finalidad declarada de combatir la corrupción, el lavado de activos, la evasión tributaria y lograr el ingreso del Perú a la OCDE.

Dentro de esa línea, 28 de mayo de 2018 ante el Foro Económico Internacional sobre América Latina y el Caribe celebrado en París, el Ministro de Economía peruano David Tuesta, anunció públicamente que “Estamos muy cerca de aprobar una ley que abre finalmente el secreto bancario de personas y empresas”.²⁷

2.8 Incidencia y repercusión del secreto bancario en otros tipos penales

El principal desafío que enfrenta el secreto bancario en la actualidad, es evitar que este derecho sea utilizado para facilitar u ocultar graves actividades ilícitas entre las que pueden señalarse no solo la evasión fiscal y la corrupción de funcionarios públicos mediante depósitos ocultos en cuentas *off shore* sino también el narcotráfico y el terrorismo.

Ahora bien, ¿cómo es que tipos penales de tamaña peligrosidad para la seguridad de los Estados y sus ciudadanos se ven facilitados por el secreto bancario? Para responder esta interrogante en primer lugar debemos tener como punto de partida la principal ventaja que ofrecen los bancos situados en paraísos fiscales o donde el derecho al secreto bancario es particularmente fuerte y la cual no es otra que la posibilidad de abrir cuentas secretas o numeradas, esto es aquellas en las cuales los nombres de los depositarios se encuentran separados de las cuentas, permitiendo también la creación entidades comerciales en las cuales su titular se oculta en el anonimato siendo estas administradas por un tercero, generalmente un agente comercial residente en el paraíso fiscal y donde además se opera libre de impuestos. Una ausencia de cooperación por parte del Estado sobre el cual se

²⁷ REDACCIÓN PERÚ21. (25 de mayo de 2018). Perú promete poner fin al secreto bancario para luchar contra la corrupción. Perú 21. Recuperado de <https://peru21.pe/politica/peru-promete-poner-secreto-bancario-luchar-corrupcion-408490?foto=2>

erige este paraíso fiscal viene a coronar esta infranqueable barrera para la persecución del delito.

Secreto bancario y financiamiento del terrorismo

Con todas las facilidades antes mencionadas, aunadas a la avanzada tecnología del mundo moderno reflejada en las TICs, un capital de libre y fácil circulación y la falta de convenios internacionales sobre regulación bancaria, se pueden transferir anónimamente grandes sumas de dinero generado de actividades ilícitas o destinado a ellas, a países desde los cuales se podrá insertar posteriormente estos recursos con apariencia de legalidad.

Luego de los ataques del 11 de setiembre, Estados Unidos lanzó su denominada guerra global contra el terrorismo parte de la cual debía librarse no en los campos de batalla de Oriente Medio sino en las redes bancarias de diversos países del mundo en los cuales operaba una compleja red de financiación para agrupaciones terroristas como Al Qaeda, cuyas ramificaciones apuntaban en principio a algunos de los más conocidos magnates saudíes con estrechas relaciones con miembros de la familia real de ese país y que llegaron a extenderse incluso hasta el banco SunTrust de Florida en cuyas cuentas, 9 de los pilotos suicidas del 11 de setiembre fueron financiados con miles de dólares desde Europa y oriente Próximo.

Esta nueva “economía del terror” como le han llamado algunos de sus estudiosos, favorecida como hemos dicho por la libre circulación de capitales y el secreto bancario, se nutre de dinero proveniente de los más diversos delitos como el tráfico de drogas, la trata de personas, extorsiones, pago de rescates por secuestros, comercio ilegal de petróleo y piedras preciosas e incluso tráfico de obras de artes y patrimonio cultural e histórico saqueado de los lugares ocupados por grupos terroristas. Otro importante grupo de ingresos proviene de los donativos que magnates y, se ha dicho, Estados fundamentalistas como Arabia Saudí y otros países del golfo Pérsico, hacen a mezquitas y ONG islámicas usadas como fachadas por los grupos terroristas de oriente medio siendo el caso incluso que muchos donantes bienintencionados nunca llegan a conocer el destino final de su dinero.²⁸

²⁸ REDACCIÓN PERÚ21. (25 de mayo de 2018). Macron: «Arabia Saudí y Qatar financian el terrorismo». ABC. Recuperado de https://www.abc.es/internacional/abci-macron-arabia-saudi-y-qatar-financian-terrorismo-201708312028_noticia.html

Tal situación motivo que en el año 2006 diversos medios periodísticos informaran que el Gobierno de EE UU, amparándose en Ley de Poderes Económicos en caso de Emergencia Internacional de 1977, llevaba más de cuatro años accediendo de manera oculta a bases de datos financieros en todo el mundo para detectar transferencias nacionales e internacionales de dinero que pueden estar relacionadas con las redes terroristas, examinando para ello miles de transacciones bancarias en una estrategia de la cual el subsecretario del Tesoro estadounidense, Stuart Levey, dijo que, "seguir el rastro del dinero es uno de los sistemas más válido que tenemos para identificar terroristas. Es un rastro que no miente".²⁹

Esta situación no es ajena a la realidad peruana, pues si bien hoy en día es consenso generalmente aceptado que los grupos terroristas Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), protagonistas del sangriento conflicto armado que se desarrolló en el Perú entre los años 1980 y 2000 y que ocasionó alrededor de 70,000 muertos, se encuentran mayormente desarticulados y reducidos a su mínima expresión en pequeñas regiones selváticas del país, no es menos cierto que el terrorismo peruano ha evolucionado en un nuevo tipo de insurgencia armada denominada ahora narcoterrorista, por la estrecha alianza entre grupos terroristas con narcotraficantes de las zonas que ocupan, a los cuales protegen y prestan asistencia logística a cambio de dinero, llegando a establecerse alianzas con bandas narcotraficantes de países vecinos como Colombia y siendo por tanto una constante amenaza para el Estado y las fuerzas de seguridad como se evidencia de los constantes ataques a patrullas y puestos militares que cada tanto son noticia en los medios periodísticos peruanos.

Sin embargo es necesario aclarar que el financiamiento del terrorismo en el Perú no tiene su único origen en el tráfico de drogas pues comprende también, aunque en menor medida, otras actividades ilícitas como la minería y la tala ilegal, el contrabando, así como la extorsión a empresas formales que operan en la zona bajo amenaza de atentar contra su propiedad y la vida de sus trabajadores, como quedó claro en el secuestro a los trabajadores de la empresa gasífera Camisea por parte de remanentes de Sendero Luminoso en el año 2012.

²⁹ CALVO, Roy. (24 de junio de 2006). EE UU espía millones de transferencias bancarias internacionales desde el 11-S. El País España. Recuperado de https://elpais.com/diario/2006/06/24/internacional/1151100002_850215.html

Fue en el año 2011 que se evidenció públicamente en el Perú lo que ya se presumía que venía ocurriendo desde muchos años atrás, esto es el financiamiento del terrorismo y el lavado de activos mediante la constitución de empresas fachada, destinadas a dar apariencia de legalidad al dinero ilícito proveniente del VRAE. En aquel año la División de Lavado de Activos de la Policía Antiterrorista descubrió que el empresario iqueño **Álex Gutiérrez Mantari** había montado una enorme red de empresas familiares como grifos, agropecuarias, expendedoras de gas, fábricas de ladrillos, avícolas, automotrices y tiendas de fertilizantes, entre otros, con dinero proveniente del clan Quispe-Palomino, cabecillas de la organización terrorista Sendero Luminoso, a quienes a cambio proveía de armas, municiones, equipos tecnológicos, víveres y medicinas, favoreciendo también medios logísticos para el tráfico de cocaína.³⁰

En este contexto, la respuesta del Estado peruano ha sido aumentar el control al sistema bancario o dicho de otra forma limitar el derecho secreto bancario, como se ejemplifica con la promulgación el 17 de setiembre de 2018, del Decreto Legislativo N° 1434, por el cual la administración tributaria (SUNAT) podrá en adelante acceder al secreto bancario de los contribuyentes respecto de cuentas con depósitos mayores a \$10,000, monto establecido para el registro de operaciones que deben hacer las entidades financieras referidas a detección de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Secreto bancario y lavado de activos

Como señala Prado Saldarriaga: *“con las expresiones lavado de dinero, blanqueado de dinero, reciclaje de dinero o legalización de capitales, se suele identificar en el derecho penal contemporáneo a un mismo fenómeno delictivo, que se vincula con actos dirigidos a otorgar una apariencia legal y legítima a los bienes y ganancias que se originan o derivan de una actividad ilegal punible”*.³¹

En 1988, cuando ya era evidente la internacionalización del delito del lavado de activos a causa del tráfico ilícito de drogas, y ante la necesidad de dar también una respuesta

³⁰ REDACCIÓN PERÚ21. (12 de abril de 2012). Detienen en Ica a testaferros de hermanos narcoterroristas Quispe Palomino. Perú 21. Recuperado de <https://peru21.pe/lima/detienen-ica-testaferros-hermanos-narcoterroristas-quispe-palomino-23967>

³¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y bancario en el Perú*, Lima: Idemsa, 1994, pág. 13

internacional a este flagelo, tuvo lugar Convención de Viena, en la cual se establecieron las bases para determinar el tipo penal correspondiente al delito de lavado de activos y homogenizar con ello las legislaciones del mundo. En aquel momento se propusieron dos etapas para el tipo penal de lavado de activos, las cuales de manera resumida podemos definir como:

1. La conversión o transferencia de bienes a sabiendas que proceden de actividades delictivas con el objeto de encubrir o disimular su origen ilícito, o ayudar a cualquier persona en su participación o eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
2. La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, del origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes a sabiendas que proceden de un delito o de algún acto de participación en tal delito.

Entre las medidas dispuestas por la Convención de Viena en aquel momento para combatir el lavado de activos estuvieron la puesta en práctica de vínculos de cooperación internacional, asistencia judicial recíproca, levantamiento del secreto bancario y establecimiento de plazos amplios de prescripción.

Con ello se buscaba aumentar la presión del derecho penal sobre un delito cuya principal manifestación en el tráfico ilícito de drogas, constituía un problema de hondas repercusiones económicas y sociales a nivel global. Habiendo transcurrido treinta años desde esta primera iniciativa son muchas las modificaciones que se han dado en las legislaciones del mundo para combatir el lavado de activos, existiendo a la fecha entre los Estados múltiples convenios de cooperación internacional y asistencia judicial, un derecho al secreto bancario cada vez más débil y una legislación más dura contra el lavado de activos que la que se tenía a fines del siglo XX.

Secreto bancario y corrupción de funcionarios

Dentro de los actos de corrupción sancionados por el Código Penal peruano, el cohecho ocupa el lugar preeminente en la casuística nacional, delito del cual debemos ocuparnos por encontrarse comprendido dentro de los alcances de la presente tesis. Como es sabido este tipo penal sanciona al funcionario público que acepta o solicita el pago de un beneficio económico de carácter indebido de parte de un particular, este beneficio

económico indebido, llamado coloquialmente coima, generalmente corresponde a una suma de dinero, la cual tiene por finalidad hacer que el funcionario público haga o deje de hacer un acto en violación al principio de legalidad que rige su actuación.

Ahora bien, como es de esperar en este tipo de actividades delictivas, el funcionario beneficiado con el pago indebido buscará ocultar con cualquier medio el dinero ilícito recibido antes de buscar insertarlo con visos de legalidad dentro de su patrimonio personal, recurriendo para ello a otras modalidades delictivas. Tratándose de sumas significativas la bancarización suele ser la manera más rápida y sencilla de poner a cubierto el dinero ilícito, amparándose en el derecho al secreto bancario para evitar que terceros tengan acceso a la información bancaria personal o que se evidencie a corto plazo un incremento patrimonial que pueda motivar una investigación en su contra.

En ese orden de ideas, dado que el derecho al secreto bancario puede ser utilizado como un mecanismo para facilitar la corrupción de funcionarios y proteger a quienes incurren en este tipo de actos delictivos es que los Estados implementan las iniciativas legislativas necesarias para una adecuada regulación bancaria y la detección de actos de corrupción.

No obstante ello, en el mundo globalizado de hoy, resulta relativamente sencillo, en especial para un funcionario corrupto de alto nivel, recurrir a la banca extraterritorial para ocultar sus ingresos indebidos, incluso con la abierta cooperación del agente corruptor que previsiblemente tratará de mantener el anonimato en la operación, resultando por tanto el proceso del levantamiento del secreto bancario largamente engorroso pese a los esfuerzos que la comunidad internacional viene desplegando en ese sentido.

Un ejemplo reciente de ello se tiene en el caso Odebrecht, donde esta empresa recurrió a un sofisticado sistema virtual de control para el pago de coimas mediante la creación de una oficina especializada denominada como de *Operaciones Estructuradas*, mediante la cual se realizaba el pago de sobornos y aportes políticos en el propio país y el extranjero. Este sistema cuyos servidores se instalaron en la ciudad de Ginebra en Suiza permitía utilizar un sistema de correos electrónicos especialmente creado para las comunicaciones encriptadas entre los directivos y operadores de Odebrecht y la de estos con los bancos en los cuales se realizaba el depósito de los sobornos, utilizando asimismo para el flujo de dinero cuatro niveles de cuentas bancarias en distintos países, el último de los cuales era manejado por operadores de confianza de la empresa quienes se encargaban de hacer llegar el dinero a sus destinatarios finales, es decir los políticos y funcionarios corruptos.

Frente a esta compleja situación, a efectos de reprimir los actos de corrupción e impedir que estos se sigan institucionalizando en todos los niveles de la administración pública se hace necesario fortalecer las facultades fiscalizadoras del Estado y los convenios de cooperación internacionales, lo que implica necesariamente redefinir el derecho al secreto bancario, evitando que una concepción robusta de este se convierta a la larga en un impedimento insalvable para la persecución del delito.

2.9 Consecuencias jurídicas a la violación del secreto bancario

Como se vio anteriormente, el secreto bancario constituye para nuestro sistema legal una manifestación del secreto profesional, por el cual el detentor de la información bancaria, ya sea en virtud de un contrato o por la función desempeñada, adquiere una obligación permanente de silencio respecto de lo sabido no solo en razón de su profesión, en el sentido estricto de la palabra, sino también de la actividad que realiza, ya sea bancaria o gubernamental.

Siendo el interés jurídicamente protegido por el derecho al secreto bancario, parte de la esfera íntima del individuo, específicamente su intimidad económica, la violación de este derecho mediante la develación de la información por él protegida constituye delito tipificado en nuestro ordenamiento jurídico como violación al secreto profesional (artículo 165° del Código Penal), sancionándose esta conducta con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

Asimismo, según lo previsto por el artículo 165° de la Ley 26702, la revelación de información protegida por la reserva bancaria, también constituye falta grave para efectos laborales, pudiendo por tanto el trabajador infractor ser despedido de su centro de trabajo o imponérsele una multa en atención a la gravedad de la afectación, ello sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que hubiere a lugar.

Tratándose de funcionarios públicos, que abusando de su autoridad, comentan u ordenen un acto arbitrario violatorio del secreto bancario en perjuicio de alguien, estos incurrirían en el delito previsto para este tipo en el artículo 376° del Código Penal cuya pena privativa de la libertad es no mayor de 3 años.

Respecto a la responsabilidad civil generada por quien vulnera el derecho al secreto bancario de un tercero, esta conducta antijurídica puede acarrear una grave consecuencia

patrimonial para el infractor, dependiendo del daño que se haya causado al titular del derecho a causa de la revelación indebida, debiendo el agraviado ser indemnizado conforme a lo previsto por el artículo 1969° del Código Civil.

Finalmente, la responsabilidad administrativa que corresponde aplicar a personas naturales y jurídicas por la Superintendencia de Banca y Seguro (SBS), se encuentra determinada por el reglamento de sanciones aprobado mediante Resolución SBS N° 816-2005. Como infracción muy grave tipificada en el indicado reglamento se encuentra la conducta de “suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas de sus clientes sin que medie autorización escrita de éstos, salvo que se trate de información no comprendida dentro del secreto bancario o que se haya producido el levantamiento del secreto bancario” cuya sanción puede ir desde una multa de 5 a 100 UIT para personas naturales y de 30 a 200 UIT para personas jurídicas a la suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, la Intervención o en último extremo la disolución y liquidación de la entidad.

3.- Consecuencias económico-sociales del secreto bancario

Como se ha visto, históricamente el secreto bancario nació para institucionalizar la confianza de los clientes en las instituciones financieras, pudiendo afirmarse hoy en día que es esta confianza la base de todo el sistema financiero. En el mismo sentido, puede afirmarse que el secreto bancario surge como un derecho frente a injerencias arbitrarias del Estado en la vida privada de las personas, en concreto su vida económica. No obstante ello, en el mundo actual donde la globalización y las TICs han desaparecido en la práctica el principio de territorialidad que anteriormente regía en los distintos ordenamientos tributarios del mundo, es innegable la estrecha relación existente entre el desarrollo económico de los países y el derecho al secreto bancario en asuntos fiscales como se verá a continuación.

Entre las características de un paraíso fiscal³², además de la baja o nula imposición tributaria, se encuentran la generalidad de la confidencialidad, el secreto bancario, el anonimato en que se desarrollan la titularidad y los movimientos de las cuentas bancarias,

³² PACHÓN, Efraín. ACOSTA, Fabián. MILAZZO, Mauricio. *Economía y Política 1*, Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2005, pág. 75

también llamada opacidad, y una ley restrictiva que impide, o a nuestro entender cuando menos dificulta gravemente, el levantamiento del secreto bancario.

Ahora bien, partiendo del supuesto que los Estados no pueden subsistir ni cumplir sus fines sin la recaudación tributaria efectuada a sus ciudadanos, la lucha contra la evasión tributaria y demás modalidades de fraude fiscal constituye una de sus más importantes funciones, ya desde finales del siglo XX la oficina de las Naciones Unidas para el control de drogas y prevención del crimen advirtió las relaciones entre el blanqueo y la evasión fiscal, dando a entender que el volumen de la evasión fiscal representa varias veces el importe de los productos obtenidos de todos los tipos de actividades delictivas³³ de allí que esta deba ser enfrentada con tanto o mayor vigor que otras actividades ilícitas tradicionalmente consideradas más lesivas como el narcotráfico y el terrorismo.

Es de notar que los países en vías de desarrollo son particularmente vulnerables a la evasión fiscal, ello por lo precario de sus instituciones y estructuras de recaudación como también por la escasa información con la que cuentan sus Estados de las operaciones realizadas dentro de sus jurisdicciones, las cuales se encuentran generalmente fuera del alcance de los organismos fiscalizadores frente a los cuales es oponible el secreto bancario casi de manera absoluta, haciendo muy difícil la detección de la evasión tributaria o el lavado de activos practicado ya sea de manera interna o en paraísos fiscales.

Según el denominado *Estudio final sobre los flujos financieros ilícitos de la ONU* de 2016, se ha calculado que la proporción de la riqueza depositada fuera del país es mucho mayor en el caso de los países en desarrollo que en el de los países desarrollados, y oscila del 20% al 30% en muchos países de África y de América Latina, asimismo el citado informe advierte que los problemas que causa la elusión fiscal de las empresas no se limitan a la pérdida de ingresos fiscales, sino que también esa práctica perpetúa las desigualdades, pues solo beneficia a una pequeña minoría, mientras que las pérdidas de ingresos han de ser compensadas por el resto de la población. Otro factor importante a considerar en los países en desarrollo, es que la pérdida de la competitividad de las empresas nacionales, que, a diferencia de las transnacionales, no están por lo general en

³³ OCDE. (27 de julio de 2018). Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales. Recuperado de <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/38623405.pdf>

condiciones de aprovechar las ventajas que ofrecen las transacciones transfronterizas a través de paraísos fiscales para reducir sus impuestos.³⁴

Como se ha visto, buena parte del desarrollo económico de los Estados se encuentra determinado por su eficacia al momento de recaudar tributos, labor que muchas veces se ve dificultada por una legislación dura bajo la forma de un derecho al secreto bancario poco flexible que permite el ocultamiento de la riqueza generada en un país, ampliando la brecha existente entre ricos y pobres y trasladando a estos últimos los pasivos generados por prácticas elusivas, motivo por el cual el aspecto económico del secreto bancario debe ser considerado al momento legislar sobre su regulación.

En un estudio realizado por el Banco Mundial de agosto de 2012, elaborado en base a información suministrada por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) se concluyó que sólo el 20% de peruanos poseía una cuenta bancaria,³⁵ porcentaje muy inferior al de los países vecinos, por otra parte a setiembre de 2014, la Asociación de Bancos (Asbanc) informaba que únicamente el 15,5% de la población económicamente activa (PEA) del Perú, recibía su sueldo mediante el depósito en cuentas bancarias, siendo por consiguiente nuestro país uno de los más bajos en penetración del sistema bancario y con menor inclusión financiera y aunque en la SBS se hace referencia a una “evolución positiva” de esta realidad producto de una mayor educación financiera, aún a marzo de 2016 el 75% de peruanos prefería mantener sus ahorros fuera de las instituciones financieras.³⁶

Siendo el Perú un país en vías de desarrollo y con una marcada desigualdad social, se hacen aplicables a su realidad social las conclusiones generales elaboradas sobre Inclusión Financiera por el Banco Mundial, respecto a la no utilización de servicios financieros formales especialmente entre la población en situación de pobreza, que en

³⁴ NACIONES UNIDAS. (10 de febrero de 2018): *Estudio final del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales.*

Recuperado de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AxyHY0c9YCUJ:https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.61_SP.docx+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe

³⁵ REDACCIÓN EL COMERCIO. (19 de agosto de 2014). Banco Mundial: Dos de cada diez peruanos posee cuenta en banco. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/economia/peru/banco-mundial-dos-diez-peruanos-posee-cuenta-banco-175677>

³⁶ FLORES, Clorinda. (18 de marzo de 2016). SBS: El 75% de los que ahorran en Perú lo hace fuera de bancos y cajas municipales. *Correo*. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/economia/sbs-el-75-de-los-que-ahorran-en-peru-lo-hace-fuera-de-bancos-y-cajas-municipales-660841/>

gran porcentaje no tiene cuenta bancaria debido a los costos, las distancias de viaje y a los, a menudo, complejos requisitos que se deben cumplir para abrir una cuenta, siendo un factor adicional en el caso peruano la escasa confianza existente en el común de los ciudadanos para con las instituciones financieras.

Es por estos motivos que para la mayoría de peruanos, derechos constitucionales como el secreto bancario, permanecen totalmente ajenos a su realidad cotidiana mas no así para un reducido sector de la población cuyas operaciones económicas se realizan fundamentalmente dentro de la aparente formalidad que otorga el sector financiero y utilizando herramientas de optimización tributaria totalmente inalcanzables para el común de los ciudadanos.

El bajo porcentaje de peruanos inmersos en el sistema financiero no fue impedimento para que en abril de 2016, nuestro país se viera alcanzado por el mundialmente famoso caso *Panama Papers*, al revelarse una numerosa lista de compatriotas beneficiarios de paraísos fiscales, siendo el escándalo de tal magnitud y trascendencia que la SUNAT se vio obligada, además de allanar la sede local del indicado estudio, a crear un equipo especial de auditores para investigar los nombres y documentos revelados de Mossack Fonseca que involucraban a sus connacionales.

Habiéndose visto que el secreto bancario tiene su origen en el deber de las entidades del sistema financiero de no revelar a terceros la información confiada por sus clientes y no formando parte del contenido esencial del derecho a la intimidad que reconoce la constitución, siendo por otra parte un derecho que no es universal a la totalidad de los ciudadanos bien puede por interés de la sociedad en su conjunto limitarse el mismo para la satisfacción del bien común, representado en el caso que nos ocupa por una eficiente recaudación tributaria y la persecución de delitos de lavado de activos.

4.- Trascendencia política-social del secreto bancario

Siendo el secreto bancario elemento importantísimo de la actividad financiera, el mismo no puede tener sino naturaleza política, ello considerando lo afirmado por el jurista italiano Mario Pugliesse quien al referirse a la actividad financiera en general, señala que

“político es el sujeto agente, políticos son los poderes de los que este aparece investido, políticos son también estos mismos fines, para cuya obtención se desarrolla”.³⁷

Como se aprecia, tanto las características y flexibilidad del secreto bancario en cada país responde a una determinada política económica y tributaria orientada a los objetivos que el Estado desea alcanzar, estando por consiguiente subordinado al principio político que domina y rige la actividad financiera de cada Estado, la cual como se sabe es determinante al momento de captar capitales extranjeros, de ahí que algunos países hayan optado por poseer un riguroso secreto bancario y una nula imposición para captar importantes sumas de capital en lo que conocemos como paraísos fiscales.

En una economía globalizada como la que rige el mundo de hoy, el secreto bancario enfrenta nuevos cuestionamientos impulsados por los cambios paradigmáticos en materia de transparencia fiscal, sobretodo originados por los efectos negativos causados en la economía de varios países por los paraísos fiscales, utilizados como herramientas para evadir tributos y ocultar activos de origen ilícito.

4.1.- Paraísos fiscales y secreto bancario en un mundo globalizado

Según una leyenda muy difundida aunque sin sustento histórico-documental, el primer paraíso fiscal se originó en 1794 las Islas Caimán, entonces remota dependencia colonial británica en el Caribe, cuyos habitantes habrían logrado salvar a los naufragos de un convoy entre los que se contaba a un miembro no identificado de la familia real británica, en recompensa por sus servicios el rey Jorge III habría exonerado a perpetuidad a los habitantes de la isla del pago de tributos y el servicio militar, considerados entonces las más pesadas cargas que el monarca imponía a sus súbditos.

Si bien es cierto la existencia de paraísos fiscales se remonta a muchos años atrás en la historia de la humanidad, siendo probablemente tan antiguos como la recaudación tributaria misma, es con la globalización económica que sus efectos negativos se hacen sentir con mayor fuerza sobre la economía de los Estados al punto que no es posible determinar su impacto en la economía mundial sin hablar antes de las grandes transformaciones económicas del siglo XX a consecuencia de la globalización.

³⁷ DE LA GARZA, Sergio. *Derecho Financiero Mexicano*, México: Editorial Porrúa, 1985, pág. 7

Según el Fondo Monetario Internacional (FMI), la globalización puede ser definida como “la interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como los flujos internacionales de capitales al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”.³⁸

Otros autores como dan una definición más práctica de lo que es la globalización, señalando que “es el proceso de encogimiento mundial, de distancias cada vez más cortas, de cosas que se acercan. Pertenece a la creciente facilidad con la que alguien de un lado del mundo puede interactuar, en beneficio mutuo, con alguien del otro lado del mundo.”; por su parte académicos como Paul James postulan que “La globalización es la extensión de las relaciones sociales a través del espacio-mundo, definiendo ese espacio-mundo en términos de las formas históricamente variables en que se ha practicado y entendido socialmente a través del cambio en el tiempo del mundo.”

En el plano económico, García Echevarría señala de la globalización, que “se ha producido por un conjunto de procesos caracterizados por la caída de barreras políticas, económicas y sociales, los acuerdos internacionales, el desarrollo tecnológico, logístico y de información y comunicación y, en fin, por la transición de la actuación de las empresas en torno a una actividad internacional.”³⁹

Siendo pues la globalización de la economía más que un proceso una realidad actual, los estudiosos del tema han identificado, de manera resaltante, las siguientes características de una economía global: 1) intensificación de la competencia global y el surgimiento de nuevos centros de producción; 2) la proliferación, expansión y reestructuración de las empresas transnacionales; 3) el entorno tecnológico que avanza con rapidez, especialmente las tecnologías de transporte y comunicaciones; 4) un sistema financiero global; 5) las políticas económicas de nación-estado, las formas supranacionales de integración regional y 6) desigualdades globales crecientes, tanto entre regiones mundiales como dentro de los países.⁴⁰

³⁸ ABASCAL ROJAS, Francisco. *Distribución y Franquicia. Oportunidades de negocio ante el impacto de la mundialización/globalización*, Madrid: Editorial Esic, 2003, pág. 35

³⁹ GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago. *La globalización de la economía como motor de cambio económico, social y empresarial en Globalización y gobierno de empresas*, Madrid: Revista Situación N° 1, 1996, pág. 5

⁴⁰ GARRETÓN, Manuel. *América Latina en el siglo xxi. Hacia una nueva matriz sociopolítica*, Santiago: LOM Ediciones, 2004, pág. 41

Dentro de lo que llamamos un sistema financiero global, los paraísos fiscales han adquirido una cada vez mayor importancia, esto debido a que el crecimiento económico de los países y el acelerado desarrollo tecnológico han proporcionado a los individuos nuevas herramientas para disminuir o evadir sus obligaciones fiscales, así como para sustraerse del alcance regulador de los Estados. Con unas fronteras fiscales cada vez más tenues, mayores márgenes de libertad por parte de los individuos y el abaratamiento de las TICs para trasladar capitales de un lugar a otro, los paraísos fiscales tienen por hoy una importancia insospechada pocas décadas atrás.

Aunque estos “refugios fiscales” siempre han tenido como finalidad favorecer a sus usuarios la evasión fiscal y el ocultamiento u opacidad de sus operaciones, es recién con el auge del comercio internacional en un mundo globalizado, caracterizado por la libre circulación de bienes y capitales, que los Estados han visto seriamente disminuidos sus ingresos fiscales a consecuencia del accionar de estas entidades.

En 1998, un informe de la OCDE titulado “Competencia fiscal perjudicial: Una cuestión global emergente” adelantó una serie de criterios bajo los cuales se podía reconocer a un paraíso fiscal. Según señala Sol Gil, eran cuatro los factores fundamentales considerados por la OCDE para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal: “1. Si la jurisdicción no impone impuestos o estos son sólo nominales. La OCDE reconoce que cada jurisdicción tiene derecho a determinar si imponer impuestos directos. Si no hay impuestos directos pero si indirectos, se utilizan los otros tres factores para determinar si una jurisdicción es un paraíso fiscal. 2. Si falta transparencia. 3. Si las leyes o prácticas administrativas no permiten el intercambio de información para propósitos fiscales con otros países en relación a contribuyentes que se benefician de los bajos impuestos. 4. Si se permite a los no residentes beneficiarse de rebajas impositivas, aun cuando no desarrolle efectivamente una actividad en el país.”⁴¹

Fue el 28 de febrero de 2002, que la OCDE finalmente publicó su “lista de paraísos fiscales no cooperativos”, denominada *lista negra* por la prensa internacional, y la cual tuvo hondas implicancias políticas a nivel global, protagonizando las principales noticias económicas del mundo, en especial en aquellos países que se vieron sorprendidos al encontrarse dentro de ella.

⁴¹ CRUZ, Lucy. *Lecciones de Derecho Tributario inspiradas por un maestro*, T. I, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, pág. 654

4.2.- Los Panama papers

Cuando el 3 de abril de 2016 el diario alemán Sueddeutsche Zeitung reveló que una larga lista de personalidades mundiales, entre la que figuraban conocidos empresarios, políticos, deportistas y celebridades, utilizaban paraísos fiscales para ocultar su riqueza, lavar dinero y evadir impuestos con la ayuda de la hasta entonces respetable firma legal panameña Mossack Fonseca, nadie podía prever la larga lista de consecuencias políticas, sociales y económicas a un escándalo de tal magnitud pues no solo se afectó la credibilidad y moralidad de los grupos de poder sino que también se hizo evidente que en un mundo donde día a día crece la brecha entre pobres y ricos, estos últimos incrementaban su dinero con la realización de conductas por lo menos moralmente censurables e inalcanzables para el ciudadano común.

La filtración de los llamados “Panama papers” constituyó sin duda el mayor golpe sufrido por la banca offshore a lo largo de toda su historia; con alrededor de 11 millones de documentos equivalentes a 2,600GB de datos, superó ampliamente cualquier filtración documental ocurrida con anterioridad, incluyendo a los también muy conocidos wikileaks del año 2010.

Esta información que fue compartida con el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ por sus siglas en inglés) acaparó durante semanas las portadas de los principales diarios del mundo suscitando un intenso debate respecto a la legalidad y moralidad de los involucrados, muchos de los cuales eran ex jefes de Estado o funcionarios públicos de alto rango, cuyas remuneraciones paradójicamente provenían de los impuestos de los ciudadanos de a pie, tradicionalmente firmemente sujetos a la potestad tributaria del Estado.

Las repercusiones en el Perú no fueron menores, viéndose obligada la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) a crear un grupo especial para investigar a los casi 17 mil peruanos con indicios de incremento patrimonial no justificado, muchos de los cuales se encontraban comprendidos en los Panama papers.

Fue así que habiendo quedado en entredicho la licitud de la asesoría prestada por la firma Mossack y Fonseca a sus selectos clientes, las Naciones Unidas instaron con mayor énfasis a la comunidad internacional a acabar con el secreto bancario, algo que ya venía siendo materia de debate e implementación en muchos países desde hacía ya algunos

años, pero que en el caso peruano, por los evidentes intereses en juego y por ser un derecho reconocido por la constitución y la ley, cuya eliminación definitiva constituiría sin lugar a dudas un quiebre paradigmático en las políticas fiscales peruanas como las conocemos hoy, se encontraba entonces muy poco desarrollado.

4.3.- Odebrecht y el caso lava jato en el Perú

La operación Lava Jato, como se conoce en Brasil a la mayor investigación de corrupción alguna vez realizada por la Policía Federal de ese país, inició en marzo de 2014 y estuvo dirigida inicialmente en contra de organizaciones criminales acusadas de lavar dinero de origen ilícito; descubriéndose después que algunas de las constructoras más importantes de Brasil (Odebrecht y OAS) estaban involucradas en el pago de millonarios sobornos a funcionarios de gobierno vinculados a la petrolera estatal Petrobras todo ello con la finalidad de ganar importantes licitaciones del sector construcción. Este escándalo político brasileño alcanzó también el Perú cuando en diciembre de 2016 se tuvo conocimiento que un fiscal federal de Nueva York había acusado a la constructora Odebrecht SA de realizar prácticas corruptas en países de África y Latinoamérica, encontrándose entre estos últimos el Perú.

Lo que ocurrió fue que en el acuerdo de culpabilidad celebrado entre Odebrecht y la justicia norteamericana se hacía mención expresa a los pagos corruptos que esta empresa habría realizado en el Perú entre los años 2005 y 2014, los cuales ascenderían a 29 millones de dólares y gracias a los cuales la empresa habría obtenido ganancias por 143 millones de dólares productos de las licitaciones que le fueron otorgadas.

Estos pagos dirigidos a altos funcionarios del gobierno peruano y miembros de los comités de selección, involucraron también a los jefes de Estado de aquel periodo y actualmente inmersos en sendas investigaciones judiciales, Alejandro Toledo Manrique, Alan García Pérez y Ollanta Humala Tasso, el primero de los cuales se encuentra actualmente prófugo de la justicia peruana luego de que el ex director ejecutivo de Odebrecht en el Perú, Jorge Barata, afirmara haberle entregado 20 millones de dólares como soborno para asegurar de manera ilícita las operaciones de la empresa brasileña en el Perú.

En el mismo sentido, Barata afirmó también haber aportado a la campaña del año 2006 del entonces candidato presidencial Ollanta Humala, la suma de 3 millones de dólares,

testimonio que fue utilizado por la fiscalía para solicitar y obtener la prisión preventiva del ex presidente y la primera dama Nadine Heredia, en el proceso seguido en su contra por lavado de activos, al considerar que estos fondos entregados por la empresa Odebrecht tenían un origen ilícito al provenir de las ganancias ilícita que dicha empresa obtuvo en Brasil producto del caso Lava Jato. Igual suerte corrió la ex cantidada presidencial Keiko Fujimori a quien la fiscalía acusó de haber financiado su campaña con aportes ocultos de Odebrecht y por lo cual a noviembre de 2018 se encuentra cursando 36 meses de prisión preventiva.

En el marco de las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público, el 9 de noviembre de 2017 se tomó declaración en Brasil a Marcelo Odebrecht, ex CEO de la empresa, quien confirmo haber aportado también a las campañas de Alan García y Keiko Fujimori, encontrándose aun en curso la investigación seguida en contra de ambos políticos.

Las repercusiones del caso Lava Jato en el Perú, aunadas a los ya mencionados Panama papers, motivaron que en una intervención ante el pleno del congreso en abril de 2016, el jefe de la SUNAT, Víctor Martin Ramos Chávez, sostuviera que el ente que preside debería contar con facultades para levantar el secreto bancario de los contribuyentes, sosteniendo que ello contribuiría a luchar contra el lavado de activos y la evasión tributaria, siendo esta una herramienta que ya viene siendo utilizada por los países de la OCDE. Asimismo en aquella oportunidad el jefe de la SUNAT declaró que el no poder levantar el secreto bancario era una de las principales trabas para investigar casos como el de Panama papers.⁴²

El uso de paraísos fiscales para el ocultamiento de dinero de origen ilícito volvió a ser noticia en el Perú cuando en octubre de 2017 el diario *El País* de España⁴³, reveló un informe de la policía de Andorra, en el cual se indicaba que la empresa Odebrecht había utilizado la Banca Privada de Andorra para el pago de millonarios sobornos a funcionarios peruanos mediante cuentas abiertas a nombre de sociedades panameñas y testaferreros

⁴² REDACCIÓN GESTIÓN. (18 de abril de 2016). Sunat pide facultad para levantar el secreto bancario tal como sucede en los países de la OCDE. Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/sunat-pide-facultad-levantar-secreto-bancario-sucede-paises-ocde-117607>

⁴³ GIL, JOAQUÍN. (19 de setiembre de 2017). Odebrecht pagó en Andorra a un ex directivo de Petróleos del Perú. El País. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2017/09/18/actualidad/1505758242_788549.html

destinados a ocultar a los verdaderos beneficiarios, entre ellos Miguel Atala Herrera, ex vicepresidente de Petroperú, entidad que durante el segundo gobierno de García Pérez celebró un convenio con Odebrecht para la ejecución de una planta petroquímica valorizada en 3.000 millones de dólares.

Es de notar también que mientras estos hechos remecían el escenario político peruano, a nivel global la OCDE en cooperación con la Unión Europea, aprovechando el clima propicio que el reciente escándalo de los Panama papers había creado, continuaba desde el año 2016 su renovada ofensiva contra los paraísos fiscales, impulsando medidas de presión que permitieran el intercambio automático de información con estos territorios fiscales, siendo una condición para dejar de figurar en la temida *lista negra* de la OCDE el haber suscrito acuerdos de intercambio de información. De esta manera a setiembre de 2017, territorios offshore como Bermudas y las Islas Caimán dejaron de ser oficialmente considerados paraísos fiscales por la OCDE pasando a formar parte de los 50 países que entonces ya aplicaban el intercambio automático de información. La propia Panamá lograría esta exclusión en enero de 2018, comprometiéndose a alcanzar los más altos estándares en transparencia fiscal.

No obstante ello esta realidad permanecía ajena para nuestro país, cuya Administración Tributaria no podía acceder a la información protegida por el secreto bancario de ciudadanos peruanos en el extranjero por carecer de convenios de intercambio de información fiscal y de hecho contar con una legislación bastante inflexible en cuanto al secreto bancario se refería, pero esta era una situación que cambiaría radicalmente en los meses siguientes.

Y es que en su primer mensaje a la nación el 28 de julio de 2016, el recientemente electo presidente Pedro Pablo Kuczynski había renovado el compromiso del gobierno de lograr que para el 2021 el Perú se convirtiera en miembro de la OCDE, reafirmando meses después que esta era una prioridad y política de estado para su gobierno, es de notar sin embargo que en aquel entonces ningún analista avizoró los cambios paradigmáticos que en materia fiscal y bancaria serían exigibles a nuestro país para cumplir los ya conocidos estándares internacionales de la OCDE materializados en sus políticas públicas, ni como estos iban a modificar la realidad del sistema tributario peruano.

CAPÍTULO II: EL PERÚ Y LA OCDE

El largo camino del Perú hacia la OCDE se inició hace diez años cuando nuestro país suscribió la *Declaración de la OCDE sobre inversión internacional y empresas multinacionales*, en la cual se recogen una serie de principios y normas para una conducta empresarial responsable dirigidas a las empresas multinacionales que realicen operaciones en países adherentes a la OCDE o que tenga su sede en ellos. Aunque no son vinculantes para los Estados, estas Directrices tienen como objetivo promover que las empresas multinacionales contribuyan positivamente al progreso económico, medioambiental y social de los países en que operan, mitigando el impacto negativo derivado de su actividad económica fundamentalmente en el medio ambiente.

Cuando se suscribió la señalada declaración de la OCDE, el Perú vivía su mejor momento económico desde hacía 14 años, con un crecimiento del 9,84% en el año 2008 impulsado fundamentalmente por el auge de las exportaciones y la actividad productiva en el país, en este clima auspicioso para la economía nacional lo que se buscaba con esta iniciativa era hacer el país más atractivo para la inversión extranjera, en especial aquella proveniente de las principales economías del mundo, y aunque en los años siguientes se produjo una desaceleración económica a causa de la crisis económica mundial de 2008-2009, los sucesivos gobiernos peruanos mantuvieron como política de estado la incorporación del Perú a la OCDE, la cual quedó claramente evidenciada en el año 2012, cuando en medio de una visita informal a la sede de la organización en París, el presidente Ollanta Humala expresó el interés del Perú de formar parte de la organización.⁴⁴

Antes de abordar de lleno la política fiscal de la OCDE y como es que esta ha influido en las medicaciones legislativas relativas al secreto bancario y el intercambio de información fiscal en el derecho peruano es necesario desarrollar cuando menos brevemente algunos aspectos importantes sobre la OCDE.

⁴⁴ REDACCIÓN GESTIÓN. (15 de noviembre de 2012). Presidente Humala expresa interés de Perú de formar parte de la OCDE. Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/peru/politica/presidente-humala-expresa-interes-peru-formar-parte-ocde-24595>

1.- Orígenes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

Fue fundada el 30 de setiembre de 1961 en reemplazo de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), que fuera establecida en 1948 para administrar la ayuda norteamericana, de Estados Unidos y Canadá, destinada al plan Marshall para la reconstrucción de Europa luego de la Segunda Guerra Mundial. Ideada desde su orígenes para ser una organización transcontinental, tuvo entre sus miembros fundadores a los países europeos que habían dado origen a la OECE (Portugal, Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Austria, Dinamarca, Noruega, Grecia, Suecia, Suiza, Turquía, Irlanda e Islandia) más Estados Unidos y Canadá. Tres años después de su fundación recibió la adhesión de Japón como primer país asiático y que entonces era la mayor economía emergente del continente. En los siguientes doce años se habían unido también Finlandia, Australia y Nueva Zelanda.

Tras la caída de los regímenes comunistas en Europa Central y del Este a consecuencia de las llamadas *Revoluciones de 1989*, que precedieron a la disolución de la Unión Soviética en 1991, es que la OCDE amplió su influencia en el resto de Europa, empezando a asistir en el desarrollo de economías de mercado a los antiguos Estados comunistas mediante su programa de *Socios en Transición*, el cual benefició a Checoslovaquia, Hungría y Polonia, los cuales luego se unirían a la OCDE, solicitando hacerlo otros países miembros de la naciente Unión Europea al igual que Corea del Sur y México, primer país latinoamericano en lograr su incorporación, todo ello en la última década del siglo XX.

De esta manera, el advenimiento del nuevo milenio encontró la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, plenamente consolidada y con múltiples solicitudes de adhesión por parte de países de Europa, Asia y Latino América. Esto llevo a que en el año 2003, la OCDE estableciera un grupo de trabajo presidido por el embajador de Japón ante la organización, para elaborar una estrategia destinada a la ampliación y la cooperación con los Estados no miembros.

Los resultados de este grupo de trabajo se dieron a conocer en mayo del año siguiente durante la reunión del Consejo Ministerial de la OCDE en la cual se adoptó un acuerdo sobre la puesta en práctica de las directrices propuestas y sobre la redacción de una lista de países adecuados como posibles candidatos para su posterior afiliación. Bajo estas nuevas premisas Chile, Eslovenia, Israel y Estonia obtuvieron su membresía plena en el año 2010, siguiéndoles en 2016 Lituania y en 2018 Letonia, estando a la fecha la

ratificación de la incorporación de Colombia que firmó su acuerdo de adhesión en julio de 2018. En lo concerniente a la región sudamericana, actualmente se encuentran en conversaciones avanzadas los países de Argentina, Brasil y Perú.

2.- La OCDE en la actualidad

Según la información publicada en su página web⁴⁵, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se define como un foro único en donde los gobiernos de 36 economías democráticas trabajan conjuntamente para enfrentar los desafíos económicos y sociales de la globalización y al mismo tiempo aprovechar sus oportunidades. En el mismo sentido, es también misión declarada de la OCDE de promover políticas públicas que mejoren el bienestar económico y social de las personas, fortaleciendo para ello la confianza de las personas en las instituciones estatales, mediante la participación ciudadana y la transparencia en la gestión gubernamental.

En ese sentido, la organización proporciona un espacio donde los gobiernos pueden intercambiar sus experiencias políticas, buscar respuestas a problemas comunes, identificar buenas prácticas y coordinar políticas locales e internacionales. Asimismo la OCDE puede ser entendida como un foro donde la presión que ejercen entre sí los países miembros, puede actuar como un poderoso incentivo para mejorar las políticas e implementar “leyes flexibles”, instrumentos no obligatorios como los principios de gobernabilidad corporativa de la OCDE, y puede en ocasiones conducir a acuerdos formales o negociaciones. De ahí que los intercambios entre los gobiernos de la OCDE emanen de la información y el análisis proporcionado por el secretariado de la organización con sede en París. Éste recoge datos, estudia las tendencias, analiza y provee previsiones económicas. También investiga los cambios sociales y desarrolla modelos de comercio, medio ambiente, agricultura, tecnología y asuntos fiscales, entre otros.

Dentro de la misma línea la OCDE resalta su voluntad de ayudar a los gobiernos a fomentar la prosperidad y a luchar contra la pobreza a través del desarrollo económico,

⁴⁵ OCDE. (1 de julio de 2018). Más información sobre la OCDE. Recuperado de <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm>

la estabilidad financiera, el comercio, la inversión, la tecnología, la innovación y la cooperación para el desarrollo. Con ello la organización refiere estar ayudando a asegurar que el crecimiento económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente se realicen conjuntamente. Otros propósitos declarados incluyen la creación de empleo, la igualdad social, la transparencia y efectividad en la gobernación.

3.- Incorporación del Perú a la OCDE

Ahora bien, hemos señalado que en el mensaje a la nación que el presidente Ollanta Humala dirigió al pueblo peruano el 28 de julio de 2014, declaró como un objetivo nacional lograr que el Perú se constituyera como un país elegible para pertenecer a la OCDE con miras a lograr su incorporación para el 2021, año en que se celebrará el bicentenario de la independencia peruana. En el mismo sentido se pronunció su sucesor Pedro Pablo Kuczynski en su mensaje a la nación del 28 de julio de 2016.

Como se vio al inicio del presente capítulo, estos anuncios ya habían sido precedidos por iniciativas desplegadas desde el año 2008 para fortalecer su relación de cooperación con la OCDE. Ese mismo año se aprobó la incorporación del Perú como miembro observador al Comité de Inversiones de la OCDE y en el 2009 nuestro país se adhirió al Centro de Desarrollo de la indicada organización, concebido como un espacio de análisis e intercambio de experiencias sobre las políticas económicas y sociales entre países desarrollados y en vías de desarrollo, el Perú había dejado entrever su intención de participar de los comités de trabajo de la OCDE y eventualmente unirse a la organización.

Aquí cabe señalar que aunque la OCDE no tiene requisitos preestablecidos que un país debe cumplir para lograr su incorporación dentro de la organización, los principios fundamentales de la organización están marcados por un sólido compromiso con el sistema democrático de gobierno, respeto al estado de derecho y respeto a los derechos fundamentales. En ese sentido la OCDE se vale de una serie de Comités Técnicos que se encargan de analizar e informar al Consejo la situación del país aspirante en aspectos tan diversos como inversiones, gobierno corporativo, mercados financieros, asuntos fiscales, política ambiental, gobierno público, política regulatoria, estadística, educación, salud, agricultura, por citar algunos.

De tal manera, para que un país aspire a ser considerado como un nuevo miembro de la OCDE, es necesario que dé señales claras de que sus políticas internas cumplen con un

mínimo de calidad y que existe un norte claro en los objetivos de desarrollo. Con ello nos referimos fundamentalmente a diseñar y ejecutar políticas y reformas adecuadas para consolidar y dar sostenibilidad al crecimiento económico y la estabilidad financiera, mantener y extender el libre flujo de los movimientos de capitales, garantizar la expansión de los mercados exportadores e incentivar la investigación y formación profesional.

La promoción de la investigación científica y tecnológica es también un aspecto importante a considerar, así como un sistema educativo que asegure la realización de las potencialidades de las personas para cubrir la demanda laboral. De manera sintética podemos afirmar que el país debe contar con políticas de gobierno claras en aspectos neurales, que evidencien la seriedad internacional del país, reflejada en la estabilidad y el crecimiento económico.

4.- El Programa País de la OCDE con el Perú

Volviendo ahora al caso peruano, debemos mencionar que luego de la visita que el presidente Humala hiciera a la sede de la OCDE en París, en el año 2014 nuestro país fue invitado a participar en los denominados “Programas País” ideados por la OCDE como nuevos instrumento para apoyar a economías emergentes y dinámicas en el diseño de sus reformas y en el fortalecimiento de sus políticas públicas con miras a su eventual incorporación futura dentro de la organización.

De esta manera en diciembre de ese año, la OCDE en convenio con el gobierno peruano lanzó oficialmente el Programa País Perú, el cual en palabras del entonces secretario general de la OCDE Ángel Guerra, tenía por finalidad ayudar al Perú a enfrentar y superar los principales desafíos propuestos por el gobierno peruano de cara al bicentenario de su independencia y dentro de los cuales dicho funcionario resaltaba elevar la calidad educativa, reducir la informalidad, ampliar la cobertura en salud y seguridad social y fortalecer el sistema tributario para mejorar la capacidad del Estado para proveer servicios básicos en regiones remotas.

Según sintetizó el Alonso Segura, Ministro de Economía y Finanzas durante el periodo 2014-2016, el Programa País consistía de “60 acciones enmarcadas dentro de 18 proyectos que deben aplicarse en los próximos años en materias de inclusión social en la economía (educación, salud), competitividad y diversificación económica (reducir la

informalidad, fortalecer el sistema tributario), sanción a la corrupción (credibilidad institucional) y uso sostenible de recursos naturales.”⁴⁶

Dentro de las áreas neurales del Programa, se destacan remover barreras al crecimiento, gobernanza pública, lucha contra la corrupción e integridad en el sector público, capital humano y medio ambiente.

Evidentemente, siendo el objeto de nuestra investigación el secreto bancario y el intercambio de información fiscal, amerita nuestro especial interés el apartado sobre gobernanza pública y específicamente el aspecto de las reformas tributarias implementadas para diseñar un marco legal y normativo conforme a los estándares de la OCDE.

Ahora bien, el Programa País implicaba la participación activa del Perú en los Comités y Grupos de Trabajo de la OCDE e iba en estrecha relación con su incorporación meses atrás en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Tributaria, lo cual como se ha dicho tenía por finalidad fortalecer las políticas públicas y apoyar el proceso de reformas internas.

Del propio nombre del foro global antes señalado, ya podía vislumbrarse el rumbo que iban a tener las reformas internas a realizarse en la legislación peruana, hasta entonces prácticamente ajena al intercambio de información en materia tributaria como lo concibe la OCDE, y es que al hacerse mención a estas evidentemente se hace referencia a las modificaciones legislativas necesarias para adoptar los estándares internacionales y prácticas desarrolladas por la OCDE para optimizar el funcionamiento del Estado en cuanto a recaudación tributaria, de ahí que su secretario general saludara la delegación de facultades conferida por el poder legislativo al ejecutivo en octubre de 2016, en la cual entre las consideradas medidas imprescindibles para la incorporación del Perú a la OCDE se propuso: 1) Adecuar la legislación a los estándares y recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre resolución de controversias previsto en los convenios para evitar la doble imposición internacional. 2) Modificar el Impuesto a la Renta en lo referido a las transacciones que involucran operaciones de importación y exportación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, local o de destino. Y 3) Adecuar la legislación nacional a los

⁴⁶ REDACCIÓN ELPERUANO. (8 de julio de 2016). MEF: Programa País avanzó más de 50%. El Peruano. Recuperado de <https://elperuano.pe/noticia-mef-programa-pais-avanzo-mas-50-43548.aspx>

estándares y recomendaciones de la OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional (Gafi) para luchar contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.⁴⁷

Es dentro del último de los puntos señalados que se encuentra el intercambio de información fiscal de manera automática mediante el estándar común de reporte y la eliminación del secreto bancario, temas que son el objeto de estudio de nuestra investigación y sobre los cuales se desarrolla en los títulos siguientes.

4.- La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria

La *Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal* fue suscrita en la ciudad francesa de Estrasburgo el 25 de enero del año 1988 y entró en vigor el 1 de abril de 1995. Intervinieron como partes firmantes los países del entonces Consejo de Europa y la OCDE. El primer objetivo de esta convención fue establecer un marco jurídico para facilitar la cooperación internacional y el intercambio de información fiscal entre los Estados suscribientes originalmente conformados por 21 países, la mayor parte del continente Europeo, siendo estos Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Irlanda, Italia, Corea, México, Moldava, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovenia, España, Suecia, Ucrania, Reino Unido y los Estados Unidos.

En el año 2002, la OCDE aprobó el modelo de *Acuerdo sobre Intercambio de Información en materia tributaria*, esta medida tenía por finalidad fomentar y hacer extensivo la todavía incipiente cooperación tributaria internacional. Siguiendo con la ruta trazada en Estrasburgo, al año siguiente, 2003, se incorporó un nuevo artículo, con el numeral 27° y titulado *Asistencia en la recaudación de impuestos* al Modelo de *Convenio Tributario sobre Renta y Patrimonio*, originalmente publicado en 1992, ello con el objetivo de impulsar la asistencia mutua en materia recaudatoria, ya que hasta entonces la cooperación internacional se encontraba limitada únicamente al intercambio de la información con trascendencia tributaria.

El indicado artículo 27° establece que “Los Estados contratantes se prestarán asistencia mutua en la recaudación de impuestos en la medida que esta asistencia sea necesaria para garantizar que no se conceden las exenciones de impuestos o reducciones de tasas

⁴⁷ REDACCIÓN GESTIÓN. (8 de diciembre de 2017. Facultades legislativas: Conoce las medidas que propone el Ejecutivo. Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/facultades-legislativas-conoce-medidas-propone-ejecutivo-222376>

impositivas previstas en este Convenio a las personas que no tienen derecho a ellas. (...)” Como se ve, esta nueva disposición legal estableció el principio por el cual un Estado contratante está obligado a prestar asistencia a otro Estado en la recaudación de los impuestos que son devengados a este último, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el señalado apartado legal.

En el Foro Anual de la OCDE celebrado en París en mayo del año 2010, el texto original de la Convención fue modificado, declarándose en el protocolo suscrito el 27 de mayo de 2010 que dado que la Convención de 1988 se aprobó “con anterioridad al reconocimiento internacional de la norma relativa al intercambio de información en materia fiscal” por lo cual la OCDE consideraba “deseable disponer de un instrumento multilateral para permitir al mayor número de Estados beneficiarse del nuevo marco de cooperación y también aplicar las normas internacionales de cooperación más elevadas en el ámbito fiscal”.⁴⁸

Por este protocolo se añadió al artículo 28° del Convenio que “Después de la entrada en vigor del Protocolo de 2010, todo Estado que no sea miembro del Consejo de Europa o de la OCDE podrá solicitar que se le invite a firmar o ratificar el Convenio modificado por el Protocolo de 2010.”

Finalmente fue en la cumbre del G-20 llevada a cabo en la ciudad francesa Cannes en noviembre del año 2011, que se aprobó este protocolo de trascendental importancia por el cual se modificó el convenio original de 1988, permitiendo que este, en principio únicamente previsto para los países miembros del OCDE y el Consejo de Europa, pudiera ser suscrito por la totalidad de países del mundo. De esta manera el 25 de octubre de 2017 el Perú se adhirió a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, estableciendo así una sólida base para el futuro intercambio de información financiera y tributaria con más de 100 países integrantes del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información de la OCDE.

⁴⁸ Boletín Oficial del Estado de España. (23 de mayo de 2018). Instrumento de Ratificación del Protocolo de enmienda al Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en París el 27 de mayo de 2010 y texto consolidado del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/16/pdfs/BOE-A-2012-14116.pdf>

5.- Modificaciones legislativas exigidas por la OCDE

Siendo la incorporación a la OCDE una política de Estado mantenida por los sucesivos gobiernos peruanos desde el año 2008 como se ha visto anteriormente, y a efecto de que las modificaciones legislativas necesarias fueran realizadas con la diligencia debida para lograr una pronta incorporación a la OCDE el gobierno peruano presidido por Pedro Pablo Kuczynski solicitó al Congreso de la República la delegación de facultades para legislar en las materias necesarias.

El primer paso de este proceso fue la promulgación con fecha 6 de octubre de 2016, de la Ley N° 30506, cuyo nombre completo fue Ley que delega en el Poder Ejecutivo las facultades de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de PETRO PERÚ SA.

En el artículo 2° de la indicada norma, titulado Materia de la delegación de facultades legislativas, se precisa que el Poder Ejecutivo está facultado para legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de: (...) “a.7) Adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre el intercambio de información para fines tributarios, fiscalidad internacional, erosión de bases imponibles, precios de transferencia y combate contra la elusión tributaria; así como perfeccionar el marco normativo referido al secreto bancario y reserva tributaria para combatir la evasión y elusión tributaria y facilitar el cumplimiento de los acuerdos y compromisos internacionales, respetando los derechos, principios y procedimientos previstos en la Constitución Política del Perú.”

Ahora bien, por ser nuestra investigación relativa a la subsistencia del secreto bancario frente al estándar común de reporte de la OCDE, es de particular interés conocer los decretos legislativos sobre intercambio de información tributaria y secreto bancario promulgados con el objetivo de lograr la alta transparencia fiscal exigida por la OCDE. En ese sentido, se hace necesario desarrollar aquellos de contenido relevante que a la fecha del presente trabajo han sido promulgados y se encuentran en vigencia.

Dentro de los 112⁴⁹ decretos legislativos promulgados por el Ejecutivo en el ejercicio de las facultades delegadas de conformidad con el numeral a.7) del literal a) del inciso 1) del artículo 2 de la Ley N° 30506; estuvo el Decreto Legislativo N° 1313, publicado en El Peruano con fecha 31 de diciembre de 2016, que modifica la Ley N° 26702 - Ley general del sistema financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, el cual fue emitido para *perfeccionar* el marco normativo referido al secreto bancario, modificándose el artículo 143° de la citada norma conforme al siguiente detalle:

“Artículo 143.- LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO

El Secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por:

1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.

La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 10 del artículo 62 del Código Tributario, mediante escrito motivado puede solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario en cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina (CA) o en el ejercicio de sus funciones.

En estos casos, el Juez debe resolver dicha solicitud en el plazo de cuarentaiocho (48) horas contado desde la presentación de la solicitud.

Dicha información será proporcionada en la forma y condiciones que señale la SUNAT, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución judicial, pudiéndose excepcionalmente prorrogar por un plazo igual cuando medie causa justificada, a criterio del juez.

La información obtenida por la SUNAT solo puede ser utilizada para el cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o en las Decisiones de la

⁴⁹ REDACCIÓN SEMANA ECONÓMICA. (7 de enero de 2017). El fin de la delegación de facultades legislativas. Semana Económica. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/tema/el-fin-de-la-delegacion-de-facultades-legislativas/>

Comisión de la CA o en el ejercicio de sus funciones. El incumplimiento de lo dispuesto en este párrafo será sancionado por las autoridades competentes como falta grave administrativa.

(...)"(subrayado nuestro)

Asimismo el Decreto Legislativo N° 1313, incorporó a la Ley N° 26702, el artículo N° 143-A, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 143-A.- Información financiera suministrada a la SUNAT

Las empresas del sistema financiero, suministran a la SUNAT, información sobre operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, tratándose del cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CA.

La información mencionada en el párrafo anterior, será establecida por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

El uso no autorizado o ilegal de la información constituye falta grave administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.

La obligación de la confidencialidad de las personas con vínculo laboral o de otra naturaleza contractual con la SUNAT no se extingue al concluir dicho vínculo.

La SUNAT requerirá la información directamente a las empresas del sistema financiero.

En ningún caso la información requerida detalla movimientos de cuenta de las operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes ni excede lo dispuesto en el presente artículo; de ser así, la información debe ser requerida por el juez a solicitud motivada de la SUNAT de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 143 de la presente ley.”

Como se observa en los nuevos párrafos añadidos al artículo N° 143 y lo señalado por el 143-A, en adelante la administración tributaria se encuentra facultada para acceder al

secreto bancario a través del juez, siempre que motive debidamente su pedido y lo cual deberá ser resuelto por el órgano jurisdiccional en el breve plazo de 48 horas.

No obstante ello, el artículo N° 143-A tuvo una efímera duración, pues fue modificado nuevamente mediante el Decreto Legislativo N° 1434 promulgando el 15 de setiembre de 2018 en el marco de la segunda delegación de facultades para legislar en materias tributaria y financiera, entre otras, aprobada el 19 de junio de 2018 por el pleno del congreso y que motivo la promulgación de la ley N° 30823, Ley que delega en el poder ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del estado, en cuyo literal 1 del artículo N° 1 referente a las facultades otorgadas en materia tributaria y financiera, señala como fin: *“k) Adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y las mejores prácticas internacionales para la lucha contra la elusión y evasión fiscal, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; garantizar la asistencia administrativa mutua con fines fiscales, como la adopción de estándares de acceso, disponibilidad e intercambio de información del beneficiario final de las personas jurídicas y entes jurídicos, previendo que los profesionales del derecho y de las ciencias contables y financieras deban proporcionar dicha información a la autoridad competente cuando accedan a ella en una condición o situación distinta al ejercicio profesional, respetándose los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú; evitar la doble imposición internacional; y modificar el tratamiento del secreto bancario para fines internos sobre la información financiera contenida en el artículo 143-A de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, sin contravenir lo previsto en el último párrafo de dicho artículo, estableciendo montos mínimos, garantizando estándares internacionales de seguridad informática, y respetando los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú. Asimismo, implementar mecanismos de transparencia sobre los beneficiarios finales y regular la extinción de sociedades inactivas, para prevenir y combatir el fraude tributario y los delitos económicos.”*

De esta manera el artículo N° 143-A de la Ley 26702, quedó modificado conforme al siguiente texto:

“Artículo 143-A.- Información financiera suministrada a la SUNAT

Las empresas del sistema financiero, suministran a la SUNAT, la información financiera distinta a la desarrollada en el numeral 1 del artículo 143 de la presente Ley, tal como se establece en el numeral 2 del párrafo siguiente.

El suministro de información financiera se sujeta a las siguientes condiciones:

1. El Superintendente Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria requiere la información a las empresas del sistema financiero, mediante resolución de superintendencia. Esta condición no es aplicable tratándose del suministro de información financiera para el cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN.

2. La información que se puede suministrar versa sobre operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, de conformidad a lo regulado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas. En ningún caso la información suministrada detalla movimientos de cuenta de las operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes ni excede lo dispuesto en el presente párrafo, para lo cual la SUNAT tiene habilitado el procedimiento de levantamiento judicial del secreto bancario establecido en el numeral 1 del artículo 143 de la ley.

3. El suministro de información financiera se realiza únicamente en dos supuestos:

a. El cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN.

b. El ejercicio de la función fiscalizadora de la SUNAT para combatir la evasión y elusión tributarias.

4. La información suministrada solo puede tratar de aquella que sea igual o superior al monto a ser establecido mediante el decreto supremo referido en el numeral 2 precedente, considerando para el caso del literal b. del numeral anterior lo siguiente:

a. El monto establecido para el registro de operaciones en las normas referidas a detección de lavado de activos y financiamiento del terrorismo; y/o,

b. El monto establecido como mínimo no imponible en las normas que regulan los tributos administrados por la SUNAT.

5. Las empresas del sistema financiero suministran directamente a la SUNAT la información solicitada, con la periodicidad establecida por decreto supremo.

El tratamiento de la información obtenida por la SUNAT se sujeta a las siguientes reglas:

1. La información es tratada bajo las reglas de confidencialidad y de seguridad informática exigidas por los estándares y recomendaciones internacionales referidos al intercambio automático de información financiera emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

2. Las empresas del sistema financiero ponen a disposición de sus clientes los medios que permitan a estos acceder a la información que respecto de ellos se hubiera proporcionado a la SUNAT, previa verificación de la identidad del referido cliente.

3. La información obtenida no puede transferirse a otras entidades del país, salvo a un Juez, el Fiscal de la Nación o una comisión investigadora del Congreso, mediante solicitud debidamente justificada.

4. La obligación de la confidencialidad de las personas con vínculo laboral o de otra naturaleza contractual con la SUNAT no se extingue al concluir dicho vínculo.

5. El uso no autorizado o ilegal de la información constituye falta grave administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.”

De esta manera, con el Decreto Legislativo N° 1434 se busca continuar perfeccionando el suministro de información financiera de parte de las empresas del sistema financiero a la administración tributaria que ahora podrá acceder información de las cuentas de depósitos que tienen los contribuyentes en las instituciones del sistema financiero con el propósito de detectar y combatir la evasión y elusión tributaria.

En lo que respecta a los supuestos en los cuales se realiza el suministro de información financiera señalado en el literal b. del numeral 3) del artículo N° 143-A, el primero de ellos es el monto establecido para el registro de operaciones exigido a las entidades financieras referidas a detección de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, que a setiembre de 2018 es de US\$ 10,000 o su equivalente en moneda nacional. El segundo límite está dado por el monto establecido como mínimo imponible en las normas que regulan los tributos administrado de la SUNAT que equivale a 7 UIT, es decir por montos mayores a S/ 29,050.

No obstante que la propia norma legal señala que se respetan los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú, incluyendo el derecho al secreto bancario, contemplado como se ha visto anteriormente entre los derechos fundamentales de la persona, el artículo N° 143-A precisa que las entidades financieras pueden ahora entregar a la SUNAT información sobre operaciones pasivas de las cuentas de depósito de sus clientes en el marco de acuerdos internacionales de intercambio de información tributaria, con lo que en principio estamos frente a una aparente contradicción entre lo que tradicionalmente se entiende como secreto bancario y la realidad de los hechos impuesta por la norma.

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 1434 prescribe que la información que proporcionarán las empresas del sistema financiero a la SUNAT para el ejercicio de su función fiscalizadora, es aquella que corresponda a las transacciones u operaciones que se realicen a partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo que reglamente el Decreto Legislativo N° 1434. Asimismo se dispone que la información mencionada podrá ser utilizada una vez que la SUNAT cumpla con garantizar la confidencialidad y seguridad para el intercambio automático de información, situación que en palabras de la entonces superintendente nacional de Tributos Internos Claudia Suárez, ya estaba garantizada a setiembre de 2018 al señalar que “la SUNAT cumple con las normas orientadas a garantizar la confidencialidad y seguridad informática exigidas por los estándares y recomendaciones internacionales de la OCDE. Dichos estándares le exigen a la autoridad tributaria tener una infraestructura adecuada, que el personal que vea la

información haya pasado por pruebas de polígrafo, que el acceso a las oficinas sea exclusivo, y que las máquinas no tengan puertos USB.”⁵⁰

6.- Incorporación del intercambio de información al código tributario

En cumplimiento de la delegación de facultades, otorgadas por el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, a través de la Ley N° 30506, el 31 de diciembre de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N.° 1315. Esta modificación legislativa se dio con la finalidad de adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), según se expresó en el propio texto expositivo publicado en el diario oficial.

La modificación realizada consistió en la incorporación de un Título VII al Libro II, denominado como Asistencia administrativa mutua en materia tributaria, modificándose en consecuencia también el título del Libro Segundo que anteriormente era “La Administración Tributaria y los Administrados” y por modificación impuesto por el Decreto Legislativo N° 1315 varió a “La Administración Tributaria, los Administrados y la Asistencia administrativa mutua en materia tributaria”.

De la simple lectura de los nuevos artículos incorporados al Código Tributario se evidencia que el Ejecutivo tomó como base para esta nueva innovación legislativa el *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios* de la OCDE, el cual fue aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE el 23 de enero de 2006 y que a la fecha se encuentra desclasificado y publicado en la página web de la organización siendo por tanto de libre acceso para el público general.

Ahora bien, este Manual que tiene por finalidad declarada proporcionar, a los funcionarios encargados de realizar el intercambio de información con fines tributarios, una visión general sobre el funcionamiento de las disposiciones sobre el intercambio de

⁵⁰ ROMAINVILLE, Miriam. (25 de setiembre de 2018). Sunat alista más regulación sobre la norma antielusiva y el secreto bancario. *Semana Económica*. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/tributario/310501-sunat-alista-mas-regulacion-sobre-la-norma-antielusiva-y-el-secreto-bancario/>

información e indicaciones de carácter técnico y práctico para mejorar tales intercambios; consta de ocho módulos conforme al siguiente detalle:

Módulo 1 - El intercambio de información previa petición

Módulo 2 - El intercambio espontáneo de información

Módulo 3 - El intercambio automático (o sistemático) de información

Módulo 4 - El intercambio de información sectorial

Módulo 5 - Las fiscalizaciones o comprobaciones simultáneas

Módulo 6 - Las fiscalizaciones o comprobaciones tributarias en el extranjero

Módulo 7 - El perfil por países en materia de intercambio de información

Módulo 8 - Los Instrumentos y Modelos para el intercambio de información

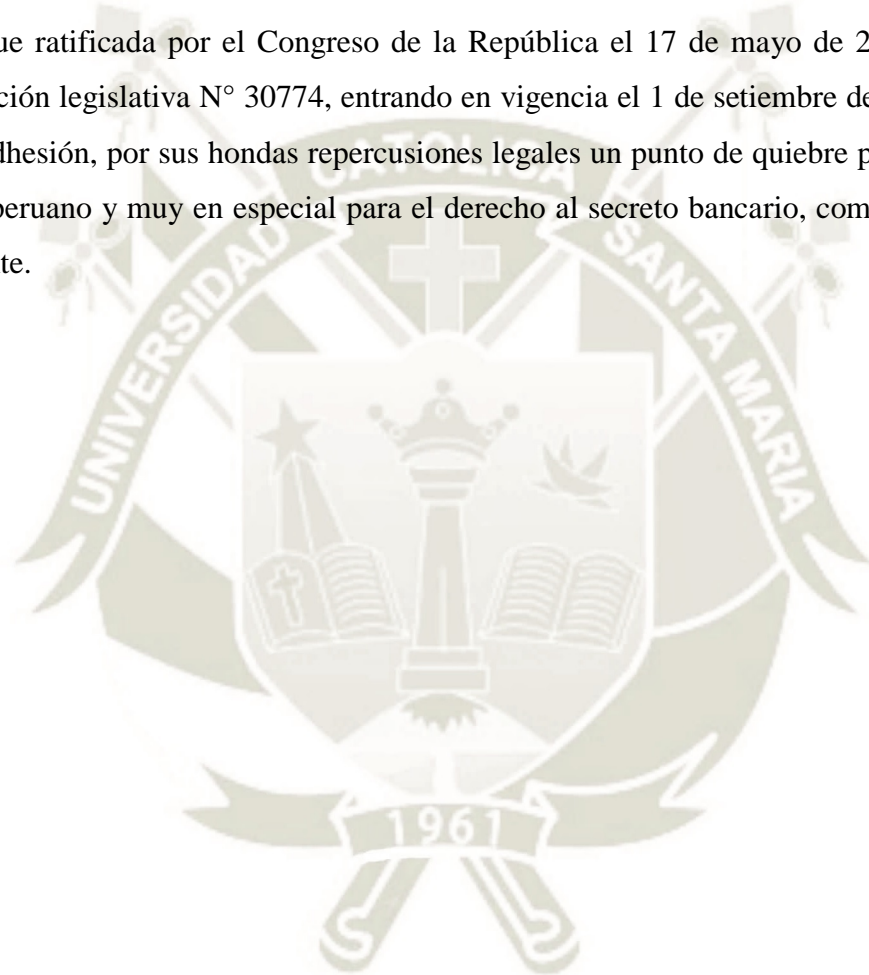
En ese sentido, en el artículo 102-A que da inicio al nuevo libro VII, se señala que el intercambio de información tributaria puede darse a solicitud, de manera espontánea y de manera automática, precisándose también que éste puede realizarse por medio de fiscalizaciones simultáneas y en el extranjero. A fin de cautelar el valor probatorio de la información obtenida del extranjero, el código tributario también precisa que “la información o documentación que la autoridad competente proporcione en el marco de la asistencia administrativa mutua en materia tributaria puede ser utilizada por la SUNAT como medio probatorio para efecto de los procedimientos tributarios o procesos judiciales, salvo disposición en contrario.”

Asimismo los artículos 102-B, 102-C, 102-D, 102-E y 102-F contienen disposiciones referentes a los aspectos generales del intercambio de información, al intercambio a solicitud, al intercambio automático, al intercambio espontáneo y al intercambio mediante fiscalizaciones simultáneas y en el extranjero, todo ello en concordancia con el Manual aprobado por la OCDE.

A efectos de allanar el terreno para la posterior suscripción de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, la única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1315 modificó el artículo 5° de la Ley de Fortalecimiento de la SUNAT, Ley N° 29816, disponiendo que “Corresponde a la SUNAT proponer al Ministerio de Economía y Finanzas la celebración de acuerdos y convenios internacionales referidos a materia tributaria y aduanera, participar en la elaboración de los proyectos de dichos acuerdos y convenios en las materias de su competencia, así como solicitar o prestar asistencia administrativa mutua

en materia tributaria de acuerdo a lo establecido en los tratados internacionales o en las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina. Adicionalmente y en particular, en los acuerdos comerciales o similares compete a la SUNAT participar en las negociaciones de los aspectos aduaneros”.

Siguiendo con la hoja de ruta trazada por el gobierno peruano, el 25 de octubre de 2017 y con su marco legal ya adaptado a los estándares exigidos por la OCDE, el Perú suscribió finalmente la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, la cual fue ratificada por el Congreso de la República el 17 de mayo de 2018 mediante resolución legislativa N° 30774, entrando en vigencia el 1 de setiembre de 2018, siendo esta adhesión, por sus hondas repercusiones legales un punto de quiebre para el sistema legal peruano y muy en especial para el derecho al secreto bancario, como se verá más adelante.



CAPITULO III: INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL

Visto ya el largo proceso seguido por el Perú para lograr su incorporación a la OCDE y las modificaciones legislativas que para tal propósito se han realizado, toca hablar ahora de la más importante de ellas para el propósito de nuestra investigación, esta es el intercambio de información tributaria, el cual puede preliminarmente ser definido como el envío de datos, relevantes para fines tributarios, de una autoridad competente a otra, generalmente Administraciones Tributarias de dos Estados internacionales.

De igual manera hemos visto en el capítulo precedente como es que la OCDE ha impulsado el intercambio automático de información como una política fiscal global destinada a ser un elemento imprescindible en las relaciones de cooperación entre los Estados, implementado para ello estándares que la organización espera sean globalmente aceptados en el futuro inmediato.

A efectos de conocer cómo es que se da este intercambio de información, qué papel juega el estándar común de reporte (CRS) de la OCDE en la misma y de qué manera este último incide en el secreto bancario se hace necesario abordar las siguientes cuestiones

1.- Política fiscal de la OCDE y consolidación democrática para los Estados

El Diccionario de Economía Valle, define a la política fiscal como “la dirección gubernamental de la economía mediante la variación del volumen y contenido de los impuestos, deuda pública, gasto público, fondos gubernamentales, etc.”, por su parte, autores como Johson Okhuysen entienden a la política fiscal, en su aspecto positivo, como “el proceso de disponer los impuestos y los gastos públicos de manera que ayuden, a un tiempo a amortiguar las oscilaciones del ciclo económico y a mantener una economía con elevado nivel de empleo y libre de inflación y deflación excesiva.”⁵¹

De manera general y considerando su efecto en la economía, la política fiscal puede ser de tipo expansiva o restrictiva. En el primero de ellos se habla de un estímulo de la economía en tiempos de crisis o desempleo, ello mediante el aumento del gasto público

⁵¹ LÓPEZ, Jaime. *Bases de política fiscal y derecho*, San Luis de Potosí: Editorial Universitaria Potosina, 1989, pág. 31

y la disminución de los impuestos, incrementándose así el consumo y por consiguiente la producción y el empleo, pudiendo ser un efecto negativo, mayores índices de inflación. En el otro extremo, una política fiscal restrictiva se aplica cuando la inflación alcanza índices de riesgo y tiene por finalidad controlar la demanda mediante la disminución del gasto público y el aumento de los impuestos. Con ello si bien se disminuye el consumo, puede producirse un incremento del desempleo.

Habiendo quedado claro la importancia de la política fiscal, y los elementos que la integran, como instrumento de gestión macroeconómica, conviene a efectos de nuestro estudio, resultar el aspecto tributario de la política fiscal impulsada por la OCDE, organización que actualmente lidera la agenda política fiscal internacional con decisiones determinantes en la lucha contra la evasión fiscal y la promoción del intercambio automático de información.

Aunque a raíz de los escándalos de los Panama papers, reflejados inicialmente con duros discursos dirigidos hacia los hasta entonces tolerados paraísos fiscales, se evidenció un cambio en la política fiscal internacional dirigida por la OCDE, no puede decirse que el acceso al secreto bancario y el intercambio de información fuera una novedad de esta organización. Ya en el año 1998 durante su campaña contra la *competencia fiscal dañina* (Harmful Tax Competition) la OCDE recomendaba aplicar estos factores para evitar las prácticas fiscales dañinas.⁵² Pocos años después, en 2002, la OCDE aprobaba su primer Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información (AII) como un instrumento destinado a los *países no colaboradores*, léase entre líneas paraísos fiscales, para afrontar de manera conjunta la evasión fiscal. Estos compromisos de tipo colaborativo, fueron dejados atrás cuando desde la declaración de 2009 del G-20 contra los paraísos fiscales y el secreto bancario, la buena fe fue reemplazada por la amenaza de sanciones económicas contra estos territorios, obteniendo con ello mayores resultados a los logrados con su anterior y más blanca política fiscal.

Pero, ¿cuál es la importancia de la política fiscal de la OCDE para países que como el Perú resultan tan ajenos a la realidad cotidiana de las mayores economías del mundo representadas por el G-20 o la mayor parte de los países que integran la organización? Sobre este punto, debe considerarse que la mayoría de países latinoamericanos, incluido

⁵² COLLADO, Miguel y MORENO, Saturnina (Ed.) *Estudios sobre el fraude fiscal e intercambio de información tributaria*, España: Atelier, 2012, pág. 74

por supuesto el nuestro, aún se encuentran en una etapa de consolidación democrática, habiendo tenido en su pasado inmediato recientes regímenes autoritarios, responsables de graves violaciones a los derechos humanos y despilfarro de recursos públicos; o gobiernos elegidos democráticamente pero inmersos en graves escándalos de corrupción. Es lamentable resaltar que el caso peruano resulta particularmente dramático pues la totalidad de presidentes elegidos democráticamente desde el retorno de la democracia en 1980, y que aún se encuentran con vida, están actualmente con procesos penales abiertos por corrupción, sentenciados por ellos o prófugos de la justicia.

Así pues las cosas, la política tributaria de los Estados juega un importantísimo papel en la legitimación del Estado democrático y de derecho, teniendo en consideración que la ausencia de ésta condición constituye un caldo de cultivo para ideas políticas que pueden dar lugar a la instauración de regímenes antidemocráticos. Es mediante un eficiente sistema tributario que el Estado puede contar con los recursos necesarios para proveer a sus ciudadanos de servicios y bienes públicos de calidad que contribuyan al bienestar general, la paz social y el desarrollo económico. La disminución de la desigualdad social y la brecha existente entre ricos y pobres es también posible mediante un sistema tributario transparente y guiado por la capacidad contributiva de cada ciudadano.

En ese sentido, la OCDE ha resaltado como un desafío para la región la transformación de la política fiscal en un instrumento de desarrollo económico y social, resaltando que “una política fiscal bien administrada puede constituir la base de un contrato social renovado entre los latinoamericanos y sus gobiernos. Para ello es fundamental proporcionar bienes y servicios públicos mejores y más justos, que pueden contribuir igualmente a la consolidación democrática en la región.”⁵³

2.- Consideraciones generales y jurídicas sobre el intercambio de información

Para delimitar lo que implica el intercambio de información debe tenerse en cuenta lo que se considera información relevante para fines tributarios, la cual según el artículo 26° establecido en el Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, comprende desde los “datos referentes a la sujeción fiscal de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas,

⁵³ OCDE. (4 de noviembre de 2017). La política fiscal como herramienta de desarrollo en América Latina. Recuperado de <https://www.oecd.org/dev/41578326.pdf>

a la actividad económica de determinados sujetos, al período de residencia o estancias de una persona concreta en el territorio de un Estado, a cuestiones contables, cuestiones relativas al régimen jurídico (fiscal o no) de ciertas operaciones, rentas (calificación/sujeción) o entidades, (...).”⁵⁴

En el indicado Modelo de Convenio para intercambio de información fiscal establecido por la OCDE, se establece un marco general para el intercambio de información fiscal, siendo los principales mecanismos por su trascendencia el espontáneo, el realizado a petición de parte y el automático.⁵⁵

Como se desprende de su mismo nombre, el intercambio espontáneo es aquel que se da cuando una Administración Tributaria, en el ejercicio de sus atribuciones o potestades conferidas por ley, realiza un hallazgo de información respecto a un contribuyente, que considera puede ser de interés para otro Estado, razón por la cual de manera espontánea, la remite a la Administración Tributaria de ese Estado, sin que éste la haya solicitado previamente, para que dicha administración obre según lo estime conveniente.

Por otra parte el intercambio a petición de parte, ocurre cuando una Administración Tributaria que tiene un expediente fiscal en curso o realiza una investigación sobre un contribuyente específico, pide a otra Administración Tributaria información concreta y puntual sobre el indicado contribuyente, siendo por tanto este un requerimiento ex post y de contenido muy limitado. Hasta hace no muchos años, ésta era la principal modalidad de intercambio de información fiscal entre Estados y estaba delimitado por lo que las partes hubieran suscrito en acuerdos bilaterales, existiendo aun así una serie de impedimentos para un intercambio eficaz de la información solicitada, principalmente el derecho al secreto bancario, como se verá más adelante.

Finalmente, y en la cima de la pirámide del intercambio de información fiscal, se encuentra el automático, el cual como es obvio de su nombre es aquel intercambio, que se realiza de manera maquina y periódica (por lo que también se le llama *intercambio de rutina*), de información en masa entre las partes, usualmente sus Administraciones Tributarias, pudiendo comprender información muy amplia de potencial interés fiscal pero que generalmente corresponde a la información financiera. Tratándose de una

⁵⁴ MERINO ESPINOZA, María. NOCETE CORREA, Francisco. *El intercambio de información tributaria*, España: Crónica Tributaria N° 139-2011, 2011, pág. 142

⁵⁵ PONT, Magin. *Tributos y Empresas*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2004, pág. 400

información previamente fijada sobre personas determinadas o determinables, la información intercambiada no implica necesariamente que la persona comprendida esté siendo objeto de un proceso investigación fiscal o vaya a serlo posteriormente. De ahí que se diga que se trata de una información en masa solicitada ex ante y destinada a ser analizada con posterioridad por la autoridad competente. Los mejores ejemplos de intercambio automático de información fiscal están representado por el FATCA y el Estándar Común de Reporte (CRS), siendo éste último por su trascendencia para el caso peruano, el objeto de estudio de la presente tesis.

No puede pasar inadvertido para los estudiosos del derecho que para el intercambio de información tributaria entre Estados es necesario la preexistencia de un tratado internacional entre las partes, esto para salvaguardar las garantías establecidas por el orden constitucional de cada Estado. Generalmente estos tratados están representados por los convenios para evitar la doble imposición que siempre comprenden una cláusula para permitir el intercambio de información tributaria. Haciendo referencia al intercambio de información sobre la base del Modelo de Convenio de la OCDE, el autor español Caldero Carrero señala que “como regla general se puede afirmar que las Administraciones tributarias no intercambian información fiscal si no media un convenio internacional que lo permita. Es por ello que los convenios de doble imposición contienen un precepto específico (el artículo 26) que ordena las transmisiones internacionales de datos tributarios y que constituye la base jurídica de los mismos en la mayoría de las ocasiones.”⁵⁶

Aunque el citado autor, cuya obra sobre convenios fiscales internacionales se publicó originalmente en el año 2008, considera el intercambio de información como de carácter extraordinario o excepcional, situación entendible por el contexto temporal en que se escribió, resultan totalmente válidas sus observaciones sobre el *cauce jurídico* que posibilita el intercambio de información, haciendo el expresado autor especial mención a un sector de la doctrina alemana que ha llegado a plantear la inconstitucionalidad del intercambio de información con prescindencia de las garantías previstas en el derecho interno del Estado contratante.

⁵⁶ CALDERÓN CARRERO, José. *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2008*, España: Ed. Fiscal CISS, 2008, pág. 582

De regreso al escenario peruano, resulta también de especial relevancia, la decisión 578 de la Comunidad Andina (CAN) adoptada en el año 2004 por los países miembros de éste organismo regional, entre ellos el Perú, y que permite al Estado peruano intercambiar información tributaria, a petición de parte, con Colombia, Ecuador y Bolivia.

Finalmente, por su importancia y trascendencia, el principal mecanismo a considerar es la Convención de Asistencia Mutua en Materia Fiscal, promovida por la OCDE, y a la cual nuestro país se adhirió formalmente en mayo de 2018 y que permite el intercambio de información tributaria de manera automática y a petición de parte, siendo actualmente la herramienta más importante para el intercambio de información tributaria mediante la utilización del Estándar Común de Reporte diseñado por la OCDE y cuya total implementación se espera en el próximo año.

3.- Intercambio automático de información fiscal

Circunscribiéndonos ahora al Intercambio Automático de Información Fiscal (AEOI) o la cima de la pirámide como la hemos llamado antes, diremos que esta es una medida impulsada por la OCDE que tiene por finalidad promover la eficiente cooperación internacional entre Estados en materia tributaria. Este mecanismo o instrumento jurídico tiene sus orígenes en el año 1998 cuando la OCDE publicó el informe titulado “Competencia fiscal perniciosa: un problema global emergente”. En dicho informe se advertía sobre la opacidad de los sistemas tributarios por la falta de intercambio efectivo de información entre los estados y como esto incidía en la comisión de prácticas fiscales perniciosas.

El intercambio automático de información fiscal se diferencia de otras modalidades de intercambio de información en que no se requiere que se formule una solicitud específica respecto de un contribuyente indicando qué información se solicita y con qué propósito, lo cual simplifica los costos en que debe incurrir el Estado por cuanto la información es compartida rutinariamente y de manera inmediata mediante la utilización de herramientas tecnológicas, salvando así no solo distancias sino también barreras burocráticas.

En el año 2000, la OCDE creó el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria con el fin de elaborar normas en materia de derecho fiscal y tributario para erradicar los paraísos fiscales. Inicialmente formado por 32 estados miembros, en 2009 contaba ya con la adhesión de 90 países. Finalmente, en el encuentro

llevado a cabo en Berlín en octubre de 2014, los estados miembros acordaron un modelo de intercambio automático de información, invitando la OCDE a todos los estados del mundo a sumarse a este foro global. Puesto en práctica en la Unión Europea en 18 de sus miembros más importantes desde el año 2015, al 2017, 48 países han suscrito este acuerdo global de transparencia, encontrándose entre estos México, Argentina y Colombia, esperándose que un segundo bloque de países aplique el acuerdo a partir del año 2018.

En un informe presentado al G-20 en 2012, la OCDE resumía las características del intercambio automático de información en: 1) un Estándar Común de Reporte de Información, 2) una base jurídica y operativa para el intercambio de información y, 3) soluciones técnicas comunes o compatibles.

El porqué de estos nuevos convenios de intercambio de información fiscal, puede explicarse en el auge de las operaciones económicas transfronterizas a consecuencia de la expansión del comercio internacional y las tecnologías de la información por las cuales estos convenios se hacen necesarios para las Administraciones Tributarias, no solo para facilitar su labor recaudadora sino también para disuadir la evasión de impuestos con la amenaza de la amplia red establecida en torno a la información del contribuyente.

Debido a que en el Perú el intercambio automático de información todavía se encuentra en su etapa primigenia, su regulación en cuanto a la información preestablecida sin solicitud previa y los intervalos de tiempo para este aun están pendientes. No obstante ello puede tomarse como ejemplo cercano el caso europeo cuya primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas N° 77/799/CEE , de fecha 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y los impuestos sobre las primas de seguros, reguló su ámbito de aplicación y condiciones del mismo, y aunque por su antigüedad no resulta concerniente detallar su contenido, si puede por otra parte tratarse de la reciente modificación de su artículo 8° en el cual, nos dice Martínez Giner, “se establece una implantación progresiva del intercambio automático que deberá cumplirse en relación con los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2014, (...) Se establece la posibilidad que un Estado miembro indique (...) que no desea recibir información automática sobre alguna categoría de renta o patrimonio de las que conforman el intercambio automático, o que la desea recibir a partir de un determinado umbral económico. (...) Este intercambio se realizará como mínimo una vez al año y a

más tardar a los seis meses después de finalizar el ejercicio presupuestario del Estado miembro durante el cual se recabó la información.”⁵⁷

3.1.- El Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria

Fundado en el año 2000 y reestructurado en septiembre de 2009, está conformado por los países de la OCDE y otras jurisdicciones que acordaron implementar la transparencia relacionada con los impuestos y el intercambio de información fiscal. El también conocido de manera abreviada como Foro Global, funciona bajo los auspicios de la OCDE y el G20. Dentro de sus funciones, aborda la evasión fiscal, los paraísos fiscales, los centros financieros extraterritoriales, los acuerdos de intercambio de información fiscal, la doble tributación y el lavado de dinero.

Adquirió notoriedad el año 2000, al publicar una lista negra de 35 paraísos fiscales, que para 2009 se había reducido a cero. Desde entonces el Foro Global se ha centrado en aumentar el estándar para el intercambio de información. Aunque se constituyó inicialmente con 32 países miembros, a enero de 2018 el Foro Global tenía 147 jurisdicciones tributarias miembros.

El Foro promueve la implementación de los estándares acordados internacionalmente sobre el intercambio de información con fines tributarios. En ese sentido, los miembros deben comprometerse al menos a implementar el estándar de Intercambio de información a solicitud (EOIR), el denominador común más bajo para el intercambio de información, que es un estándar más débil que el estándar de Intercambio de información automático (AEOI).

Para el cumplimiento de sus fines, el Foro utiliza la revisión por pares (*peer review*) para monitorear que se implemente el intercambio de información a pedido. Este proceso tiene dos fases definidas. En la denominada Fase 1 y como requisito previo, los países tienen que aprobar leyes relevantes, que luego deben revisarse. Seguidamente, en la Fase 2, el grado de implementación se clasifica en cuatro categorías que van de la letra A a la D. Es desde el año 2009, que el Foro ha clasificado a los paraísos fiscales en una "lista negra" de no comprometidos y una "lista de distribución" (llamada "lista gris" por diversos

⁵⁷ MERINO ESPINOZA, María. NOCETE CORREA, Francisco, *op. cit.*, págs. 83 y 84

medios de noticias) de no implementadores de la requerida "norma fiscal acordada internacionalmente".

3.2.- Acuerdos de Intercambio de Información de Impuestos

Se conoce como Acuerdo de Intercambio de Información de Impuestos (TIEA por sus siglas en inglés) a un acuerdo bilateral por el cual dos países establecen términos para el intercambio de información relacionada a asuntos fiscales. Este tipo de acuerdos son generalmente celebrados entre países de alta presión fiscal con aquellos considerados como paraísos fiscales, como puede ejemplificarse en el acuerdo suscrito entre los Estados Unidos y Antigua y Barbuda el 6 de diciembre del año 2000.

Según Adrian Sawyer⁵⁸, profesor de tributación de la Universidad de Canterbury, estas iniciativas comenzaron a principios de los años 2000 y tuvieron un recogido impulso en el año 2002 con el lanzamiento del Modelo de Acuerdo de la OCDE habiendo pasado ahora de una iniciativa orientada cuantitativamente a una que tiene un enfoque más cualitativo con el inicio de la denominada *revisión de pares*, método de evaluación del trabajo por parte de una o más personas de competencia similar a los productores de dicho trabajo, que en el caso de los TIEAs corresponde al Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria.

Ahora bien, la legalidad de este tipo de Acuerdos Intergubernamentales (más conocidos como IGAs por sus siglas en inglés) no ha estado exenta de controversia toda vez que desde la óptica del derecho internacional, cualquier acuerdo entre gobiernos que obligue a una de las partes esencial representa un tratado internacional, razón por la cual en algunos países como Estados Unidos, gran impulsor de TIEAs y donde el modelo constitucional no permite que el Poder Ejecutivo suscriba tratados de manera unilateral sin el consentimiento del senado, algunos autores sostienen que los acuerdos intergubernamentales son manifiestamente inconstitucionales.⁵⁹

⁵⁸ SAWYER, Adrian. (4 de Octubre de 2018). The OECD's Tax Information Exchange Agreements: An Example of (In)Effective Global Governance?. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/267230583_The_OECD's_Tax_Information_Exchange_Agreements_An_Example_of_InEffective_Global_Governance

⁵⁹ CHRISTIANS, Allison. (12 de Agosto de 2018). Tax Law. IRS Brushes Aside the Constitution to Make Way for FATCA. Recuperado de <https://www.lexisnexis.com/LegalNewsRoom/tax-law/b/fatcacentral/posts/irs-brushes-aside-the-constitution-to-make-way-for-fatca>

En términos generales, mediante los Acuerdos de Intercambio de Información de Impuestos, los Estados contratantes se comprometen a prestarse asistencia mutua para asegurar una evaluación y una recaudación de impuestos precisa con la finalidad de evitar el fraude y la evasión fiscal y para desarrollar fuentes de información mejoradas para asuntos fiscales, lo cual es únicamente posible mediante el intercambio de información suministrada por las autoridades competentes de cada país.

Este tipo de acuerdos tiene como uno de sus pilares la debida diligencia por parte de los Estados contratantes para el intercambio de información, de manera tal que si la información es solicitada por una de las partes, el Estado requerido deberá esforzarse por obtener la información solicitada de la misma manera y la proporcionará de la misma forma que si el impuesto del Estado solicitante fuera el impuesto del Estado requerido.

En lo que respecta al tratamiento otorgado a la información recibida por un Estado contratante, que como sabemos puede tener el carácter de reservada en su país de origen por secreto bancario o reserva tributaria, esta se considera secreta de la misma manera que la información obtenida de conformidad con las leyes nacionales de cada Estado y se divulgará solo a las personas o autoridades, ya sean estas órganos judiciales o administrativos, que participan en el proceso de determinación, recopilación de información y la administración de los impuestos.

En el mismo sentido, los TIEAs disponen que los individuos o autoridades con acceso a la información entregada, usarán esta solo para los propósitos mencionados anteriormente, pudiendo divulgarla en procedimientos judiciales públicos o en decisiones judiciales, aunque no a ninguna tercera jurisdicción para ningún fin sin el consentimiento del Estado contratante que originalmente proporcionó la información.

No obstante lo expuesto en relación al marco teórico de los TIEAs, cabe preguntarse qué mecanismos existen en la realidad para garantizar que la información requerida por uno de los Estados sea remitida con la celeridad y calidad exigida en el acuerdo suscrito por las partes, sobre este punto si bien debe reconocerse que no es posible ejercer mecanismos de coerción si es objetivamente apreciable la reputación de los Estados suscribientes ante organizaciones internacionales de prestigio como la OCDE, que tiene como uno los indicadores para medir la reputación de una jurisdicción, la rapidez de la gestión del intercambio bilateral de información, de manera tal que si un Estado no tiene intención

de figurar en la famosa “lista negra” de la OCDE debe garantizar un adecuado cumplimiento de los TIEAs de los cuales sea parte.

Pero, ¿qué tan efectivas resultan estas “listas de la vergüenza” para ejercer presión sobre los considerados paraísos fiscales? Sobre lo cuestionado baste señalar que cuando en el año 2009 la OCDE publicó su lista de Estados que incumplen las normas fiscales mínimas, a pedido de la cumbre del G-20 reunida en Londres, tan solo cinco días después esta lista quedó “vacía” luego de que los países en ella comprendidos, como Costa Rica, Filipinas y Malasia, más allá de sus airadas protestas iniciales, “se comprometieron a adoptar las reglas internacionales básicas que les permiten salir de esa nómina”, según lo informado por la propia OCDE, pasando en adelante a integrar una denominada “lista gris” de la OCDE, en la que se enumeran las naciones y territorios que se han comprometido a adoptar estándares internacionales en materia fiscal, pero aún no lo han realizado.⁶⁰

3.3.- Convenios de doble imposición

Según definición de la OCDE, “la doble imposición jurídica internacional puede definirse como resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo. Son tan conocidos los perjudiciales efectos de tal situación para el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales, tecnologías y personas que apenas resulta necesario insistir en la importancia que tiene la eliminación del obstáculo que la doble imposición supone para la expansión de las relaciones económicas entre los distintos países.”⁶¹

Por este motivo, los convenios de doble imposición (CDI) “son instrumentos jurídicos internacionales suscritos entre dos Estados, que se incorporan al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos y que tienen por finalidad eliminar o aminorar la doble tributación internacional que afecta o dificulta el intercambio de bienes y servicios y los movimientos de capitales, tecnologías y personas, beneficiando exclusivamente a las

⁶⁰ REDACCIÓN EL UNIVERSO. (7 de abril de 2009). OCDE retira a Costa Rica y vacía su "lista negra" de paraísos fiscales. El Universo. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/2009/04/07/1/1361/D5C35B3AD340447EA3D5D25C26537FED.html>

⁶¹ OCDE. (19 de agosto de 2018). Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y el patrimonio. Versión abreviada. Recuperado de https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada_9789264184473-es

personas naturales o jurídicas, residentes o domiciliadas en alguno de los Estados Contratantes.”⁶²

Por su parte, Ferrer Grau, profesor del departamento de contabilidad de la Universidad de Barcelona, nos aproxima a una definición más práctica de los CDI, al señalar que son tratados fiscales internacionales “para establecer una regla de reparto de la imposición tributaria”, de ahí que este autor considere que las reglas de los CDI no sean de cómo deben tributar en cada país los distintos tipos de rentas y patrimonios, sino de cómo se reparten las potestades tributarias entre los países.⁶³

Ahora bien, es necesario señalar que estos tratados internacionales, contemplan no sólo las reglas a ser utilizadas para evitar la doble imposición sino también los mecanismos que permitan la colaboración entre las Administraciones Tributarias con la finalidad de detectar casos de evasión fiscal, como se ve no se busca evitar únicamente, que un contribuyente tribute doble vez por un mismo hecho generador sino también propiciar la colaboración entre Estados con fines fiscales, la cual como hemos visto anteriormente tiene su cúspide en el intercambio de información fiscal.

Según información publicada por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), actualmente el Perú tiene en vigor siete convenios bilaterales para evitar la doble imposición, los cuales son los siguientes:

1. Convenio con Chile, aplicable desde el primero de enero de 2004.
2. Convenio con Canadá, aplicable desde el primero de enero de 2004.
3. Convenio con Brasil, aplicable desde el primero de enero de 2010.
4. Convenio con los Estados Unidos Mexicanos, aplicable desde el primero de enero de 2015.
5. Convenio con la República de Corea, aplicable desde el primero de enero de 2015.
6. Convenio con la Confederación Suiza, aplicable desde el primero de enero de 2015.

⁶² Ministerio de Hacienda de Chile. (24 de octubre 2018). ¿Qué son los tratados de doble tributación?. Recuperado de <http://www.hacienda.cl/preguntas-frecuentes/impuestos/que-son-los-tratados-de-doble.html>

⁶³ FERRER GRAU, Vicente Y GARCIA LÓPEZ, Rosa. *La fiscalidad internacional*, España: Ed. Fundación Flores Jimeno, 2013, págs. 11 y 12

7. Convenio con la República de Portugal, aplicable desde el primero de enero de 2015.

Asimismo, al ser el Perú miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), es suscriptor de la Decisión 578, aplicable desde el primero de enero de 2005 y que establece un nuevo régimen común para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal entre los países miembros.

Con la finalidad de facilitar las negociaciones bilaterales entre países y uniformizar los acuerdos alcanzados en beneficio del comercio internacional y los contribuyentes, la OCDE diseñó su primer modelo de convenio en 1963, desde entonces más de 3 mil acuerdos tributarios alrededor del mundo se han realizado conforme al modelo propuesto por la OCDE, el cual además se actualiza periódicamente cada dos o tres años conforme a las nuevas exigencias del mundo contemporáneo.

En lo que respecta al intercambio de información dentro de los Convenios de doble imposición celebrados por el Perú, este se encuentra regulado en el artículo 26° del modelo originalmente empleado para el tratado celebrado con Chile, primero de su tipo firmado por nuestro país y cuyo tenor literal es el siguiente:

***“CONVENIO ENTRE LA REPUBLICA DE CHILE Y LA REPUBLICA DE PERÚ
PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN Y PARA PREVENIR LA EVASIÓN
FISCAL EN RELACIÓN AL IMPUESTO A LA RENTA Y EL PATRIMONIO.***

Artículo 26. Intercambio de Información

1. *Las autoridades competentes de los Estados Contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio, o en el derecho interno de los Estados Contratantes relativo a los impuestos comprendidos en el Convenio en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio, la que podrá ser utilizada para determinar el impuesto al valor agregado (Impuesto General a las Ventas). El intercambio de información no se verá limitado por el Artículo 1. Las informaciones recibidas por un Estado Contratante serán mantenidas en secreto en igual forma que las informaciones obtenidas en base al derecho interno de ese Estado y sólo se comunicarán a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos*

administrativos) encargadas de la gestión o recaudación de los impuestos comprendidos en el Convenio, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a dichos impuestos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán estas informaciones para estos fines. Podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

- 2. En ningún caso las disposiciones del párrafo 1 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado Contratante a:*
- (a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estados Contratante;*
 - (b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado Contratante;*
 - (c) suministrar información que revele secretos comerciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.*
- 3. Cuando la información sea solicitada por un Estado Contratante de conformidad con el presente Artículo, el otro Estado Contratante obtendrá la información a que se refiere la solicitud en la misma forma como si se tratara de su propia imposición, sin importar el hecho de que este otro Estado, en ese momento, no requiera de tal información.”*

Como se ve, son tres las particularidades resaltantes contempladas respecto al intercambio de información dentro del modelo de convenio propuesto por la OCDE para evitar la doble imposición, en primer lugar la información podrá “ser utilizada para determinar el impuesto al valor agregado”, que dicha información será mantenida en secreto y finalmente que “se obtendrá la información a que se refiere la solicitud en la misma forma como si se tratara de su propia imposición”, con lo cual se obliga a seguir el procedimiento previsto por la legislación interna para recabar tal información, la que en el caso de encontrarse protegida por el secreto bancario implica necesariamente el cumplimiento de las disposiciones legales de la materia aun cuando no necesitara esta información para el cumplimiento de sus propios fines fiscales.

3.4.- La Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras o FATCA

La ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras (Foreign Account Tax Compliance Act), comúnmente conocida como FATCA por sus siglas en inglés, es una ley aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica en marzo de 2010 e implementada totalmente en julio de 2014. Entre los antecedentes históricos inmediatos que motivaron su desarrollo y promulgación resalta la crisis económica internacional de 2008 desatada por el colapso de la burbuja inmobiliaria y los escándalos de evasión fiscal detectados a ciudadanos estadounidenses que motivaron al gobierno de ese país a mejorar su política recaudatoria a efectos de disminuir la creciente evasión fiscal.

Bajo esta premisa, los objetivos declarados de FATCA pueden resumirse en: identificar y reportar las inversiones que los contribuyentes estadounidenses tienen fuera de su país, prevenir que estos contribuyentes utilicen cuentas financieras fuera de los Estados Unidos para ocultar renta y evadir impuestos, y obtener información de cuentas correspondientes a personas físicas o jurídicas estadounidenses en el extranjero.

Aquí cabe preguntarse, ¿a quienes se considera estadounidenses para fines de la ley FATCA? En primer lugar a los nacidos en los Estados Unidos y que tengan la ciudadanía de ese país, a los residentes en Estados Unidos aunque no hayan nacido en él o que tengan el permiso de residencia conocido como Green Card y finalmente a las personas que residen temporalmente al año en los Estados Unidos. En el caso de las personas jurídicas, se consideran estadounidenses a las que posean un capital estadounidense superior al 10%. Las cuentas de estas personas (naturales y jurídicas) serán en adelante clasificadas como *U.S. Accounts*.

Naturalmente obtener la información exigida por la ley FATCA implica necesariamente acceder a información financiera con sede en el extranjero, lo cual era únicamente posible si se permitía a la administración tributaria estadounidense tener acceso a la información de las bases de datos de estas instituciones financieras extranjeras referente a ciudadanos estadounidenses, incluyendo también a residentes y residentes fiscales.

Como mecanismo de poder para que las instituciones financieras extranjeras cumplieran con lo dispuesto por la ley FATCA, el gobierno estadounidense estableció una *sanción* en la forma de un impuesto de retención del 30%, aplicable ante el incumplimiento, sobre diversos tipos de pagos destinados a sus clientes y que tengan su origen en los Estados Unidos.

Es por estos motivos que, por su carácter unilateral, extraterritorial y punitivo la ley FATCA marcó un antes y un después en la política fiscal internacional, siendo una manifestación de lo que en el derecho anglosajón se conoce como *hard law*, pues otorga a los actores internacionales responsabilidades vinculantes reales bajo amenaza de recibir una sanción, manifestada en una retención de eminente carácter punitivo.

Es a través de la ley FATCA, que se sentaron las bases para el intercambio automático de información, *obligando* a las instituciones financieras extranjeras a reportar anualmente al Servicio de Rentas Internas estadounidense acerca de cuentas de contribuyentes estadounidenses, sean estos ciudadanos o residentes en el extranjero bajo apercibimiento, como se ha dicho, de ser sus operaciones gravadas.

No obstante las críticas que esta ley suscito en algunos de los operadores del sistema financiero mundial, las principales economías del mundo se apresuraron a suscribir Acuerdos Intergubernamentales, llamados IGAs, con los Estados Unidos. Siendo que a la fecha la casi totalidad de los países de América, Europa Occidental y las principales economías de Asia como China, India y Japón han suscritos acuerdos de esta especie.

Como se ve, la pretensión de la ley FATCA es prevenir o cuando menos desincentivar que los ciudadanos estadounidenses utilicen cuentas financieras fuera de los Estados Unidos con el fin de evadir impuestos y a la vez promover la transparencia fiscal.

En opinión de Rodríguez y Richards⁶⁴, “su objeto primordial es la identificación de cuentas financieras no declaradas pertenecientes a contribuyentes estadounidenses. No fue creada con la intención de cobrar impuestos a las FFIs (Foreign Financial Institutions) del mundo para enriquecer sustancialmente la tesorería de los EE.UU. El “impuesto” Fatca del 30%, más bien, fue concebido como una sanción económica para las FFIs que eligen no participar en el régimen de reporte de la Fatca.”

Siendo que los informes de FATCA son presentados por las entidades financieras para todos los contribuyentes estadounidenses que viven en el extranjero, con detalle de sus cuentas se verá más adelante que el Common Reporting Standar de la OCDE cumple un propósito similar, asegurando que los detalles de las cuentas financieras de las jurisdicciones participantes relevantes se informen a la administración correspondiente

⁶⁴ RODRÍGUEZ, Fernán. RICHARDS, Timothy. *Revista Impuestos de Colombia*, N° 182, Bogotá: Editorial Legis, 2014, págs. 10-14

donde el propietario de la cuenta sea residente fiscal, diferenciándose con el ello de FATCA que centra su clasificación en la condición de ciudadano estadounidense.

3.5.- El Estándar Común de Reporte o CRS

Elaborado en el año 2014 por la OCDE, en colaboración con los países del G20 y la Unión Europea, tiene como referencia la Ley FATCA de los Estados Unidos. Constituye un sistema de intercambio automático de información tributaria entre los países adheridos a la convención propuesta por la OCDE. Desde una perspectiva jurídico general, podemos definirlo como un procedimiento administrativo por tratarse de un cause formal de una serie de actos con que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin, materializado este último en el intercambio de información.

Dejando de lado el plano doctrinal, y como su propio nombre lo indica se trata en la práctica de un estándar de información para el intercambio automático de información fiscal en cuanto a las cuentas bancarias a nivel global, por parte de distintas administraciones tributarias. Se diferencia de los Acuerdos de Intercambio de Información de Impuestos (TIEAs) por establecer un intercambio de información de manera automática, y ya no a petición de parte, y por ser de carácter multilateral entre los países adherentes.

El CRS (mayormente conocido a nivel global por sus siglas en inglés) tiene como objetivo primordial, compartir la información de cuentas financieras de clientes con residencia fiscal en alguna jurisdicción participante, entendiéndose por esta a los países que han suscrito el acuerdo de cooperación con la OCDE, todo esto con la finalidad de aumentar el cumplimiento tributario y la transparencia fiscal.

En palabras de la OCDE, el estándar aprobado, “define el tipo de información financiera que se debe intercambiar, las instituciones financieras llamadas a transmitir dicha información, los distintos tipos de cuentas, los contribuyentes implicados, así como los procedimientos de diligencia común razonables que las instituciones financieras deben seguir.”⁶⁵

⁶⁵ OCDE. (22 de octubre de 2018) Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras. Recuperado de <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion-9789264268074-es.htm>

Si bien es cierto existen muchas similitudes entre el FATCA y el CRS, al ser ambos modelos de intercambio automático de información fiscal, pueden señalarse una serie de diferencias relevantes que para entender de mejor manera las características del estándar aprobado por la OCDE.

Inicialmente, mientras que el CRS exige el reporte de información de manera multilateral, es decir de múltiples jurisdicciones fiscales, bajo la ley FATCA sólo debe reportarse la información fiscal bilateralmente, esto es al gobierno de los Estados Unidos.

Asimismo se vio anteriormente que el FATCA impone como mecanismo de persuasión una retención de impuesto del 30% para quienes incumplan esta ley; por su parte el CRS no contempla acciones de este tipo pues se vale de otros medios para ejercer presión entre los que resalta la ya mencionada lista negra de paraísos fiscales.

Otra diferencia, esta vez delimitada por el alcance de la información a intercambiar es que bajo el CRS las instituciones financieras deberán reportar toda la información correspondiente a residentes fiscales en otro país y no únicamente de ciudadanos estadounidenses.

Para concluir lo concerniente al CRS, es necesario precisar la información que las entidades deben reportar conforme a lo establecido por este estándar. En ese sentido, la información intercambiada incluirá el nombre, domicilio, jurisdicción de residencia, Número de Identificación Fiscal (TIN, por sus siglas en inglés y RUC en el sistema tributario peruano) y fecha y lugar de nacimiento de cada uno de los titulares de la cuenta. Y en lo que respecta a la información tradicionalmente protegida por el secreto bancario se incluye el número de cuenta, el nombre y número de identificación de la institución financiera que hace el reporte y el saldo o valor de la cuenta. En caso esta haya sido cerrada durante el año se informará también esto. Tratándose de cuentas de depósito se informará el monto bruto de intereses pagados y en el caso de cuentas en custodia se incluirá además el monto bruto total de dividendos y otros ingresos generados, como los beneficios brutos totales de la venta de activos en los cuales intervino la institución financiera de reporte.

3.6.- Asistencia administrativa mutua en materia tributaria en el Perú

Como se vio anteriormente, con fecha 25 de octubre de 2017 el Perú suscribió la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, ratificada por el Congreso el 17 de mayo de 2018 y en vigencia desde 1 de setiembre de ese mismo año. Con ello el Perú se adhirió a las 119 jurisdicciones y países de todo el mundo actualmente participantes de la Convención y comprometidos con sus disposiciones.

La importancia de esta adhesión radica en que la Convención es el instrumento clave para la rápida implementación de la norma para el intercambio automático de información de cuentas financieras en asuntos fiscales y para combatir el flujo de dineros de origen ilícito. Según refiere Ubalde De Frutos, funcionario de hacienda español, sobre el Programa País Perú, las líneas maestras del mismo en materia tributaria eran: “adhesión al Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información, adhesión a la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, adhesión al mecanismo multilateral de intercambio automático de información tributaria y el desarrollo de capacidades en fiscalidad internacional. También la celebración de una consulta regional sobre BEPS (Lima, febrero de 2015).”⁶⁶ Señalando asimismo que a marzo de 2018 la mayoría de los objetivos se han cumplido debido al firme compromiso del gobierno peruano.

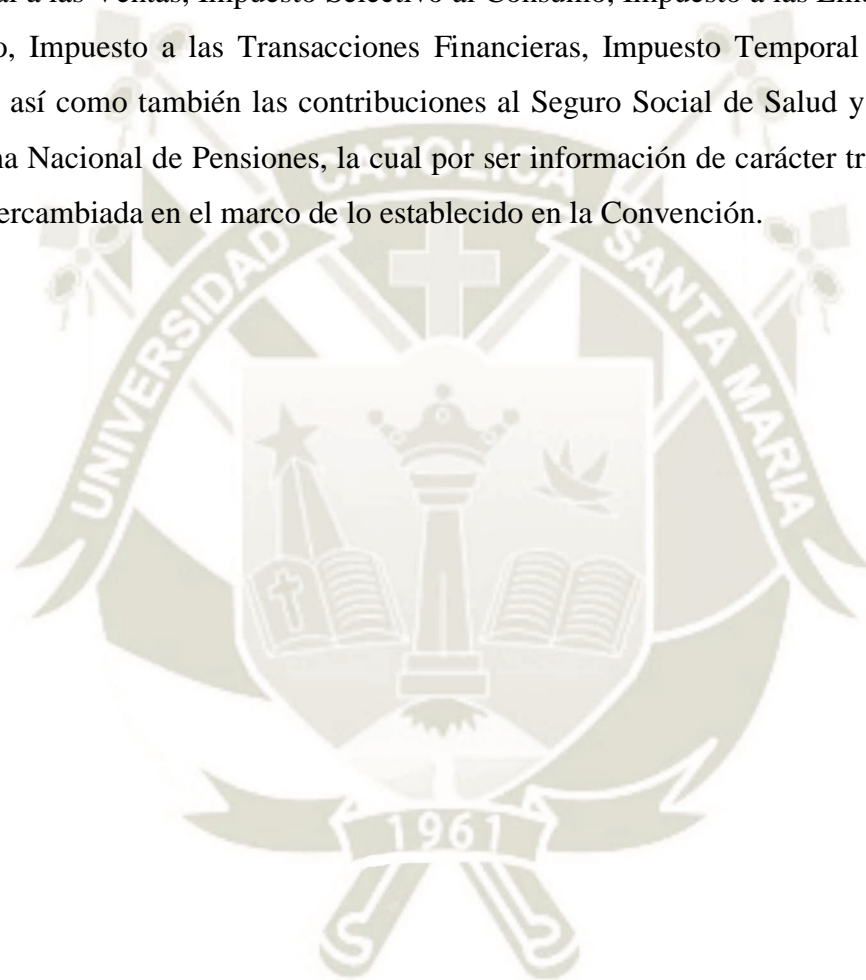
El Convenio suscrito por el Perú permite el intercambio, entre administraciones competentes de los gobiernos vinculados, de información financiera, concerniente fundamentalmente a facturación, transacciones, saldos en cuentas bancarias, sueldos y pensiones; e información tributaria, dentro de la cual se tiene obligaciones tributarias, ganancias de capital, intereses y regalías ya sea sobre personas naturales o jurídicas. Ya se ha visto anteriormente que el intercambio de información puede darse en tres niveles representados por el intercambio espontáneo, a solicitud y automático.

No obstante es necesario precisar que dentro de las reservas interpuestas por el Estado peruano y que se encuentran detalladas en la indicada resolución legislativa N° 30774 se encuentra el derecho de no prestar asistencia alguna en relación con los impuestos de otras Partes, salvo los incluidos en el anexo A de la Convención, el derecho de no prestar asistencia en materia de cobro de créditos tributarios o de cobro de multas administrativas, con respecto a cualquier clase de impuestos, el derecho de no prestar asistencia en relación

⁶⁶ GONZALES DE FRUTOS, Ubaldo. *Revista Análisis Tributario*, N° 362, Lima: Editorial AELE, 2018, págs. 12

con cualquier crédito fiscal que exista en la fecha de entrada en vigor de la Convención con respecto al Perú, el derecho de no prestar asistencia en materia de notificación o traslado de documentos y el derecho de no permitir la notificación o la transferencia de documentos a través del correo.

Finalmente, respecto a las obligaciones tributarias comprendidas dentro de los alcances de la Convención se encuentran los siguientes impuestos: Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, Impuesto a las Embarcaciones de Recreo, Impuesto a las Transacciones Financieras, Impuesto Temporal a los Activos Netos, así como también las contribuciones al Seguro Social de Salud y los aportes al Sistema Nacional de Pensiones, la cual por ser información de carácter tributario puede ser intercambiada en el marco de lo establecido en la Convención.



CAPÍTULO IV: EL ESTÁNDAR COMÚN DE REPORTE (CRS) FRENTE AL SECRETO BANCARIO

En los capítulos precedentes hemos desarrollado como es que el sistema de intercambio automático de información o CRS promovido por la OCDE, ha llegado al Perú para revolucionar su política fiscal, siendo este un camino sin retorno. Frente a esta realidad toca ahora preguntarse si es posible la subsistencia del derecho al secreto bancario peruano en el mundo actual, donde la opacidad bancaria se ha convertido en un concepto antagónico para la lucha contra el blanqueo de capitales, el fraude y la evasión fiscal.

Se ha dicho que con las nuevas reformas legislativas promovidas por el Ejecutivo en materia de intercambio de información fiscal y la nueva regulación del secreto bancario, el Perú ha quedado a un paso de lograr su plena incorporación a la OCDE, sin embargo es de resaltar que el gobierno peruano y en especial la administración tributaria han sido particularmente cautos al señalar que el secreto bancario no ha sido eliminado o en todo caso no anunciar oficialmente su muerte como ha ocurrido en otros países.

Para dar una respuesta final a la hipótesis que motivó esta investigación, esta es si a raíz de las reciente innovaciones legislativas, el secreto bancario ha desaparecido en la práctica, debemos tener en consideración tres puntos fundamentales: en primer lugar cual es la visión que la OCDE tiene respecto al secreto bancario, en segundo lugar si esta es conciliable con el marco constitucional peruano y finalmente cual es el futuro del secreto bancario en la llamada era de la transparencia fiscal.

1.- El secreto bancario ante la OCDE

Como se vio anteriormente, el artículo 26° del Modelo de Convenio sobre doble Imposición de la OCDE (MC OCDE), cuya primera edición se publicó el 18 de abril de 2002, constituye la base de los acuerdos tributarios sobre intercambio de información celebrados con posterioridad. Dicho artículo en su numeral 1 señala específicamente que: *“Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los*

Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en la misma no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2.”

Cabe precisar que tanto el Modelo de Convenio Tributario como el Modelo de Acuerdo de la OCDE estipulan que el secreto bancario no puede ser alegado como motivo para declinar el suministro de información, en el numeral 5 del citado artículo 26° se hace expresa mención: *“En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.”*

A mayor detalle, se puede consultar las prácticas aprobadas para los países miembros de la OCDE y que se encuentran resumidas en el Informe "Mejorando el Acceso a la Información Bancaria con Fines Fiscales" del año 2000 y en un informe actualizado en el año 2003 denominado "Informe de Progreso 2003"⁶⁷, en las cuales se establece la posición oficial de la OCDE frente al secreto bancario en el sentido en que este también puede incidir en el acceso a la información bancaria por parte de las autoridades gubernamentales, incluyendo por supuesto las autoridades fiscales.

En ese sentido, el intercambio automático de información fiscal exige el allanamiento de obstáculos existentes en la legislación interna de cada país que puedan impedir o retrasar con perjuicio la entrega de esta información, obstáculos que no pueden sino estar representados principalmente por el secreto bancario, en mérito al cual los bancos protegen la información de los contribuyentes, de allí que en el comunicado final del G20 al cierre de la cumbre de Londres de 2009, se anunciara “el fin del secreto bancario”, afirmación de enorme trascendencia histórica pero que entonces paso desapercibida en el medio peruano.

No se crea que esta importante conquista para las Administraciones Tributarias del mundo moderno, fue alcanzada sin antes superar resistencia alguna, y es que ante lo enunciado por el Modelo de Convenio propuesto por la OCDE, países europeos en los cuales el

⁶⁷ OCDE. (13 de setiembre de 2018). Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributario. Recuperado de <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/41814482.pdf>

derecho al secreto bancario era considerado un precepto institucional de su sistema jurídico-financiero, encabezados por Suiza y Luxemburgo, pretendieron en principio oponerse mediante la formulación de una reserva a lo señalado por el artículo 26.5 MC OCDE, aunque comprendiendo luego lo inútil de su resistencia frente a la inexorable lógica de los hechos sobre los cuales se cimentaba el allanamiento del secreto bancario ante el intercambio automático de información, acabaron por notificar a la OCDE, en marzo de 2009, que declinaban de mantener las reservas formuladas.

Volviendo al plano local, fue recién en el año 2016, que el jefe de SUNAT advirtió que el Perú no podría ser miembro de la OCDE si no modifica el secreto bancario, pues el acceso automático a la información es un requisito de esta organización. No obstante ello, el 25 de octubre de 2017 el Perú suscribió con la OCDE la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria advirtiendo sin embargo la premier Mercedes Araoz que ello no afectaba los derechos individuales ni el secreto bancario pues sólo constituía una herramienta más segura para la fiscalización tributaria.⁶⁸

Frente a la marcada posición que tiene la OCDE contra el secreto bancario y los esfuerzos desplegados por algunos países para acoplarse a sus disposiciones conservando al mismo tiempo la institución del secreto bancario, especialistas en la materia como el abogado argentino Francisco D´Albora habían advertido tiempo atrás que “los países no pueden ofrecer grandes resistencias a estos cambios, porque en lo que tiene que ver con la cooperación tributaria, la OCDE extiende estos condicionamientos sobre los diferentes convenios multilaterales para evitar la doble tributación internacional. Por otra parte, el secreto bancario, con esta movida ya de carácter internacional, va por doble vía, por la OCDE o por el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) específicamente, que se complementan en los controles. Así, en lo formal, el GAFI se ocupa menos de disimular las presiones que ejerce. Sabe que tiene el poder para hacerlo y lo hace sin preocupación por respetar los principios jurídicos de los países”.⁶⁹

No obstante lo señalado, hoy en día todos los países de la OCDE aceptan ya sin reserva alguna, el contenido del artículo 26° sobre el intercambio de información. En ese sentido,

⁶⁸ Presidencia del Consejo de Ministros del Perú. (18 de setiembre de 2018). Convenio de intercambio de información tributaria con OCDE muestra nuestro compromiso con la lucha contra corrupción. Recuperado de <http://www.pcm.gob.pe/2017/10/mercedes-araoz-convenio-de-intercambio-de-informacion-tributaria-con-ocde-muestra-nuestro-compromiso-con-la-lucha-contra-corrupcion/>

⁶⁹ REDACCIÓN NBS. (11 de noviembre de 2014). Cooperación Tributaria Internacional, Bancos y Seguros, Recuperado de <https://www.nbsbancosyseguros.com/revista-online/>

se aprecia de manera inobjetable que en la versión actual el artículo 26° MC OCDE, el secreto bancario ya no es un límite para el suministro de información, tal y como lo confirma el artículo 26.5 MC OCDE, bajo estas circunstancias ¿puede afirmarse luego que el secreto bancario ha sido doblegado definitivamente por la OCDE? Ante el tamaño de la afirmación propuesta no puede menos que reconocerse en principio que si bien el secreto bancario sigue siendo un derecho recogido en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la OCDE, esta entidad ha constituido, cuando menos de forma tácita, un auténtico mecanismo de acceso a la información bancaria del contribuyente acabando para siempre con la infranqueable confidencialidad otrora otorgada a la información bancaria.

2.- Constitucionalidad del nuevo acceso al secreto bancario

Siendo que el secreto bancario se encuentra garantizado por la constitución peruana, es materia de controversia jurídica determinar si el contenido de los decretos legislativos por los cuales se delimita este derecho y que han sido objeto de análisis en el desarrollo de la presente tesis, puede resultar inconstitucional y por consiguiente se hace necesaria una reforma constitucional.

De darse el supuesto señalado, el proceso de adecuación a los estándares de la OCDE podría verse dilatado de manera indefinida pues una reforma constitucional implicaría necesariamente obtener la aprobación del congreso de la república con mayoría absoluta del número legal de sus miembros antes de plantear su ratificación mediante referéndum; o en el mejor de los casos omitirse este procedimiento si el acuerdo del congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios, panorama complicado en todo caso dado la notoria fragmentación política en que, a la fecha del presente trabajo, se encuentra el poder legislativo y que ha derivado en el abierto conflicto entre los dos principales poderes del Estado.

Pero, ¿es posible entonces eliminar la existencia misma el secreto bancario tal y como sugería en abril de 2016 el jefe de la SUNAT Martín Ramos Chávez a raíz del escándalo *Panama papers*⁷⁰, o en todo caso, eliminar este derecho para algunos ciudadanos como

⁷⁰ CASTLLLA, Oscar. (15 de Agosto de 2018). Sunat crea grupo especial para caso Panamá papers. Recuperado de <https://panamapapers.ojo-publico.com/articulo/sunat-crea-grupo-especial-para-caso-panama-papers/>

las autoridades elegidas por elección popular como propone el Proyecto de Ley N° 954-2016-CR?⁷¹

Para resolver estas interrogantes, debe partirse de la importante consideración que el secreto bancario no constituye una garantía absoluta reconocida por la constitución, pues como se expuso anteriormente, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que puede ser restringido en los supuestos previstos por la propia constitución y otras normas de rango legal en las cuales se regula el levantamiento del secreto bancario.

A mayor abundamiento, la ya citada sentencia dictada por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0004-2004-AI/TC con fecha 21 de setiembre de 2004, ha sido tajante al precisar que el secreto bancario, “no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad”.

Sentado esto, debemos tener presente que el contenido esencial de los derechos fue una creación de la Ley Fundamental Alemana, nombre que recibe la constitución de la República Federal Alemana aprobada en 1949, concebida como una reacción a la terrible violación de los derechos fundamentales durante el régimen nazi y para evitar la excesiva restricción de los derechos fundamentales mediante limitaciones impuestas por el legislador que vacíen (aushöhlen) su contenido normativo.⁷²

Si bien es cierto la Constitución de 1993, no contempla de manera explícita un límite para el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, nuestro Tribunal Constitucional ha suscrito la tesis fijada por la doctrina legal alemana, señalado que:

“La limitación de un derecho aun cuando sea a su mínima expresión, no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”. (EXP. N.º 02129-2006-PA/TC)

⁷¹ Expediente Virtual Parlamentario. (14 de noviembre de 2018). Ley que elimina el secreto bancario y la reserva tributaria para las autoridades elegidas por elección popular. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/idexpvir/96114CC49DAF2578052580C700555751

⁷² SANCHEZ GIL Rubén. *El principio de proporcionalidad*, México: Editorial UNAM, 2007, pág. 111

Por las razones antes expuestas, podemos concluir que si bien el derecho al secreto bancario no puede (ni debe) expulsarse definitivamente del ordenamiento jurídico peruano tampoco podría restringirse en cuanto a su contenido esencial sin pasar antes por una reforma constitucional. No obstante ello y pese a lo objetado por algunos operadores jurídicos, consideramos que en lo que concierne a la constitucionalidad de las nuevas limitaciones al secreto bancario dictadas por los decretos legislativos promulgados con miras a lograr la incorporación del Perú a la OCDE, la misma se encuentra plenamente vigente por cuanto se mantiene el contenido esencial del derecho al secreto bancario, siendo las restricciones estipuladas para este derecho legítimas en cuanto a su finalidad y claramente delimitadas en su alcance, ya sea mediante supuestos taxativos o montos objetivos.

3.- El secreto bancario en la era de la transparencia

Superada desde nuestro punto de vista la constitucionalidad de las nuevas formas de acceder al secreto bancario, y en perspectiva de la realidad de los hechos, ¿puede entonces afirmarse que contrario a lo anunciado por el G-20 y la OCDE el secreto bancario no ha muerto o al menos no lo ha hecho en el Perú?

Frente a esta pregunta nuestra respuesta debe ser no, al menos por ahora, y es que si bien las limitaciones que el CRS y el intercambio automático de información fiscal han impuesto al secreto bancario, todos los países, incluso los miembros de la OCDE, tienen de alguna forma el secreto bancario contemplado como un derecho dentro su ordenamiento legal.

Y es que como señala Gómez Mora, para lograr la eficacia del intercambio automático de información fiscal, se requiere que el secreto bancario sea flexible, no que este sea eliminado completamente. De allí que dicho autor resalte *“la importancia de la labor del Foro Global de la OCDE de practicar la revisión de pares, la revisión del peer review FASE I, que revisa y analiza las normas domésticas de cada país, esto referido a la modalidad de intercambio de información a pedido o requerimiento y en caso de aprobarlo se pasa a la FASE 2, donde se revisa la implementación práctica del marco*

*legal del país, para la aprobación de esta etapa es necesario la flexibilización del secreto bancario.*⁷³

En tal sentido, la iniciativa de la OCDE se centró primero en eliminar los regímenes fiscales preferenciales y buscar compromisos para aceptar y aplicar los principios de transparencia y el intercambio efectivo de información fiscal, de la misma manera la OCDE también alentó a otras economías no pertenecientes a sumarse a este esfuerzo al punto que hoy en día podemos afirmar que vivimos la era de la transparencia fiscal con el intercambio automático de información. De esta manera, si una persona deseosa de ocultar su patrimonio, abre una cuenta bancaria en una jurisdicción offshore, esto se informará a sus autoridades fiscales de forma automática y anual, siendo consecuentemente la evasión fiscal de mayor dificultad.

Como se ha visto, lo que las normas fiscales internacionales adoptadas por los países y los tratados fiscales internacionales están haciendo, es establecer que el secreto bancario puede ser levantado en situaciones específicas para que los países puedan hacer cumplir sus propias normas tributarias y atender las solicitudes de información cursadas por otros Estados.

Por tal motivo, los tratados y acuerdos fiscales bilaterales contienen disposiciones de obligatorio cumplimiento para garantizar que la información recabada se utilice únicamente para los fines autorizados (fiscales) y, por lo tanto, proteja los derechos de privacidad de los contribuyentes, o dicho de otra manera el contenido esencial del derecho al secreto bancario.

Ahora bien, hemos dicho que el secreto bancario no ha muerto ni siquiera entre los países de la OCDE, un caso particular y altamente representativo está configurado por los Estados Unidos, país miembro de la OCDE que deliberadamente ha preferido permanecer fuera del CRS pese a ser el país que introdujo el concepto de intercambio de información bancaria. Es cierto que los Estados Unidos comparten información, pero lo hacen en sus propios términos. De hecho los Estados Unidos, y particularmente algunos estados como Delaware, han sido conocidos durante mucho tiempo como "el mayor paraíso fiscal del

⁷³ GOMEZ MORA, Carlos. (23 de agosto de 2018). *Relatoría del foro intercambio automático de información*. Recuperado de <https://docplayer.es/38003674-Boletin-foro-fiscal-iberoamericano-1-intercambio-automatico-de-informacion.html>, pág. 30

mundo" en opinión de algunos autores, quienes también señalan que este país tiene un sistema de secreto bancario aun más fuerte que el suizo.

De ahí que algunos autores como Moreno Serrano, hayan afirmado del intercambio automático de información que *“desde el punto de vista práctico es un paso importante para efectos de llevar a cabo fiscalizaciones tributarias efectivas, pero es posible que no sea una medida definitiva en la erradicación del secreto bancario pues aunque muchos de los considerados paraísos fiscales hayan manifestado su intención de colaborar con el reporte de información en las condiciones que estipula el modelo, difícilmente va producirse un cambio inmediato en la cultura toda vez que la presión económica de los usuarios del sistema impedirá de alguna manera que desaparezca del todo el secreto bancario, las empresas offshore y los demás mecanismos elusivos que se conocen actualmente.”*⁷⁴

Esto para nosotros no significa que Estados Unidos no avance en el camino de la transparencia fiscal internacional o mucho menos pretenda luego virar en contrario, únicamente lo hace a ritmo más lento y manteniendo su ventaja competitiva. Según lo informado por la propia OCDE en octubre de 2018: *“Los Estados Unidos han realizado intercambios automáticos de información de conformidad con FATCA a partir de 2015 y han celebrado acuerdos intergubernamentales con otras jurisdicciones para hacerlo. Los IGA Modelo IA que ingresaron los Estados Unidos reconocen la necesidad de que Estados Unidos logre niveles equivalentes de intercambio recíproco de información automática con las jurisdicciones asociadas. También incluyen un compromiso político para perseguir la adopción de regulaciones y abogar y apoyar la legislación pertinente para lograr niveles equivalentes de intercambio automático recíproco.”*⁷⁵

Sin perjuicio de las imperfecciones que puedan advertirse de lo antes señalado, el enfoque global de la OCDE para el intercambio automático de información financiera es un gran

⁷⁴ MORENO SERRANO, Sandra. (4 de julio de 2018). *Implementación del intercambio automático de información la reserva bancaria, el derecho a la intimidad y habeas data*. Recuperado de <https://docplayer.es/38003674-Boletin-foro-fiscal-iberoamericano-1-intercambio-automatico-de-informacion.html>, pág. 67

⁷⁵ OCDE. (3 de noviembre de 2018). *AEOL: status of commitments. Global forum on transparency and exchange of information for tax purposes*. Recuperado de <https://www.oecd.org/tax/transparency/AEOL-commitments.pdf>

paso adelante para aspirar a lograr una completa transparencia fiscal, encontrándonos ahora atestiguando tan solo la primera versión de una propuesta que seguirá modificándose para solucionar las lagunas existentes o que puedan surgir y sobre las cuales la OCDE deberá trabajar para garantizar que el sistema realmente funcione para todos los países.

4.- Consecuencias en el Perú de la nueva regulación del secreto bancario

La principal consecuencia es sin lugar a dudas la limitación del secreto bancario a un determinado parámetro de montos, respecto del cual se ha establecido que las empresas del sistema financiero suministren a la SUNAT información de las operaciones pasivas de sus clientes, referidas a saldos y/o montos acumulados, promedios o más altos en un determinado periodo y rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes. Con ello ahora la SUNAT puede acceder directamente a información antes protegida por el secreto bancario.

Asimismo la última modificación legislativa incorporada con el Decreto Legislativo 1434, ha posibilitado que el acceso al secreto bancario, hasta entonces únicamente posible para suministrar información financiera requerida desde el extranjero dentro del cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN, sea también para el uso propio de la Administración Tributaria dentro del ejercicio de su función fiscalizadora para combatir la evasión y elusión tributaria.

Otro aspecto importante a considerar es que desde la reciente adhesión del Perú y muchos otros países a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, la administración tributaria peruana puede en adelante hacer un intercambio de información automático porque las operaciones pasivas, con los límites antes señalados, ya no se encuentran protegidas por el secreto bancario, con lo cual al poder la SUNAT compartir esta información con otras jurisdicciones, puede a la vez recibir la misma respecto de los ciudadanos peruanos o generadores de renta peruana que hasta entonces ocultaban su patrimonio en paraísos fiscales dificultando la detección de un incremento patrimonial no justificado, claro indicador de una posible evasión tributaria.

De esta manera la SUNAT puede ahora determinar con mucha mayor facilidad si estas rentas que permanecían ocultas del exterior han sido declarados como renta de fuente extranjera para los domiciliarios en Perú, determinar si tributaron directamente y caso contrario grabarlas con el impuesto a la renta correspondiente.

Otro aspecto de vital importancia para el futuro del sistema tributario peruano es que la SUNAT puede ahora solicitar al juez, mediante la presentación de un escrito motivado, el levantamiento del secreto bancario de los clientes de las empresas del sistema financiero. Con ello se produce un quiebre paradigmático pues la Administración Tributaria puede tener acceso a la información requerida fuera de un proceso judicial o en una investigación del Ministerio Público o del Congreso. La celeridad para este levantamiento también se encuentra garantizada, pues el juez deberá resolver la solicitud de la Administración Tributaria en un plazo de 48 horas, debiendo la entidad del sistema financiero requerida proporcionar la información solicitada en la forma y condiciones que la SUNAT haya señalado, todo esto dentro de los 10 días hábiles de notificada la resolución judicial.

La principal crítica que puede realizarse a la nueva legislación en la materia es quizás que en adelante la SUNAT, ejerciendo su función fiscalizadora, puede determinar según su propio criterio institucional si una conducta del contribuyente califica como elusión tributaria, esto con la información de las operaciones pasivas realizadas ante entidades bancarias, pudiendo en consecuencia iniciar a su criterio procedimientos de fiscalización por presunto incremento patrimonial y desplegar todo su aparato institucional contra el contribuyente sobre la base de información que antes no hubiera podido obtener por estar protegida por el secreto bancario. Esto ha llevado a que como se ha visto se cuestione incluso la constitucionalidad de la norma, y aunque sobre ese punto hemos expresado ya nuestra posición al respecto, si consideramos que se afecta la seguridad jurídica de los contribuyentes en cuanto respecta a la confianza en la tutela de sus derechos con posibles consecuencias negativas en para el estado de derecho y el orden social.

Dentro de la misma línea antes anotada, debe advertirse que una modificación al instituto del secreto bancario, por motivos ajenos a la propia naturaleza de este derecho, que hemos dicho radica en proteger la intimidad de la persona, basados en lograr una mayor presión tributaria y capacidad fiscalizadora, pueden acabar desequilibrando aún más la balanza entre la Administración Tributaria y el contribuyente, cuyas acciones de planeamiento

tributario, ahora de fácil conocimiento para la administración, podrían ser consideradas en adelante como simple elusión o evasión tributaria.

Pero qué ocurre con aquel reducido y selecto grupo de peruanos que como se vio en el título correspondiente a los paraísos fiscales, recurren a la banca offshore para pagar la menor cantidad de impuestos y proteger la privacidad de sus ingresos, actividades en principio legítimas si se realizan dentro de la ley, y hay que reconocerlo también, realizar en alguna medida, actividades ilícitas como evasión tributaria, blanqueo de activos, etc.

Pues bien, en primer lugar y como hemos señalado antes, no es que con el intercambio automático de información representado por el CRS de la OCDE se haya desterrado definitivamente el secreto bancario incluso de los llamados paraísos fiscales, de hecho solo se ha limitado el margen de privacidad para acceder a la protección de este instituto.

Actualmente son cada vez más comunes los servicios legales en planificación patrimonial internacional que es como se denomina hoy en día a los servicios de la banca offshore, tan estigmatizada desde los escándalos de los *Panama papers*, la caída en desgracia de la firma Mossack Fonseca & Co. y las críticas promovidas desde la OCDE contra la opacidad de las operaciones bancarias y el secreto bancario. Conscientes ante la evidencia de la imposibilidad de continuar poseyendo activos no declarados en la era de la transparencia global, estas firmas legales se especializan ahora en asesorar a sus clientes en la exclusión de patrimonio generador de rentas mediante mecanismos legales como trusts, seguros, activos fijos, fondos de inversión o listar en bolsa o mediante inversiones en países excluidos del CRS, encabezados en primer lugar, al menos por ahora, por los Estados Unidos. Resulta por lo menos irónico que algunas de estas firmas promocionen públicamente los servicios offshore de la banca estadounidense precisando que dependencias territoriales de este país, “al ser territorio estadounidense (...) no forma parte del Intercambio Automático de Información (AOEI) implementado por la OCDE, no hay Estándar Común de Reporte (CRS)” señalando asimismo como primer ventaja de sus servicios el “no intercambio de información”.

Es por los motivos expuestos que nos inclinamos a creer que más allá del desconcierto inicial que la inminencia de la incorporación del Perú a la OCDE y los cambios impuestos en el secreto bancario por el CRS y el intercambio informático de información han producido en algunos peruanos detentores de activos significativos en paraísos fiscales,

es solo cuestión de tiempo para que la banca offshore se adecue a esta nueva realidad y diversifique sus servicios de planificación patrimonial para ciudadanos o empresas sujetos al intercambio de información fiscal, lo cual de hecho ya está ocurriendo y será un nuevo reto que la Administración Tributaria global y peruana deberán afrontar en el futuro inmediato.

PROYECTO DE LEY

Concluido el presente trabajo de investigación y con la finalidad de presentar una propuesta de solución al problema planteado, la alegada práctica desaparición del secreto bancario, se presenta un proyecto de ley de reforma constitucional, con el cual se pretende superar la controversia advertida sobre la constitucionalidad de las reformas efectuadas respecto al derecho al secreto bancario en el Perú, de cara a cimentar de manera sólida el marco legal que reafirme la plena vigencia del secreto bancario en cuanto a su contenido esencial y a la vez garantizar el intercambio automático de información representado por el Estándar Común de Reporte de la OCDE para facilitar la adhesión de nuestro país a dicho organismo internacional.

Aquí cabe precisar que pese a ser de la opinión que el secreto bancario, aunque flexibilizado, no ha desaparecido de nuestro ordenamiento legal, consideramos que para dar una adecuada protección legal a la libertad e intimidad personal, el ejercicio de los derechos económicos y hasta la propia seguridad personal de los ciudadanos resulta conveniente excluir definitivamente del contenido esencial del secreto bancario la información bancaria requerida con fines fiscales, esto en el marco de los convenios de intercambio de información tributaria suscritos por nuestro país.

De esta manera, el proyecto de ley de reforma constitucional que se presenta, contiene la fórmula legal propuesta, la exposición de motivos, el análisis costo beneficio y los efectos de su vigencia sobre el secreto bancario en la legislación nacional.

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

I. FÓRMULA LEGAL

Ley que elimina el secreto bancario en materia fiscal

ARTÍCULO ÚNICO. Modificación del numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Modifíquese el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, en los términos siguientes:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

La información financiera requerida con fines fiscales en el marco de los convenios de intercambio de información tributaria suscritos por el Perú, no está protegida por el secreto bancario, pudiendo ser objeto de intercambio automático de información entre jurisdicciones en el marco de acuerdos de ayuda administrativa mutua en materia fiscal.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La totalidad de los miembros de la OCDE, cautelan de una forma u otra el secreto bancario, garantizando la confidencialidad de la información en poder de las entidades financieras, ya sea mediante disposiciones legales expresas, usos y prácticas de la actividad bancaria o con normas constitucionales fundamentadas generalmente en la libertad de las personas o el derecho a preservar su intimidad. De la misma manera, la totalidad de estos países han tomado medidas para flexibilizar el acceso al secreto bancario, no solo en el caso de procedimientos penales o civiles sino también de carácter fiscal.

En el caso peruano, el secreto bancario cuenta con protección constitucional, al encontrarse comprendido dentro de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado que busca garantizar la confidencialidad de la información protegida siendo por tanto la publicidad de esta información la excepción a la regla y siempre condicionada al respectivo test de razonabilidad y proporcionalidad.

Si bien es cierto la propia Constitución y otras normas de rango legal establecen límites y excepciones al secreto bancario, el cual como se sabe no constituye una garantía absoluta como lo ha señalado el propio tribunal constitucional al afirmar que no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad, ello no ha sido impedimento para que las recientes modificaciones legislativas promovidas por el ejecutivo con el objetivo declarado de lograr la adhesión del Perú a la OCDE, hayan sido cuestionadas por diversos operadores jurídicos señalando su inconstitucionalidad y la vulneración efectuada al debido proceso, en especial por la prescindencia del Ministerio Público en el levantamiento del secreto bancario.

En ese sentido, a efectos de garantizar la eficacia de la flexibilización del secreto bancario para fines constitucionalmente legítimos representados por el intercambio automático de información fiscal, se hace necesario una reforma constitucional que no deje margen a la posibilidad de objetar las normas legales impulsadas por el ejecutivo en concordancia a los estándares planteados por la OCDE, sin que ello implique quebrar la esfera íntima del individuo, sino tan solo mantener un margen funcional para el acceso al secreto bancario con fines fiscales.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

En lo que respecta al análisis costo beneficio (ACB), *prima facie* se puede afirmar que una mayor flexibilización del secreto bancario en materia fiscal permitiría a la Administración Tributaria obtener una mayor recaudación, al ser cada vez más difícil para el contribuyente ocultar su activos no declarados o sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones tributarias con la consecuente disminución de costos para la propia administración, ya que si se da un mayor cumplimiento voluntario por parte de los contribuyentes serán menores los recursos que la administración deberá invertir para fiscalizar y obligar al cumplimiento.

Por otra parte, al garantizar el intercambio automático de información fiscal y por consiguiente lograr la incorporación del Perú como miembro de la OCDE, se está obteniendo como beneficio para el país un sello de calidad para los inversionistas externos, esto debido a los altos estándares de políticas públicas exigidos por la OCDE y el monitoreo que la organización hace de sus miembros garantizando estadísticas y datos económicos confiables, logrando con ello un sello de calidad.

Ahora bien, naturalmente el quiebre de los viejos paradigmas respecto al, en principio, excepcional acceso al secreto bancario, encontrará una previsible resistencia por parte de algunos contribuyentes quienes consideraran estar siendo vulnerados en sus derechos a la libertad e intimidad, pudiendo ocasionar mayores o menores costos para el Estado, difíciles de cuantificar por cuanto se trata de variables que inciden en la conducta de las personas, sin embargo la experiencia comparada nos ha demostrado que la resistencia a esta nueva corriente mundial no ha sido posible ni siquiera en países como Suiza o Luxemburgo, tradicionalmente famosos por su sólido secreto bancario, quienes comprendiendo lo inútil de oponerse al principio de transparencia fiscal que ahora rige la economía global han acabado por asumir los costos representados por este nuevo paradigma.

Hecho pues este análisis, el beneficio a obtener resulta superior a los costos a asumir, siendo la limitación a este derecho proporcional y razonable conforme a los fines constitucionalmente legítimos que se persiguen.

IV. EFECTOS DE SU VIGENCIA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La planteada ley de reforma constitucional, evitará que las normas legales ya vigentes que han flexibilizado el secreto bancario en materia fiscal, puedan ser objeto de cuestionamiento en la vía constitucional mediante acciones de amparo e inconstitucionalidad bajo el argumento que el secreto bancario es una garantía constitucional que estaría siendo modificada y vulnerada por el ejecutivo mediante el uso abusivo de las facultades legislativas conferidas por el congreso, lo cual pese a lo ya señalado por el Tribunal Constitucional respecto al contenido esencial del derecho a la intimidad, podría entorpecer el intercambio automático de información entre jurisdicciones y dificultar la eventual incorporación del Perú a la OCDE.

En ese orden de ideas, allanadas las posibles dificultades para la plena aplicación de las iniciativas legislativas conducentes a lograr una plena transparencia fiscal, no sería necesario la emisión de una posterior regulación normativa o jurisprudencia interpretativa sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos ya promulgados conducentes a flexibilizar el secreto bancario en materia fiscal.

CONCLUSIONES

- Dentro del derecho al secreto bancario, se ha producido un quiebre paradigmático internacional en cuanto a su concepción y finalidad, si antes el secreto bancario se constituía como un elemento prácticamente invulnerable dentro de un sistema financiero sano, siendo a la vez un muro defensor de la opacidad de las operaciones bancarias, hoy en día se le considera desde la perspectiva de la OCDE como un obstáculo para el cumplimiento de las leyes tributarias y la cooperación internacional, reflejada en el intercambio de información fiscal, de allí que haya llegado a plantearse su limitación, flexibilización o incluso su supresión definitiva para fines fiscales.
- En el Perú, se ha producido un cambio sustancial en el tratamiento del secreto bancario en materia fiscal, institución que ha tenido que ceder espacios frente al intercambio automático de información fiscal promovido por la OCDE e implementado por nuestro país con las recientes modificaciones legislativas incorporadas por los decretos legislativos 1313, 1315 y 1434 así como convenios suscritos, encontrándose actualmente limitado a su contenido esencial aunque no suprimido definitivamente, esto en concordancia a lo señalado en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional para evitar que este derecho pueda constituirse como un obstáculo irrazonable a la persecución de delitos económicos y el cumplimiento de los fines de la Administración Tributaria.
- Con el fin de prevenir y combatir la evasión tributaria y la delincuencia organizada, que se valen de la opacidad financiera y el secreto bancario para ocultar activos o dinero de origen ilícito, se han venido materializando una serie de iniciativas legislativas en concordancia con las políticas impulsadas por la OCDE orientadas a flexibilizar el secreto bancario y cumplir con los altos estándares internacionales aceptados por esta organización. Estas innovaciones legislativas, han modificado sustancialmente la antigua concepción que en nuestro país se tenía del secreto bancario, al haberse otorgado también a la Administración Tributaria la facultad de requerir y acceder directamente a la información de los operadores del sistema financiero y de los contribuyentes.

- La denominada Ley Fatca de los EE.UU., marcó un hito en la lucha contra la evasión fiscal internacional al erigirse como la base del nuevo modelo de IAI y lograr por primera vez el ineludible compromiso de colaboración de parte de las entidades del sistema financiero de jurisdicciones tradicionalmente reacias a dicha labor; siendo además una sólida base para que la OCDE ideara e impulsara su propio estándar común de reporte (ECR) iniciando con ello la progresiva limitación y nueva concepción del secreto bancario ante la realidad impuesta por el intercambio automático de información sobre todo en cuanto a la excepcionalidad antes prevista para su acceso.
- El intercambio automático de información se ha consolidado como un principio básico dentro de la política fiscal internacional promovida por la OCDE, siendo considerado actualmente el principal mecanismo en la lucha contra la evasión fiscal y en una regla comúnmente aceptada entre los países miembros de la OCDE, quienes aspiran a serlo o quienes no desean figurar en su denominada lista negra; esta regla se ha hecho extensiva de manera no necesariamente voluntaria a las jurisdicciones denominadas offshore, las cuales históricamente se caracterizaban por la opacidad de sus operaciones y su sólido secreto bancario.
- Con el estándar común de reporte (ECR) se ha logrado unir dentro de un estándar básico de intercambio de información a un numeroso conjunto de países, habiendo quedado demostrado el amplio alcance de este instrumento al punto de poder afirmar hoy en día que estamos frente a un nuevo principio fiscal internacional que ha terminado por imponerse al secreto bancario en distintas jurisdicciones del mundo, siendo a la vez el principal responsable de su nueva concepción.
- Habiendo quedado establecido por el Tribunal Constitucional que el secreto bancario no constituye parte del contenido esencial del derecho a la intimidad, iniciándose con ello la redefinición de este derecho, puede afirmarse que así como existe la obligación de guardar el secreto bancario también existe la obligación de su divulgación en los casos expresamente previstos por ley y no limitados ahora a los supuestos de investigación contemplados inicialmente en la constitución, sino también como parte de las facultades propias de la Administración Tributaria, aunque de momento circunscripta a montos y supuestos específicos.

RECOMENDACIONES

- Como ha ocurrido siempre en el mundo ante un cambio dramático en las condiciones de vida, las sociedades e individuos deben adaptarse o desaparecer. Frente a la nueva realidad del secreto bancario impuesta por la globalización, es una recomendación para el sistema bancario y en especial la banca *offshore* el crear nuevas oportunidades para sus clientes, basadas ya no en el ocultamiento de sus activos e información financiera o la ventaja competitiva del secreto bancario, lo cual como se ha visto es prácticamente imposible de mantener en la era de la transparencia, sino en la mejor toma de decisiones financieras mediante el óptimo empleo de los mecanismos legales, siendo este el futuro del planeamiento tributario y la planificación patrimonial en materia fiscal.
- Dado que los ciudadanos y contribuyentes no pueden pretender defender a ultranza la soberanía jurídica de sus jurisdicciones e instituciones y dar la espalda a las políticas globales impulsadas por la OCDE y otras organizaciones internacionales, se les recomienda buscar dentro la oferta del sistema bancario, aquella que le permita optimizar su carga tributaria de cara a la propia administración. En el caso de buscar una menor carga impositiva la mejor opción puede ser excluir algunos activos de su patrimonio mediante mecanismos legales para lo cual debe tenerse en cuenta el tipo de activo y las particularidades de cada contribuyente.
- Desde una perspectiva estatal, la SUNAT debe impulsar las campañas de amnistía fiscal encaminadas a facilitar y propiciar que los contribuyentes peruanos con rentas en el extranjero declaren las mismas ante la Administración Tributaria, el manejo comunicacional de esta iniciativa debe también ser esmerado para lograr su éxito. Es un hecho a favor de la administración que el intercambio automático de información y la limitación del secreto bancario son un camino sin retorno para los contribuyentes y los Estados, incluso los offshore.
- Para lograr un verdadero frente de lucha contra la evasión tributaria y otros delitos con ella relacionada se recomienda continuar desarrollando la cooperación eficaz conjunta y coordinada entre distintos organismos internacionales y

administraciones tributarias, que evidentemente tendrán que aunar esfuerzos para hacer frente a futuros escenarios aun no previstos en el nuevo mundo fiscal.

- Se recomienda a nuestros legisladores respetar siempre el contenido esencial del secreto bancario en cuanto constituye una garantía de protección de la libertad y la vida privada de las personas, que garantiza también el carácter confidencial de la información que los bancos tienen de sus clientes y aun cuando pueda ser limitado o incluso eliminado en materia fiscal a fin de preservar intereses colectivos mayores como efectivamente lo ha sido, no debe suprimirse completamente en todo su espectro, como han sugerido algunos, en tanto esta garantía también debe proteger cualquier divulgación no autorizada de la información a la que ahora puede acceder la Administración Tributaria, lo cual es esencial para generar y mantener la confianza en los sistemas bancarios y fiscales.
- Finalmente, a efectos de garantizar la eficacia de las reformas legislativas implementadas recientemente con miras a lograr la incorporación del Perú a la OCDE, consideramos que el proyecto de ley de reforma constitucional que se propone en el título final del trabajo desarrollado debería ser aprobado por el Congreso de la República a efecto de allanar cualquier margen de cuestionamiento a la constitucionalidad de las limitaciones impuestas al secreto bancario en materia fiscal a la vez que por otra parte se garantiza su plena vigencia en cuanto protege la intimidad personal, el ejercicio de los derechos económicos y hasta la seguridad personal de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES NACIONALES:

Blossiers Mazzini, J. (2013). *Manual de Derecho Bancario*, Lima: Ediciones Legales EIRL

Falconí Picardo, M. (2017). *El Secreto Bancario. Mitos y Realidades*, Arequipa: Editores Adrus.

Gutiérrez Camacho, W. (2005). *La constitución comentada*, Lima: Gaceta Jurídica.

Prado Saldarriaga, V. (1994). *El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y bancario en el Perú*, Lima: Idemsa.

AUTORES EXTRANJEROS:

Abascal Rojas, F. (2003). *Distribución y Franquicia. Oportunidades de negocio ante el impacto de la mundialización/globalización*, Madrid: Editorial Esic.

Acosta Romero, M. (1983). *Nuevo derecho bancario: Panorama del sistema financiero mexicano*. México: Editorial Porrúa.

Aubert, M., Kernén, J. y Bajo, M. (1990) *El secreto bancario suizo: Extensión y límites en Derecho privado, penal, administrativo, fiscal, judicial, en el marco de las convenciones internacionales y según la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos*, Madrid: Editorial de Derecho Financiero.

Calderón Carrero, J. (2008). *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2008*, Madrid: Ed. Fiscal CISS

Collado, M. y Moreno, S.(Ed.). (2012). *Estudios sobre el fraude fiscal e intercambio de información tributaria*, Madrid: Atelier.

Creimer, I. y López, O. (1995). *Secreto Bancario en el Uruguay*. Montevideo: Editorial Cultura Universitaria.

Cruz, L., Regueros, S., Pardo, G. y Londoño, F. (2010) *Lecciones de Derecho Tributario inspiradas por un maestro*, T. I, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

- De La Garza, S. (1985). *Derecho Financiero Mexicano*, México: Editorial Porrúa.
- Espriella, A. (1979). *El secreto bancario*, Bogotá: Editorial Temis.
- Ferrer Grau, V. y García López, R. (2013). *La fiscalidad internacional*, Madrid: Ed. Fundación Flores Jimeno.
- Garretón, M. y Cavarozzi, Ma. (2004). *América Latina en el siglo xxi. Hacia una nueva matriz sociopolítica*, Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Gay Fuentes, C. (1995). *Intimidación y tratamiento de datos en las administraciones públicas*, Madrid: Editorial Complutense SA.
- Litwak, M. (2018). *Como protegen sus activos los más ricos: y por qué deberíamos imitarlos*. Scotts Valley, California: CreateSpace.
- López, J. (1989). *Bases de política fiscal y derecho*, San Luis de Potosí: Editorial Universitaria Potosina.
- Mejan Carer, L. (1984). *El secreto bancario*, Bogotá: Felaban.
- Meyre, L. (1989). *El secreto profesional del banquero y sus límites*, París: Editorial Belleville-Reneaux.
- Moller, G. (1966). *El contrato bancario*, Milán: Editora Giuffré.
- Núñez, M. (2008). *El fenómeno de lavado de dinero en México*, México: Editorial Porrúa.
- Otárola, C. (2009). *Economía Fiscal*, La Paz: Plural Editores.
- Pachón, E., Acosta, F. y Milazzo, M. (2005). *Economía y Política 1*, Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Pérez Álvarez, F. (Ed.). (2014). *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*. Salamanca: Editorial Universidad de Salamanca.
- Pont, M. (2004). *Tributos y Empresas*. Barcelona: Universitat de Bacerlona.
- Sánchez Gil, R. (2007). *El principio de proporcionalidad*, México: Editorial UNAM.
- Solís, J. (1996). *Aspectos del mercado financiero y elementos de moneda y banca en Panamá*, Panamá: Editorial Sibauste.

Vergara Blanco, A. (1990). *El secreto bancario. Sobre su fundamento legislación y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Vigueras, J. (2005). *Los Paraísos Fiscales*, Madrid: Ediciones Akal S.A.

Villegas, H. (1999). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires: Ediciones Depalma.



HEMEROGRAFÍA

- Bejarano, J. (2015). *Evasión tributaria de la economía subterránea: causas, consecuencias, formalización desde la perspectiva del trabajo decente y participación en el PIB del Perú*, Revista Valor Contable Vol. 2, Num. 1. Recuperado de <https://www.scoop.it/t/articulos-de-negocios/p/4055531403/2015/11/20/evasion-tributaria-de-la-economia-subterranea-causas-consecuencias-formalizacion-desde-la-perspectiva-del-trabajo-decente-y-participacion-en-el-pib-del-peru-lima-2015-jose-fernando-bejarano>
- García Echevarría, S. (1996). *La globalización de la economía como motor de cambio económico, social y empresarial en Globalización y gobierno de empresas*. Revista Situación N° 1. Recuperado de <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/9787>
- Gómez Mora, C. (2016). *Relatoría del foro intercambio automático de información*. Boletín del Foro Fiscal Iberoamericano. Recuperado de https://capacitacioncgr.jovenclub.cu/wp-content/uploads/2018/05/Foro22_2016.pdf
- Gonzales De Frutos, U. (2018). *Revista Análisis Tributario*, N° 362, AELE. Recuperado de http://www.aele.com/analisis_tributario?keys=362&taxonomy_vocabulary_3_tid=102&taxonomy_vocabulary_2_tid=All
- Merino Espinoza, M. y Nocete Correa, F. (2011). *El intercambio de información tributaria*. Crónica Tributaria N° 139-2011. Recuperado de https://www.economistas.es/contenido/REAF/gestor/139/139_Merino.pdf
- Moreno Serrano, S. (2016). *Implementación del intercambio automático de información la reserva bancaria, el derecho a la intimidad y habeas data*. Boletín del Foro Fiscal Iberoamericano. Recuperado de <https://studylib.es/doc/8038373/intercambio-autom%C3%A1tico-de-informaci%C3%B3n>

Rodríguez, F. y Richards. T. (2014). *FATCA implementación en tres pasos*. Revista Impuestos de Colombia, N° 182. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=rimpuestos&document=rimpuestos_f93e74ce6a6c02b2e0430a01015102b2

Rodríguez, J. (2000). *La Transparencia Fiscal Internacional. Protocolos para su aplicación*. Crónica Tributaria N° 96, Recuperado de <http://docplayer.es/11401907-La-transparencia-fiscal-internacional-protocolos-para-su-aplicacion.html>



INFORMATIGRAFÍA

ARTICULOS WEB:

Barrios Migliarini, F. (4 de octubre de 2018). *El secreto bancario en tiempos de intercambio de información tributaria*. Disponible en <https://www.felaban.net/congreso.php?id=83>

Boletín Oficial del Estado de España. (23 de mayo de 2018). *Instrumento de Ratificación del Protocolo de enmienda al Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en París el 27 de mayo de 2010 y texto consolidado del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988*. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/16/pdfs/BOE-A-2012-14116.pdf>

Castilla, O. (15 de Agosto de 2018). *Sunat crea grupo especial para caso Panamá papers*. Recuperado de <https://panamapapers.ojo-publico.com/articulo/sunat-crea-grupo-especial-para-caso-panama-papers/>

Cervini, R. (27 de setiembre de 2018). *Tribulaciones del secreto bancario uruguayo, Conferencia en la facultad de derecho de la universidad de Montevideo*. Disponible en http://www.ciidpe.com.ar/area2/Tribulaciones_del_Secreto_Bancario.Cervini.pdf

Christians, A. (12 de Agosto de 2018). *Tax Law. IRS Brushes Aside the Constitution to Make Way for FATCA*. Recuperado de <https://www.lexisnexis.com/LegalNewsRoom/tax-law/b/fatcacentral/posts/irs-brushes-aside-the-constitution-to-make-way-for-fatca>

Del Cerro, I. (13 de Junio de 2018). *Operaciones pasivas de los bancos*. Recuperado de <http://www.5campus.org/leccion/opasban>

Gómez Mora, C. (4 de julio de 2018). *Relatoría del foro intercambio automático de información. España.: Boletín del Foro Fiscal Iberoamericano*, Recuperado de <https://docplayer.es/38003674-Boletin-foro-fiscal-iberoamericano-1-intercambio-automatico-de-informacion.html>, pág. 30

Ministerio de Hacienda de Chile. (24 de octubre 2018). *¿Qué son los tratados de doble tributación?*. Recuperado de <http://www.hacienda.cl/preguntas-frecuentes/impuestos/que-son-los-tratados-de-doble.html>

Moreno Serrano, S. (9 de agosto de 2018). *Implementación del intercambio automático de información la reserva bancaria, el derecho a la intimidad y habeas data. España.: Boletín del Foro Fiscal Iberoamericano*, Recuperado de <https://docplayer.es/38003674-Boletin-foro-fiscal-iberoamericano-1-intercambio-automatico-de-informacion.html>, pág. 67

Naciones Unidas. (10 de febrero de 2018). *Estudio final del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AxyHY0c9YCUJ:https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.61_SP.docx+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe

Naciones Unidas. (29 de julio de 2018): *Estudio final del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?s=40

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (1 de julio de 2018). *Más información sobre la OCDE*. Recuperado de <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (13 de julio de 2018). *AEOI: status of commitments. Global forum on transparency and exchange of information for tax purposes*. Recuperado de <https://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-commitments.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (16 de octubre de 2018) *Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras*. Recuperado de <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax->

information/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion-9789264268074-es.htm

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (27 de setiembre de 2018). *Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributario*. Recuperado de <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814314.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (11 de noviembre de 2018). *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*. Recuperado de <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/38623405.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (26 de setiembre de 2018). *Modelo de Convenio Tributaria sobre la renta y el patrimonio, Versión abreviada*. Recuperado de https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada_9789264184473-es

Presidencia del Consejo de Ministros del Perú. (18 de setiembre de 2018). *Convenio de intercambio de información tributaria con OCDE muestra nuestro compromiso con la lucha contra corrupción*. Recuperado de <http://www.pcm.gob.pe/2017/10/mercedes-araoz-convenio-de-intercambio-de-informacion-tributaria-con-ocde-muestra-nuestro-compromiso-con-la-lucha-contra-corrupcion/>

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2015). *Sentencia del 21 de abril de 2015. RN 3091-2013*. Recuperado de <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/11/JURISPRUDENCIA-R.N.-3091-2013-Lima-Lavado-de-Activos-No-se-necesita-que-delito-precedente-se-encuentre-en-investigaci%C3%B3n-pero-s%C3%AD-que-se-corrobore-m%C3%ADnimamente.pdf>

Sawyer, A. (4 de Octubre de 2018). *The OECD's Tax Information Exchange Agreements: An Example of (In)Effective Global Governance?*. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/267230583_The_OECD's_Tax_Information_Exchange_Agreements_An_Example_of_InEffective_Global_Governance

Tribunal Constitucional del Perú (2004). *Sentencia recaída en el expediente 0004-2004-AI/TC. Colegio de Abogados del Cusco y otros*. 21 de setiembre. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2016). *Sentencia recaída en el expediente 0009-2014-PI/TC. Más de 5000 ciudadanos contra el Congreso de la República*. 4 de marzo. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00009-2014-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2016). *Sentencia recaída en el expediente 03485-2012-AA/TC. Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y doña Lid Beatriz Gonzales Guerra contra la resolución de fojas 463, de fecha 3 de julio de 2012, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró infundada la demanda de amparo de autos*. 10 de marzo. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03485-2012-AA.pdf>

DIARIOS ONLINE:

Calvo, R. (24 de junio de 2006). *EE UU espía millones de transferencias bancarias internacionales desde el 11-S*. El País España. Recuperado de https://elpais.com/diario/2006/06/24/internacional/1151100002_850215.html

Flores, C. (26 de mayo de 2018). *SBS: El 75% de los que ahorran en Perú lo hace fuera de bancos y cajas municipales*. Correo. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/economia/sbs-el-75-de-los-que-ahorran-en-peru-lo-hace-fuera-de-bancos-y-cajas-municipales-660841/>

Gil, J. (10 de julio de 2018). *Odebrecht pagó en Andorra a un ex directivo de Petróleos del Perú*. El País España. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2017/09/18/actualidad/1505758242_788549.htm

Redacción El Comercio. (19 de agosto de 2014). *Banco Mundial: Dos de cada diez peruanos posee cuenta en banco*. El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/economia/peru/banco-mundial-dos-diez-peruanos-posee-cuenta-banco-175677>

- Redacción El Peruano. (8 de julio de 2016). *MEF: Programa País avanzó más de 50%*. El Peruano. Recuperado de <https://elperuano.pe/noticia-mef-programa-pais-avanzo-mas-50-43548.aspx>
- Redacción El Universo. (7 de abril de 2009). *OCDE retira a Costa Rica y vacía su "lista negra" de paraísos fiscales*. El Universo. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/2009/04/07/1/1361/D5C35B3AD340447EA3D5D25C26537FED.html>
- Redacción Gestión. (15 de noviembre de 2012). *Presidente Humala expresa interés de Perú de formar parte de la OCDE*. Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/peru/politica/presidente-humala-expresa-interes-peru-formar-parte-ocde-24595>
- Redacción Gestión. (18 de abril de 2016). *Sunat pide facultad para levantar el secreto bancario tal como sucede en los países de la OCDE*. Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/sunat-pide-facultad-levantar-secreto-bancario-sucede-paises-ocde-117607>
- Redacción Gestión. (8 de diciembre de 2017). *Facultades legislativas: Conoce las medidas que propone el Ejecutivo*. Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/facultades-legislativas-conoce-medidas-propone-ejecutivo-222376>
- Redacción NBS. (11 de noviembre de 2014). *Cooperación Tributaria Internacional*. Bancos y Seguros. Recuperado de <https://www.nbsbancosysegueros.com/revista-online/>
- Redacción Peru21. (12 de abril de 2012). *Detienen en Ica a testaferros de hermanos narcoterroristas Quispe Palomino*. Perú 21. Recuperado de <https://peru21.pe/lima/detienen-ica-testaferros-hermanos-narcoterroristas-quispe-palomino-23967>
- Redacción Peru21. (25 de mayo de 2018). *Macron: «Arabia Saudí y Qatar financian el terrorismo»*. ABC. Recuperado de https://www.abc.es/internacional/abci-macron-arabia-saudi-y-qatar-financian-terrorismo-201708312028_noticia.html
- Redacción Peru21. (25 de mayo de 2018). *Perú promete poner fin al secreto bancario para luchar contra la corrupción*. Perú 21. Recuperado de

<https://peru21.pe/politica/peru-promete-poner-secreto-bancario-luchar-corrupcion-408490?foto=2>

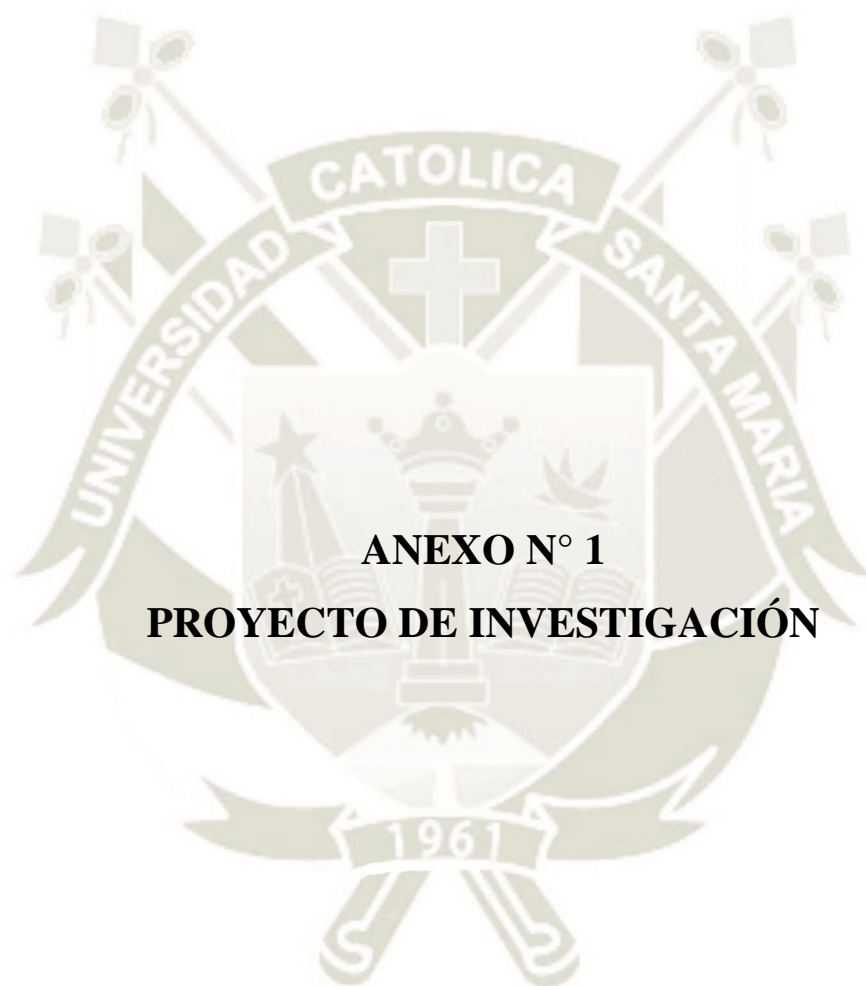
Redacción Semana Económica. (7 de enero de 2017). *El fin de la delegación de facultades legislativas*. Semana Económica. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/tema/el-fin-de-la-delegacion-de-facultades-legislativas/>

Romainville, M. (25 de setiembre de 2018). *Sunat alista más regulación sobre la norma antielusiva y el secreto bancario*. Semana Económica. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/tributario/310501-sunat-alista-mas-regulacion-sobre-la-norma-antielusiva-y-el-secreto-bancario/>



ANEXOS





Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho de la Empresa



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO EN MATERIA FISCAL EN EL PERÚ
FRENTE AL ESTÁNDAR COMÚN DE REPORTE (ECR) DE LA ORGANIZACIÓN
PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE).

Presentado para optar el Grado Académico de Magister en
Derecho de la Empresa por el Bach. Mauricio Edilberto Núñez
Fernández-Baca

AREQUIPA – PERÚ

2017

INDICE

PREAMBULO.....	3
I. PLANTAMIENTO TEÓRICO.....	5
1.1 Enunciado del Problema.....	5
1.2 Descripción del Problema.....	5
1.2.1 Área del Conocimiento.....	6
1.2.2 Análisis de las variables.....	6
1.2.3 Interrogantes Básicas.....	7
1.2.4 Tipo y nivel de investigación.....	7
1.3 Justificación.....	7
2. MARCO CONCEPTUAL.....	9
2.1 Conceptos Básicos.....	9
3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....	18
3.1 Objetivos.....	19
3.1.1 Objetivo General.....	19
3.1.2 Objetivos Específicos.....	19
4. HIPÓTESIS.....	19
4.1 Hipótesis Central.....	18
4.2 Hipótesis Derivadas.....	19
II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.....	19
1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	20
2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.....	21
2.1 Ubicación Espacial.....	21
2.2 Ubicación Temporal.....	21
2.3 Unidades de Estudio.....	21
2.4 Estrategia y Metodología.....	21
2.5 Medios.....	21
3. CRONOGRAMA DE TRABAJO.....	23
BIBLIOGRAFÍA.....	24
ANEXOS.....	26

PREAMBULO

Cuando el 3 de abril de 2016 el diario alemán Sueddeutsche Zeitung reveló que una larga lista de personalidades mundiales, entre la que figuraban conocidos empresarios, políticos, deportistas y celebridades, utilizaban paraísos fiscales para ocultar su riqueza, lavar dinero y evadir impuestos con la ayuda de la hasta entonces respetable firma legal panameña Mossack Fonseca, nadie podía prever la larga lista de consecuencias políticas, sociales y económicas a un escándalo de tal magnitud pues no solo se afectó la credibilidad y moralidad de los grupos de poder sino que también se hizo evidente que en un mundo donde día a día crece la brecha entre pobres y ricos, estos últimos incrementaban su dinero con la realización de conductas manifiestamente ilegales e inalcanzables para el ciudadano común.

La filtración de los llamados “panama papers” constituyó sin duda el mayor golpe sufrido por la banca offshore a lo largo de toda su historia; con alrededor de 11 millones de documentos equivalentes a 2,600GB de datos, superó ampliamente cualquier filtración documental ocurrida con anterioridad, incluyendo a los también muy conocidos wikileaks del año 2010.

Esta información que fue compartida con el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ por sus siglas en inglés) acaparó durante semanas las portadas de los principales diarios del mundo suscitando un intenso debate respecto a la legalidad y moralidad de los involucrados, muchos de los cuales eran ex jefes de Estado o funcionarios públicos de alto rango, cuyas remuneraciones paradójicamente provenían de los impuestos de los ciudadanos de a pie, tradicionalmente firmemente sujetos a la potestad tributaria del Estado.

Las repercusiones en el Perú no fueron menores, viéndose obligada la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) a crear un grupo especial para investigar a los casi 17 mil peruanos con indicios de incremento patrimonial no justificado, muchos de los cuales se encontraban comprendidos en los panama papers.

Fue así que habiendo quedado en entredicho la licitud de la asesoría prestada por la firma Mossack y Fonseca a sus selectos clientes, las Naciones Unidas instaron con mayor énfasis a la comunidad internacional a acabar con el secreto bancario, algo que ya venía siendo materia de debate e implementación en muchos países desde hace ya algunos años, pero que en el caso peruano, por los evidentes intereses en juego, y por ser un derecho reconocido por la constitución y la ley cuya, su eliminación definitiva

constituiría sin lugar a dudas un quiebre paradigmático en las políticas fiscales peruanas como las conocemos hoy.

Ahora bien, si bien es cierto que el derecho al secreto bancario se encuentra reconocido en los principales sistemas jurídicos mundiales siendo para muchos países la mejor herramienta para atraer capitales extranjeros y acumular enormes caudales de los que proviene buena parte de su riqueza económica, esta situación parece estar llegando a su fin. Y es que a comienzos de 2017, Suiza, siempre conocida por su impenetrable sistema financiero y estereotipada como un blindaje seguro para las fortunas de ciudadanos extranjeros que ha llevado a sus bancos a enfrentarse reiteradamente con la justicia estadounidense, ha terminado cediendo a la creciente presión internacional y comenzado a reunir a partir del presente año, los datos bancarios de sus clientes extranjeros, ello en el marco de los convenios de intercambio automático de información suscritos con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Siendo que el Perú, a través de su jefe de estado Pedro Pablo Kuczynski ha manifestado reiteradamente su deseo de incorporarse como miembro a la OCDE, se hace necesario señalar que en nuestro país el secreto bancario se encuentra especialmente protegido por la Constitución, la cual prevé que únicamente puede levantarse el mismo a pedido del juez, fiscal de la nación y una comisión investigadora del congreso.

En ese sentido el derecho al secreto bancario es susceptible de ser oponible a las políticas de transparencia fiscal contempladas en la normativa de la OCDE razón por la cual en la presente tesis se abordará el tema de la contraposición del secreto bancario en el Perú frente al Common Reporting Standar (CRS)⁷⁶ impulsado por la OCDE, buscando determinar si su eliminación definitiva resultaría un mecanismo idóneo para combatir la evasión tributaria, el ocultamiento de fondos provenientes de la corrupción o de delitos de cuello blanco.

⁷⁶ También denominado Estándar Común de Reporte en las publicaciones en español realizadas por la OCDE (véase www.oecd.org)

I. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Enunciado del Problema

El derecho al secreto bancario en el Perú frente al Estándar Común de Reporte (ECR) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

1.2 Descripción del Problema

El problema planteado parte del supuesto que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al secreto bancario constituye una manifestación del derecho a la intimidad siendo asimismo una obligación constitucional para los órganos facultados, justificar la necesidad de su levantamiento.

Surgido inicialmente como una defensa frente a la injerencia del Estado o terceras personas en la vida privada del individuo, concretamente en su *intimidad económica*, el derecho al secreto bancario impone una serie de obligaciones a los entes bancarios y financieros con quienes en una relación de confianza la persona entabla un negocio jurídico, no pudiendo asimismo los organismos supervisores acceder libremente a la información bancaria del ciudadano, la cual como se ha mencionado se encuentra vinculada a su vida privada.

Por otra parte y en contraposición a lo señalado anteriormente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha venido impulsando entre sus miembros, la incorporación de altos estándares de transparencia fiscal destinados a erradicar la opacidad en las operaciones financieras llevadas a cabo por los contribuyentes, ello considerando que la evasión tributaria y el flujo de capitales ilícitos no solo impiden a los gobiernos contar con los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines sino que también ocultan la comisión de muchos delitos y socaban la institucionalidad del Estado de Derecho.

Con tal fin, se propone como hipótesis de trabajo, el estudio de fondo acerca del derecho al secreto bancario en el Perú frente al Estándar Común de Reporte para el intercambio automático de información fiscal impulsado por la OCDE, comúnmente denominado CRS (por sus siglas en inglés provenientes de Common Reporting Standar), el cual a la fecha se encuentran suscritos por más de 50 estados, habiendo convenido en su próxima firma otros 100 países entre los que se cuentan las principales economías del mundo como India, Rusia, Hong Kong, China y la totalidad de los países de la Unión Europea.

1.2.1 Área del Conocimiento

El problema a investigarse se encuentra en:

CAMPO: Ciencias Jurídicas

Área: Derecho de la Empresa

Línea: Derecho Económico, Derecho Tributario, Derecho Constitucional

1.2.2 Análisis de las variables

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
Variable Independiente	El secreto bancario en el Perú	Constitución Política del Perú	Derecho a la intimidad Secreto bancario
		Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros	Secreto bancario Observancia del secreto bancario Levantamiento del secreto bancario
		Resolución SBS N° 1132-2015 Resolución SBS N° 3880-2016 Decreto Legislativo N° 1313	Levantamiento del secreto bancario
		Ley N° 27245, Ley de Transparencia Fiscal	Transparencia Fiscal
		Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal	Common Reporting Standar (CRS) Intercambio de información fiscal
Variable Dependiente	frente al Estándar Común de Reporte de la OCDE.	Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera	Prohibición de inobservancia al secreto bancario. Levantamiento del secreto bancario en supuestos de derecho penal económico (delitos financieros y/o lavado de activos)
		Decreto Legislativo N° 1249	Activos de origen ilícito (delitos de lavado de activos, delitos precedentes y financiamiento del terrorismo)
		Decreto Legislativo N° 1120	Transparencia fiscal internacional

		Decreto Legislativo N° 1106	Levantamiento del secreto bancario durante la investigación de delitos de lavado de activos, minería ilegal y crimen organizado.
		Normativa de la OCDE sobre el Estándar Común de Reporte (ECR)	Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras

1.2.3 Interrogantes Básicas

¿Es la normativa sobre derecho al secreto bancario en el Perú de carácter rígido o flexible?

¿Prevé el ordenamiento jurídico peruano, referente al secreto bancario, los instrumentos necesarios para la aplicación del Estándar Común de Reporte de la OCDE?

¿Es el Estándar Común de Reporte un mecanismo idóneo para la detección de rentas de fuente extranjera y fondos provenientes de actividades ilícitas?

¿Existiría un conflicto entre los procedimientos, principios y derechos previstos para el secreto bancario en la Constitución y los estándares internacionales de transparencia fiscal desarrollados por la OCDE?

1.2.4 Tipo y nivel de investigación

La investigación será:

- a) Por su finalidad : Fundamental
- b) Por el tiempo que comprende : Longitudinal
- c) Por el nivel de profundización : Descriptiva
- d) Por el ámbito : Documental y de campo

1.3 Justificación

Desde el punto de vista **jurídico-teórico**, la presente investigación nos permitirá realizar un estudio exegético y dogmático de las normas concernientes al secreto bancario en el Perú, conociendo su evolución a través del tiempo y las distintas posturas doctrinales que los legisladores peruanos han tenido en su elaboración, permitiéndonos abstraer conceptos y estudiar si en su estado actual las leyes peruanas resultan compatibles con los requisitos formales establecidos por la OCDE para la incorporación de nuevos países miembros.

Desde el punto de vista **jurídico-práctico** se justifica porque nos permitirá mediante el razonamiento jurídico, aportar soluciones a la actual problemática peruana referente a la evasión tributaria y el ocultamiento de activos, asimismo nos permitirá avizorar los futuros escenarios legales en que se encontraran inmersos los contribuyentes peruanos de concretarse la incorporación de nuestro país a la OCDE así como las modificaciones prácticas que se producirán en el derecho al secreto bancario y que resultan de particular interés para los actores del derecho.

Desde un punto de vista **filosófico-moral**, el desarrollo de la investigación planteada constituye un aporte al estudio de la ética tributaria, por la relación comúnmente existente entre el secreto bancario y la evasión tributaria y el ocultamiento de activos, abordando también las obligaciones morales de los contribuyentes de pagar el tributo justo y la delgada línea existente entre la optimización tributaria y los delitos tributarios.

Desde el punto de vista **económico**, se justifica en tanto nos permite conocer la política económica desarrollada por la OCDE y como incide esta en la legislación de sus países miembros o de los que aspiran a serlo, permitiéndonos el estudio de la relación existente entre el secreto bancario, la recaudación tributaria y el desempeño económico de los países, todo lo cual incide directamente en el desarrollo de la economía global y el papel representado en ella por los paraísos fiscales que concentran el 8% de la riqueza mundial y que tradicionalmente han tenido una concepción rígida del secreto bancario.

Desde el punto de vista **político**, constituye especial objeto de interés el estudio de como la política fiscal practicada por los estados, basada en la ideología de los gobiernos de turno, incide directamente en el desarrollo económico y la reducción de la pobreza y la desigualdad social; y como un acceso insuficiente a la información bancaria puede significar para los estados un entorpecimiento de la política fiscal con las consecuencias que esto representa para el bienestar social.

Desde el punto de vista **cultural**, por estar el secreto bancario profundamente arraigado en la cultura bancaria peruana siendo la confidencialidad otorgada por las instituciones financieras un elemento imprescindible para las empresas y personas al momento de contratar sus servicios, la eventual eliminación del secreto bancario por motivos fiscales significaría un quiebre paradigmático probable resistido con fuerza por los administrados y cuyo estudio amerita especial consideración.

Desde el punto de vista **social**, por ser un tema de relevante impacto social ello por la general concepción de los ciudadanos en la justicia y la integridad del sistema tributario y sus actores, permitiendo a los ciudadanos los resultados obtenidos de la investigación comprender el nuevo escenario de transparencia fiscal imperante en el mundo y

participar de las soluciones para la problemática peruana referente a la evasión tributaria y el ocultamiento de activos garantizando también un ejercicio prudente del derecho al secreto bancario, tanto de las empresas como de las personas en general.

Desde el punto de vista **personal**, se justifica por la convicción existente en el autor de la importancia de esclarecer el panorama actual del secreto bancario en el Perú y las exigencias dispuestas por la OCDE para sus estados miembros, siendo de interés para quienes nos desenvolvemos en el ámbito del derecho avizorar los futuros escenarios legales en los cuales deberemos otorgar soluciones a problemas aun no presentes y que pueden irrumpir sorpresivamente.

Finalmente desde el punto de vista **generalizable**, se justifica en la medida que es de interés común para todos los ciudadanos la implementación de mecanismos idóneos para incrementar la recaudación fiscal y reducir considerablemente la evasión tributaria y el lavado de activos, siendo sin lugar a dudas un tema de actualidad a raíz de la enorme trascendencia que a nivel mundial tuvo el caso panama papers, habiendo influenciado el mismo en las políticas fiscales de numerosos países, pudiendo afirmarse que nos encontramos en una nueva era del derecho tributario y constitucional a cuyo campo de estudio pertenece la tesis expuesta y cuyas implicancias no son indiferentes para la comunidad en general.

2. MARCO CONCEPTUAL

Los conceptos básicos que han de emplearse en la investigación son los siguientes:

2.1 Conceptos Básicos

Para la realización de la presente investigación, resulta de suma importancia tener en forma clara y precisa los principales conceptos o términos que se han de emplear a lo largo de la investigación, siendo principalmente los siguientes:

- Derecho a la intimidad:

La doctrina constitucional lo define como el poder jurídico de rechazar intromisiones en la vida íntima o familiar de las personas, por tratarse de un ámbito de la vida privada en la cual la persona puede realizar los actos que crea conveniente. Al referirnos a vida privada abordamos también un campo más

amplio de actuaciones reservadas o excluidas de injerencias externas habiendo interpretado el Tribunal Constitucional como vida privada, un círculo más amplio de actividades y relaciones que no pueden calificarse como íntimas pero que merecen también protección frente a intromisiones externas.⁷⁷

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 7 de la Constitución Política del Perú, asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en su artículo 17 *que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada su familia, su domicilio o su correspondencia"*, siendo manifestación de este derecho, en el ámbito económico, el secreto bancario y la reserva tributaria.

No obstante lo señalado, ha sido la propia norma constitucional la que ha establecido en su artículo 97 que el derecho al secreto bancario y la reserva tributaria no es de carácter absoluto, pues puede ser intervenido de manera excepcional en supuestos expresamente previstos por la norma y por las autoridades facultadas por ley.

- Secreto bancario:

Según el jurista argentino Juan Carlos Malagarriga el secreto bancario es *"la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes, que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que las vincula"*.⁷⁸

En el mismo sentido, Vergara Blanco señala que *"el secreto bancario es aquella institución en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva y ocultación de todos los antecedentes de sus clientes y que hayan conocido como consecuencia de éstas. Esta obligación cesa ante los mismos clientes u otras causas legales"*.⁷⁹

⁷⁷ Tribunal Constitucional del Perú (2016). Sentencia recaída en el expediente 03485-2012-AA/TC. Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y doña Lid Beatriz Gonzales Guerra contra la resolución de fojas 463, de fecha 3 de julio de 2012, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró infundada la demanda de amparo de autos. 10 de marzo. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03485-2012-AA.pdf>

⁷⁸ Blossiers, Juan. "Manual de Derecho Bancario", Ediciones Legales EIRL, Lima, 2013, pág. 201.

⁷⁹ Vergara, Alejandro. "El Secreto Bancario", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pág. 20.

Como se ve, ambos conceptos tienen su origen en la relación de confianza que se establece entre los bancos y sus clientes, siendo por tanto los aspectos patrimoniales y económicos contenidos en la información bancaria de un cliente parte del secreto profesional que debe mantener el banco. En otro sentido, nuestro tribunal constitucional ha señalado reiteradamente que el secreto bancario es un atributo asociado al derecho a la intimidad, perteneciendo por consiguiente a la esfera privada de la persona en tanto su divulgación pone en riesgo no solo su patrimonio sino también su seguridad e integridad.

- Paraíso fiscal:

Se entiende por paraíso fiscal al estado o jurisdicción que tiene por principal característica tener un sistema de baja o nula imposición tributaria y a su vez aplicar la opacidad fiscal a las operaciones realizadas dentro de su territorio y a las personas que las realizan.

En palabras del economista británico Geoffrey Powell lo que caracteriza a un paraíso fiscal es *“una estructura impositiva establecida deliberadamente para obtener ventajas de la demanda mundial de oportunidades para evitar el cobro de determinados impuestos”*⁸⁰, por lo que visto de otra forma los paraísos fiscales pueden resultar para sus defensores como estrategias de optimización tributaria destinadas a mejorar la rentabilidad de los negocios y las cuales no constituyen per se un acto ilegal, situación que resulta controversial en la mayoría de los casos.

Las políticas fiscales aplicadas por los paraísos fiscales tienen por finalidad atraer capitales de países extranjeros generalmente en manos de personas naturales o empresas que además de evitar contribuir al fisco de sus respectivos países para incrementar sus márgenes de utilidad desean también ocultar su riqueza, la misma que en algunos casos puede prevenir de actividades ilícitas, siendo los elementos comunes de un paraíso fiscal la existencia de nula (o baja) tributación y de opacidad fiscal de las operaciones y negocios realizados.

Actualmente la SUNAT considera como territorios de baja o nula imposición tributaria a 43 estados repartidos alrededor del mundo. Asimismo, según el reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, se considera también país o

⁸⁰ Schmitt, Jesse. “Legal Off Shore Tax Havens”, Atlantic Publishing Group Inc, Florida, 2008, pág. 54.

territorio de baja o nula imposición (paraíso fiscal) a aquél donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera sea su denominación, sea 0% o inferior en un 50% o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza y que adicionalmente presente una de las siguientes características:

a) Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.

b) Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.

c) Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.

d) Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.

- Opacidad fiscal:

Derivado del latín “opacitas”, que bloquea la luminosidad, es un término comúnmente empleado en el ámbito jurídico-tributario como contraposición a la transparencia fiscal que la Administración se espera de los contribuyentes, se aplica a las operaciones realizadas de manera subrepticia o simplemente reservada, ya sea mediante el ocultamiento o la falta de transparencia.

- Common Reporting Standar (CRS) o Estándar Común de Reporte (ECR)

El 13 de febrero de 2014 la OCDE publicó la norma internacional sobre el intercambio automático de información de cuentas financieras (“global standard for automatic exchange of financial account informatio”) en cuya elaboración intervinieron también países del G20 y la Unión Europea.

Contenidos en un anexo de la norma antes indicada, el ECR define el tipo de información financiera que se debe intercambiar, las instituciones financieras llamadas a transmitir dicha información, los distintos tipos de cuentas, los contribuyentes implicados, así como los procedimientos de diligencia común razonables que las instituciones financieras deben seguir.

Como se ve se trata de un estándar de información para el intercambio automático de información fiscal que tiene su base jurídica en la Convención

sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal habiendo tomado la idea original de la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (“Foreign Account Tax Compliance Act” abreviada como FATCA por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos de Norteamérica.

El ECR tiene nueve secciones, las siete primeras comprenden el procedimiento de due diligence (debida diligencia) aplicable a las cuentas, mientras que la octava recoge una lista de definiciones, y la novena el compromiso de las partes de aprobar las normas que sean necesarias para asegurar su implementación y cumplimiento por las instituciones financieras.

- Evasión Tributaria:

En nuestro ordenamiento jurídico, la evasión tributaria es una conducta ilícita por la cual el contribuyente deja de pagar impuestos al Estado mediante el ocultamiento de bienes o ingresos. Comúnmente asociada con la economía informal, la doctrina denomina evasión tributaria “pura” a la producida cuando los contribuyentes no declaran todos los ingresos generados a partir de actividades lícitas de empresas o individuos debidamente constituidas y registrados ante la administración tributaria, correspondiendo a la economía irregular la producción de bienes y servicios legales en establecimientos no registrados y finalmente a las actividades ilícitas las que producen bienes y servicios provenientes de actividades ilegales y que en la mayoría de los casos constituyen delitos.

Entre las causas de la evasión tributaria, según Chávez y Ferreyra, se cuentan: la carencia de la educación tributaria, la desconfianza en el gobierno, el sistema tributario poco transparente y el bajo riesgo de ser detectado.⁸¹

- Lavado de activos:

Se trata de una conducta delictiva caracterizada por otorgar apariencia de legalidad a los activos (bienes y dinero) de origen ilícito, ocultando el vínculo existente entre la actividad ilícita y el producto obtenido de ella, insertándolos en el sistema financiero mediante operaciones formales o compra de otros bienes sin que las autoridades judiciales o entidades de control pueden detectarlo.

⁸¹ Bejarano, Jesús. “Evasión tributaria de la economía subterránea: causas, consecuencias, formalización desde la perspectiva del trabajo decente y participación en el PIB del Perú”, Revista Valor Contable Vol. 2, Num. 1, Lima, 2015, pág. 12.

En el caso peruano las actividades ilícitas que generan los mayores volúmenes de dinero ilícito son el narcotráfico y la minera ilegal, ingresando este flujo de dinero al mercado formal a través de la creación de empresas fachada y la compra y venta de activos inmobiliarios y del sector construcción siendo un indicador común de las personas dedicadas a esta actividad el desbalance patrimonial.

El delito de lavado de activos ha tenido una importante variación legislativa en los últimos años y es que hasta abril del 2012, durante la vigencia de la ley 27765, para que una persona pudiese ser imputada, procesada o condenada por este delito tenía que demostrarse la actividad ilícita original, es decir, el “delito precedente”. Sin embargo tras la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1106, para investigar o procesar a alguien ya no es necesario demostrar el delito precedente. Basta que la persona conozca o deba presumir que los fondos tienen un origen ilícito.

A nivel jurisprudencial se ha precisado que el delito fuente para el lavado de activos debe ser previo a la realización del mismo, es decir que para que se configure el delito de lavado de activos debe tenerse indicios de delitos cometidos previamente que hayan producido las ganancias que se pretende lavar.⁸²

- Defraudación tributaria:

Es un delito tributario caracterizado por la realización de uno o varios actos que tengan por fin dejar de pagar total o parcialmente los tributos establecidos por ley, perjudicando de esta manera al erario público, concretamente al sistema de recaudación de ingresos y gasto público.

En relación a la defraudación tributaria, la Ley Penal Tributaria del Perú ha establecido en su artículo 1° que comete este delito *“El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra*

⁸² Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2015). Sentencia del 21 de abril de 2015. RN 3091-2013. Recuperado de <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/11/JURISPRUDENCIA-R.N.-3091-2013-Lima-Lavado-de-Activos-No-se-necesita-que-delito-precedente-se-encuentre-en-investigaci%C3%B3n-pero-s%C3%AD-que-se-corrobore-m%C3%AD-nimamente.pdf>

forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes”.

Como se ve la ley penal peruana se ajusta a la tesis establecida por el jurista argentino Héctor Villegas quien señala que *“la defraudación fiscal requiere, subjetivamente, la intención deliberada de dañar al fisco, y objetivamente, la realización de determinados actos o maniobras tendentes a sustraer, en todo o en parte, a la obligación de pagar tributos. Esas maniobras están intencionalmente destinadas a inducir en error a la autoridad para que la falta total o parcial de pago aparezca como legítima, y de allí la mayor gravedad de esta infracción, que se traduce en la mayor severidad de las sanciones”*.⁸³

De esta manera, siguiente dentro el objeto de investigación de la presente tesis, la comisión del delito tributario en el caso del uso de paraísos fiscales, se configuraría mediante la ocultación total o parcial, de bienes, ingresos, rentas, o la consignación de pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar, tipo penal previsto en el artículo 2° de la citada ley penal tributaria.

- Intercambio de información fiscal:
Convenio de carácter multilateral, automático y estandarizado por el cual dos o más Estados acuerdan los procedimientos necesarios para la cooperación administrativa e intercambio de información fiscal y financiera de sus ciudadanos a través de un sistema seguro, rápido y eficaz; permitiendo a las autoridades de otro país el acceso a sus bases de datos de interés fiscal o atendiendo sus solicitudes de información financiera y toda aquella que sea relevante bajo un procedimiento de análisis de riesgo.

Según Barrios Miglarini, *“se trata del procedimiento -entendido como secuencia de actos- destinado a posibilitar la disposición por parte de los Estados de informaciones pertinentes desde el punto de vista fiscal, a los efectos de permitir a estos la correcta percepción y administración de los tributos y a los contribuyentes el conocimiento cabal de sus obligaciones así como la planificación de sus estrategias fiscales”*.

⁸³ Villegas, Héctor. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 382

El intercambio de información fiscal entre Estados ha demostrado ser una herramienta eficaz para reducir significativamente la evasión tributaria al contar la Administración con la información necesaria y suficiente para perseguir a los contribuyentes que ocultan sus ingresos en paraísos fiscales y a la vez combatir el financiamiento de organizaciones delictivas y terroristas. No siendo un secreto actualmente que el derecho a la intimidad y el secreto bancario ampararon durante años el financiamiento de organizaciones terroristas como Al Qaeda.⁸⁴

- Política fiscal:

En el ámbito de la ciencia económica o la economía en general, la política fiscal puede ser definida como uno de sus capítulos ya que cuenta con características, principios, objetivos y métodos propios desempeñando un papel de suma importancia en el desarrollo económico de los países al punto que Sainz de Bujanda ha señalado que *“para la mayoría de los economistas contemporáneos, en la ausencia de crisis de trabajo, ni un alto nivel de vida, ni el desarrollo económico parecen accesibles sin la ayuda de una política fiscal.”*⁸⁵

Hecha esta precisión parece quedar bastante claro que la política fiscal se encuentra centrada en la gestión y administración de los recursos estatales por parte del gobierno para influir (positivamente se entiende) en su propia economía. De manera básica se puede establecer dos tipos de políticas fiscales: la expansiva, que aumenta el gasto público o reduce los impuestos para fomentar el consumo y la inversión; y la restrictiva, que aplicando todo lo contrario a la anterior, busca frenar la demanda y reducir la inflación.

Aunque generalmente se entiende que el desarrollo económico es la única meta de la política fiscal, por la trascendencia de sus efectos sobre los individuos dentro de un espacio delimitado o sistema comunitario hace que requiera el auxilio de ciencias de otras ciencias como la sociología, la historia, la filosofía, la política, etc., correspondiendo también por su importancia dentro de la hacienda pública al campo de la economía política.

- Transparencia Fiscal Internacional:

⁸⁴ Viguera, Juan. “Los Paraísos Fiscales”, Ediciones Akal S.A., Madrid, 2005, pág. 119.

⁸⁵ López, Jaime. “Bases de Política Fiscal y Derecho”, Editorial Universitaria Potosina, San Luis de Potosí, 1989, pág. 35.

Aunque en algunos ordenamientos tributarios del mundo, se denomina como Transparencia Fiscal Internacional a un régimen tributario especial establecido por ley, de manera general el término hace referencia a una técnica tributaria arraigada en los países con sistemas fiscales modernos y fundamentalmente exportadores de capital.⁸⁶

En ese sentido, el objetivo primordial perseguido por las políticas de Transparencia Fiscal Internacional es implementar las acciones y mecanismos pertinentes para evitar o reducir el uso de paraísos fiscales para la evasión de impuestos o el ocultamiento de activos.

Surgida a consecuencia de la globalización de la economía en el mundo moderno, la TFI ha incorporado nuevas modificaciones en la legislación tributaria de muchos países, con ello se busca evitar que los contribuyentes disminuyan su base imponible del impuesto a la renta recurriendo a la colocación de capitales en paraísos fiscales.⁸⁷

De esta manera se exige a los contribuyentes domiciliados en un determinado país a tributar también por sus rentas percibidas de fuente extranjera, que recurre a territorios de baja o nula imposición tributaria para reducir su base imponible, siendo por consiguiente las normas de transparencia fiscal internacional, normas básicas establecidas para la regulación tributaria del hecho imponible.

En el caso peruano, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1120, se incorporó en la LIR un capítulo especial relativo al régimen de transparencia fiscal internacional aplicable a los contribuyentes domiciliados, propietarios de entidades controladas no domiciliadas, señalándose que los contribuyentes domiciliados, propietarios de entidades controladas no domiciliadas, se encuentran obligados a integrar dentro de sus rentas netas de fuente mundial a la rentas netas pasivas generadas en el exterior por las referidas entidades, aun cuando no hubieran sido distribuidas a su favor y siempre que se encuentren sujetos al Impuesto a la Renta en el Perú por sus rentas de fuente peruana.

⁸⁶ Rodríguez, José. "La Transparencia Fiscal Internacional. Protocolos para su aplicación" en Crónica Tributaria N° 96, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2000, págs. 123- 147.

- Hecho Imponible:

Es un presupuesto fáctico establecido por ley para configurar el nacimiento de la obligación tributaria, puede ser de naturaleza jurídica o económica debiendo la ley precisar las circunstancias que deben producirse en la realidad para su configuración.

Según Héctor Villegas, *“el hecho imponible debe contener un aspecto material relacionado con la descripción objetiva de un hecho o situación; un aspecto personal, relacionado con los datos necesarios para individualizar a una persona como sujeto pasivo de un tributo; un aspecto temporal, relacionado con el perfeccionamiento del hecho imponible; y finalmente, un aspecto espacial, relacionado con el lugar en el que se realiza el hecho imponible”*.⁸⁸

El Código Tributario Peruano señala en su artículo 2° que *“la obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación”*. Partiendo de dicha premisa que claro que el hecho producido en la realidad, también denominado hecho generador, debe coincidir a cabalidad con el supuesto hipotético previsto, al cual se conoce como Hipótesis de Incidencia Tributaria siendo que si como se espera existe una coincidencia entre ambos consideramos producido el hecho imponible.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Realizada la revisión bibliográfica correspondiente, en la relación de tesis que obran en la biblioteca de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica Santa María, se aprecia que no existe trabajo de investigación sobre el objeto materia del presente proyecto de investigación. De la misma manera, revisada la base de la Asamblea Nacional de Rectores en la sección “Catálogo de Tesis”, no hemos encontrado tesis vinculada con nuestro tema.

3.1 Objetivos

En coherencia con el problema se formulan los siguientes objetivos:

3.1.1 Objetivo General

⁸⁸ Otárola, Carlos. “Economía Fiscal”, Plural Editores, La Paz, 2009, pág. 134.

- Describir el alcance del derecho al secreto bancario en el Perú frente a los nuevos estándares de intercambio de información fiscal impulsados por la OCDE y representados por el denominado Estándar Común de Reporte (ECR)

3.1.2 Objetivos Específicos

- Ubicar el derecho al secreto bancario en el Perú dentro de un contexto global a través de su contraposición con la normativa impulsada por la OCDE.
- Determinar los criterios de interpretación del derecho al secreto bancario en la jurisprudencia constitucional peruana.
- Determinar la finalidad pretendida por el legislador al regular los supuestos del levantamiento al secreto bancario en la lucha contra la evasión tributaria y otros delitos económicos.
- Determinar si existe preeminencia o incompatibilidad del derecho al secreto bancario en el Perú frente al Estándar Común de Reporte desarrollado por la OCDE.

4. HIPÓTESIS

En congruencia con el problema y objetivos se plantean las siguientes hipótesis:

4.1 Hipótesis Central

Dado que:

El derecho al secreto bancario en el Perú ostenta un rango constitucional en tanto forma parte del derecho a la intimidad de la persona estando previsto su levantamiento en situaciones excepcionales;

4.2 Hipótesis Derivadas

Es probable que:

Para el ingreso del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se hagan necesarias modificaciones legislativas que en la práctica signifiquen la desaparición del secreto bancario como lo conocemos hoy en día.

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
		Constitución Política del Perú	Derecho a la intimidad Secreto bancario	Observación documental	Fichas bibliográficas y documentales

Variable Independiente	La eliminación del secreto bancario en el Perú mediante su adhesión a los CRS de la OCDE	Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros	Secreto bancario Observancia del secreto bancario Levantamiento del secreto bancario	Observación documental	Fichas bibliográficas y documentales
		Resolución SBS N° 1132-2015	Levantamiento del secreto bancario	Observación documental	Fichas bibliográficas y documentales
		Resolución SBS N° 3880-2016			
		Decreto Legislativo N° 1313			
		Ley N° 27245, Ley de Transparencia Fiscal	Transparencia Fiscal	Observación documental	Fichas bibliográficas y documentales
Variable Dependiente	Mecanismo idóneo para combatir la evasión tributaria, el ocultamiento de fondos de origen ilícito	Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera	Prohibición de inobservancia al secreto bancario	Observación empírica y documental	Fichas bibliográficas y entrevistas
		Decreto Legislativo N° 1249	Activos de origen ilícito	Observación documental Observación empírica	Fichas bibliográficas y entrevistas
		Decreto Legislativo N° 1120	Transparencia fiscal internacional	Observación documental	Fichas bibliográficas y entrevistas

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Para la investigación documentada, las unidades de estudio se encuentran en las siguientes:

- Textos que contienen doctrinas y comentarios.

- Dispositivos normativos de distinto nivel y jerarquía, sobre el derecho al secreto bancario y el procedimiento establecido para su levantamiento.

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1 Ubicación Espacial

La investigación se efectuará sobre la doctrina y legislación desarrollada sobre la eliminación del secreto bancario en distintos países y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional respecto al derecho a la intimidad y sus manifestaciones.

2.2 Ubicación Temporal

Se ha considerado el periodo comprendido entre julio de 2014, fecha de publicación de los Common Reporting Standards por la OCDE junio de 2017, fecha de elaboración del presente proyecto de investigación, pudiendo extenderse en el tiempo de suscitarse acontecimientos de importancia para el campo y objeto de estudio.

2.3 Unidades de Estudio

Están constituidas por la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, legislación comparada sobre la eliminación del secreto bancario y convenios internacionales desarrollados por la OCDE.

2.4 Estrategia y Metodología

Para la recolección de datos, se aplicaron las siguientes técnicas

- a. Revisión documental:** Para obtener los datos relacionados con el intercambio de información fiscal entre estados, el secreto bancario, la evasión tributaria, el lavado de activos y las políticas tributarias implementadas en el Perú.
- b. Observación participante:** Para obtener datos relacionados con la aplicación y modificaciones que las legislaciones tributarias de distintos países vienen haciendo del secreto bancario en casos similares.
- c. Análisis de contenido:** Para obtener datos relacionados a la aplicación del intercambio de información fiscal entre estados en el marco del Common Reporting Standar.
- d. Encuestas y Entrevistas:** Para obtener datos de los operadores del Derecho (abogados tributaristas y constitucionalistas) y medir la opinión respecto a la ponderación del derecho al secreto bancario frente a las políticas fiscales del estado.

2.5 Medios:

a. Recursos humanos:

Descripción	Unidad de Medida	Cantidad días	Costo Unitario	Costo Total
Dirección de Proyecto y Ejecución	Ejecutor	150 días	S/ 20,00	S/ 3,000
Colaboradores	Colaborador	15 días	S/ 10,00	S/ 150
Digitador/diagramador de gráficos	Digitador	15 días	S/ 20,00	S/ 300
				S/ 3,450

b. Recursos materiales y bienes y servicios:

Artículo	Unidad de Medida	Cantidad	Costo Unitario	Costo Total
Papel Bond A-4	Millar	1	S/ 25,00	S/ 25,00
Fichas Bibliográficas	Ficha	100	S/ 0,10	S/ 10,00
Fichas Documentales	Ficha	100	S/ 0,10	S/ 10,00
Cartuchos de tinta	Cartucho	1	S/ 65,00	S/ 65,00
Copias fotostáticas	Copia	A determinar	S/ 0,10	S/ 120,00
				S/ 230,00

c. Recursos logísticos:

Artículo	Unidad de Medida	Cantidad	Costo Unitario	Costo Total
Uso de computadora	Computadora	1	S/ 100,00	S/ 100,00
Movilidad	Movilidad			S/ 100,00
Otros				S/ 100,00
				S/ 300,00

d. Costo Total:

S/ 3980,00

3. CRONOGRAMA DE TRABAJO:

Actividades	Meses						
	Año/Semas	Mayo 1 2 3 4	Junio 1 2 3 4	Julio 1 2 3 4	Agosto 1 2 3 4	Setiembre 1 2 3 4	
Preparación del Proyecto	2017	x xx					
Aprobación del Proyecto	2017	x	x x				
Recolección de información	2017		x x				
Procesamiento de información	2017			x xxx			
Análisis y sistematización de datos	2017			x xxx			
Conclusiones y sugerencias	2017				x xx		
Preparación del informe final	2017				x		
Presentación del informe final	2017					x	

BIBLIOGRAFÍA

Autores nacionales

- ARANCIBIA CUEVA Miguel, “Manual de Código tributario y de la ley penal tributaria”, Editorial Pacífico, Lima 2012.
- ARANZAMENDI NINACONDOR Lino, “Guía metodológica de la investigación jurídica”, Adrus SRL, Arequipa 2009.
- BEJARANO Jesús, “Evasión tributaria de la economía subterránea: causas, consecuencias, formalización desde la perspectiva del trabajo decente y participación en el PIB del Perú”, Revista Valor Contable Vol. 2, Num. 1, Lima 2015.
- BLOSSIERS MAZZINI Juan, “Manual de Derecho Bancario”, Ediciones Legales EIRL, Lima 2013.
- CARRASCO BULEJE Luciano, “Aplicación práctica del impuesto a la renta”, Centro de Investigación Jurídico Contable, Lima 2005.
- FALCONI PICARDO Marco, “El sistema financiero peruano en el siglo XXI”, Editorial Adrus, Arequipa 2014.
- FIGUEROA BUSTAMANTE Hernán, “Temas de derecho financiero, bancario y bursátil”, Editorial San Marcos, Lima 1998.
- GÁLVEZ VILLEGAS Tomas, “El delito de lavado de activos: criterios sustantivos y procesales.”, Instituto Pacífico, Lima 2014.
- HUAMANI CUEVA Rosendo, “Código Tributario Comentado”, Jurista Editores, Lima 2015.
- INSTITUTO PACIFICO S.A.C., “Manual Tributario”, Pacífico Editores, Lima 2006.
- LANDA ARROYO, Cesar, “Constitución Política del Perú 1993. Sumillas, reformas constitucionales, índice analítico”, Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2007.
- ORTEGA CHACÓN Domingo, “Metodología y técnicas de la investigación Jurídica”, Editorial S.E., Trujillo 2009
- PARIONA PASTRANA José, “El delito precedente en el lavado de activos”, Instituto Pacífico, Lima 2017.
- RUBIO CORREA Marcial, “Para conocer la Constitución de 1993”, Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2012.

Autores extranjeros

- ARROYO ZAPATERO Luis, “Estudios de Derecho Penal Económico”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 1994.
- CALDERÓN CARRERO José, “Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2008”, Edición Fiscal CISS, Bilbao 2008.
- COLLADO Miguel, “Estudios sobre el fraude fiscal e intercambio de información tributaria”, Atelier, Barcelona 2012.
- LÓPEZ Jaime, “Bases de Política Fiscal y Derecho”, Editorial Universitaria Potosina, San Luis de Potosí 1989.
- LUQUE Miguel, “La lucha contra el fraude fiscal. Procedimientos y medidas administrativas y penales”, Universidad de Almería, Almería 2012
- OTÁROLA Carlos, “Economía Fiscal”, Plural Editores, La Paz 2009.
- RODRÍGUEZ José, “La Transparencia Fiscal Internacional. Protocolos para su aplicación” en Crónica Tributaria N° 96, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2000.
- ROSEMBUJ Tulio, “Intercambio Internacional de Información Tributaria”, Ediciones Universidad de Barcelona, Barcelona 2003.
- SCHMITT Jesse, “Legal Off Shore Tax Havens”, Atlantic Publishing Group Inc, Florida 2008.
- VERGARA Alejandro, “El Secreto Bancario”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990.
- VIGUERAS Juan, “Los Paraísos Fiscales”, Ediciones Akal S.A., Madrid 2005.
- VILLEGAS Héctor. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”, Ediciones Depalma, Bueno Aires 1999.

ANEXO Nº 1

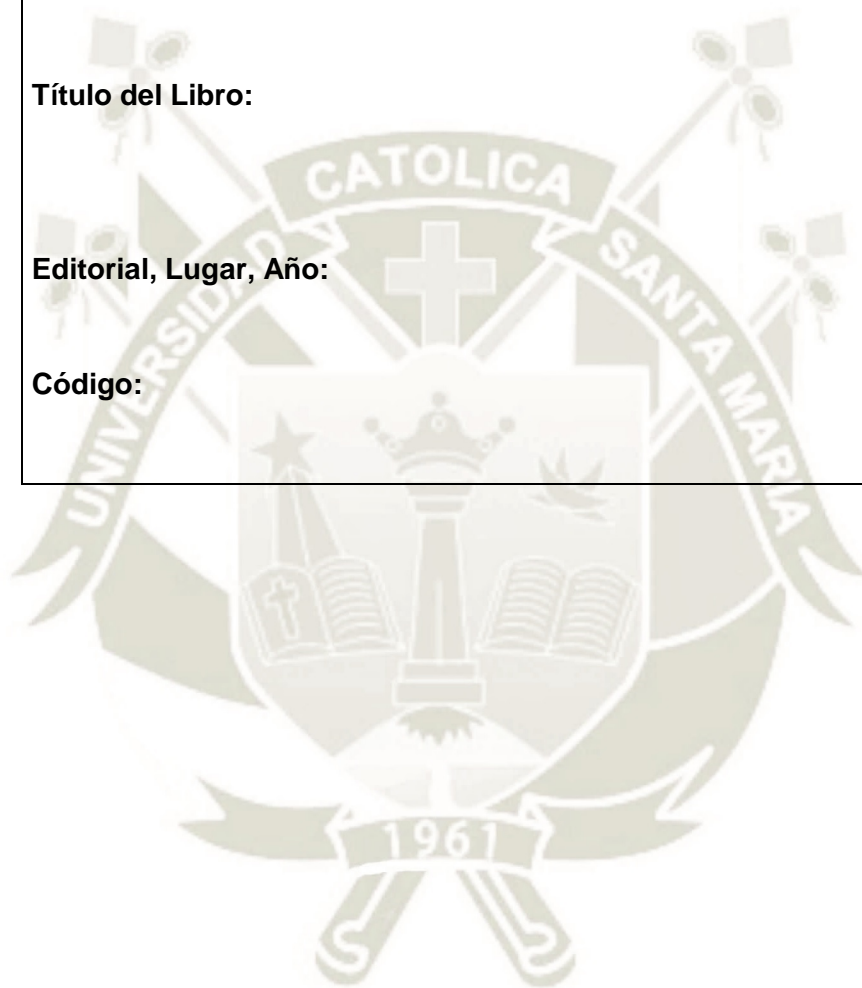
FICHA BIBLIOGRÁFICA

Nombre del autor:

Título del Libro:

Editorial, Lugar, Año:

Código:



ANEXO Nº 2

FICHA DOCUMENTAL

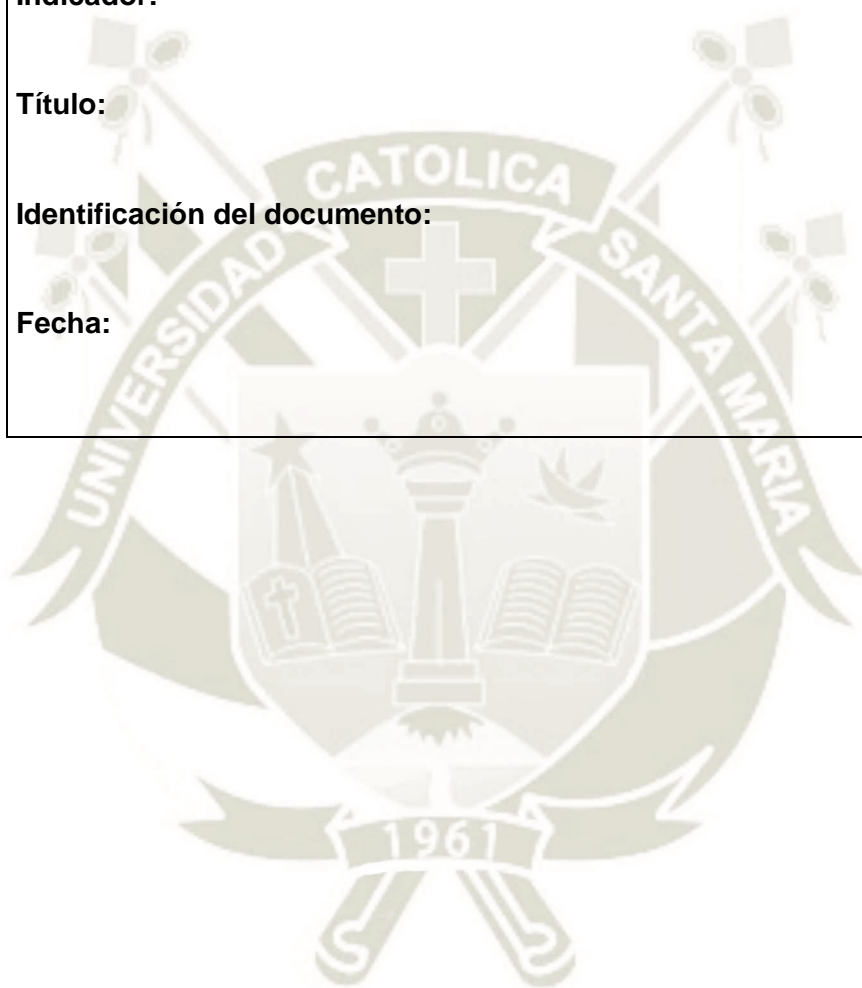
Nombre del autor:

Indicador:

Título:

Identificación del documento:

Fecha:



ANEXO Nº 3

FICHA DOCUMENTAL

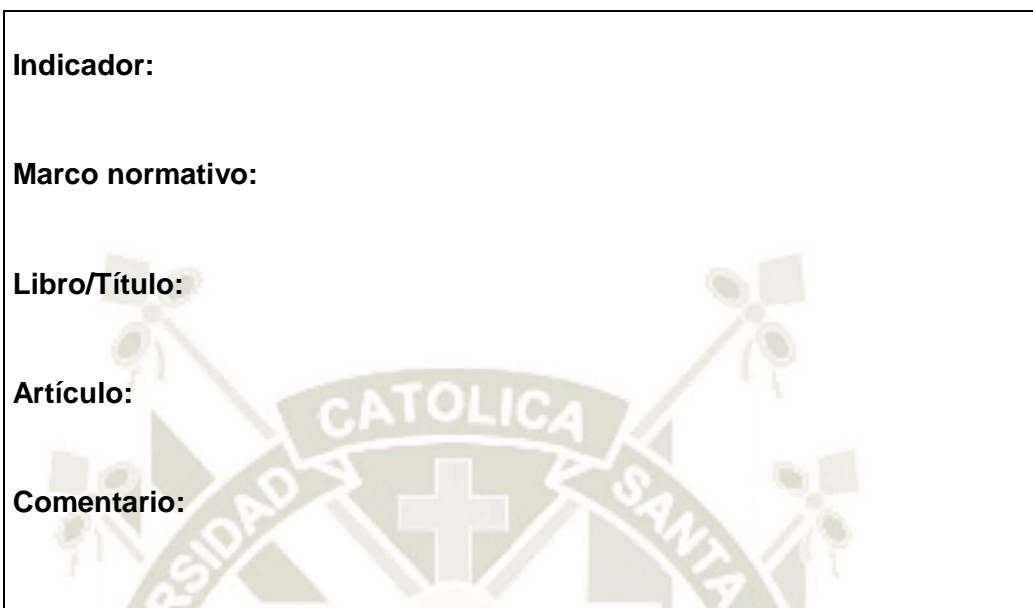
Indicador:

Marco normativo:

Libro/Título:

Artículo:

Comentario:

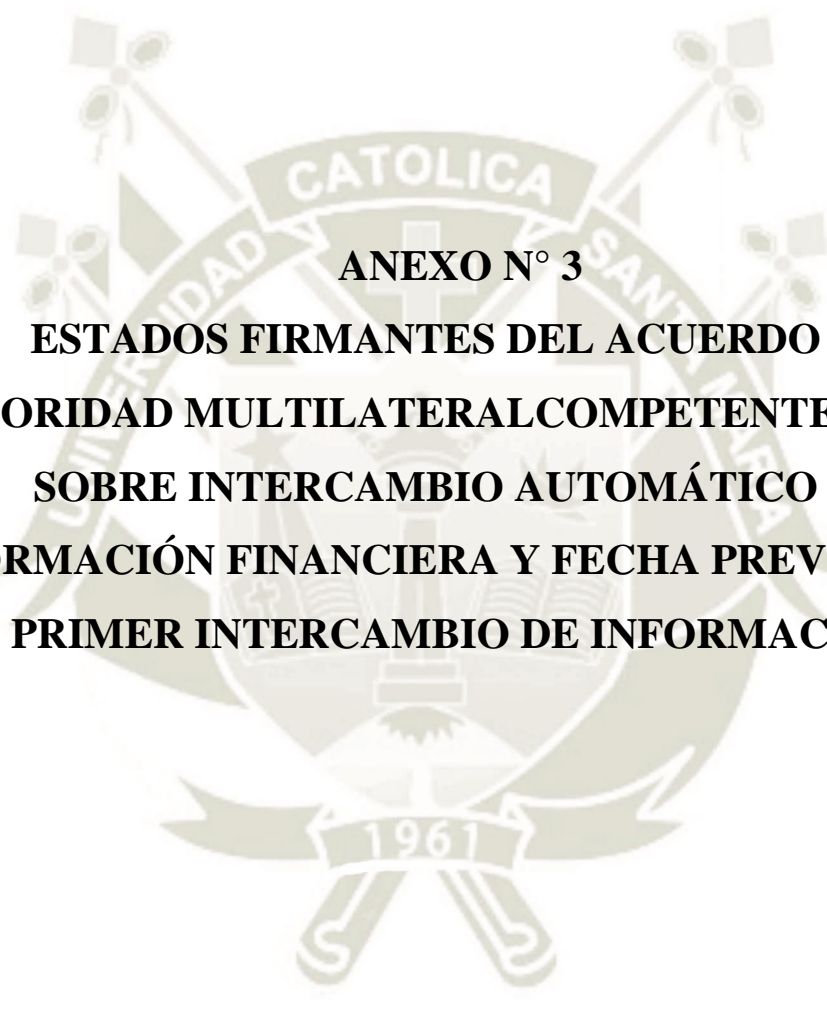




ANEXO N° 2
LISTA DE LOS 37 MIEMBROS DE LA OCDE Y FECHA
DE INCORPORACIÓN

MIEMBROS DE LA OCDE Y FECHA DE INCORPORACIÓN

	ESTADO	FECHA DE INCORPORACIÓN
1	Canadá	10 de abril de 1961
2	Estados Unidos	12 de abril de 1961
3	Reino Unido	2 de mayo de 1961
4	Dinamarca	30 de mayo de 1961
5	Islandia	5 de junio de 1961
6	Noruega	4 de julio de 1961
7	Turquía	2 de agosto de 1961
8	España	3 de agosto de 1961
9	Portugal	4 de agosto de 1961
10	Francia	7 de agosto de 1961
11	Irlanda	17 de agosto de 1961
12	Bélgica	13 de septiembre de 1961
13	Alemania	27 de septiembre de 1961
14	Grecia	27 de septiembre de 1961
15	Suecia	28 de septiembre de 1961
16	Suiza	28 de septiembre de 1961
17	Austria	29 de septiembre de 1961
18	Países Bajos	13 de noviembre de 1961
19	Luxemburgo	7 de diciembre de 1961
20	Italia	29 de marzo de 1962
21	Japón	28 de abril de 1964
22	Finlandia	28 de enero de 1969
23	Australia	7 de junio de 1971
24	Nueva Zelanda	29 de mayo de 1973
25	México	18 de mayo de 1994
26	República Checa	21 de diciembre de 1995
27	Hungría	7 de mayo de 1996
28	Polonia	22 de noviembre de 1996
29	Corea del Sur	12 de diciembre de 1996
30	Eslovaquia	14 de diciembre de 2000
31	Chile	7 de mayo de 2010
32	Eslovenia	21 de julio de 2010
33	Israel	7 de septiembre de 2010
34	Estonia	9 de diciembre de 2010
35	Letonia	1 de julio de 2016
36	Lituania	3 de mayo de 2018
37	Colombia	30 de mayo de 2018



ANEXO N° 3
ESTADOS FIRMANTES DEL ACUERDO DE
AUTORIDAD MULTILATERAL COMPETENTE (MCAA)
SOBRE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE
INFORMACIÓN FINANCIERA Y FECHA PREVISTA DEL
PRIMER INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

**SIGNATORIES OF THE MULTILATERAL COMPETENT AUTHORITY AGREEMENT
ON AUTOMATIC EXCHANGE OF FINANCIAL ACCOUNT INFORMATION AND
INTENDED FIRST INFORMATION EXCHANGE DATE**

Status as of 29 October 2018

JURISDICTION FROM WHICH THE COMPETENT AUTHORITY IS FROM	INTENDED FIRST INFORMATION EXCHANGE BY: (ANNEX F TO THE AGREEMENT)
1. ALBANIA	September 2018
2. ANDORRA	September 2018
3. ANGUILLA	September 2017
4. ANTIGUA AND BARBUDA	September 2018
5. ARGENTINA	September 2017
6. ARUBA	September 2018
7. AUSTRALIA	September 2018
8. AUSTRIA	September 2018
9. AZERBAIJAN	September 2018
10. BAHAMAS	September 2018
11. BAHRAIN	September 2018
12. BARBADOS	September 2017
13. BELGIUM	September 2017
14. BELIZE	September 2018
15. BERMUDA	September 2017
16. BRAZIL	September 2018
17. BRITISH VIRGIN ISLANDS	September 2017
18. BULGARIA	September 2017
19. CANADA	September 2018
20. CAYMAN ISLANDS	September 2017
21. CHILE	September 2018
22. CHINA (PEOPLE'S REPUBLIC OF)	September 2018
23. COLOMBIA	September 2017
24. COOK ISLANDS	September 2018
25. COSTA RICA	September 2018
26. CROATIA	September 2017
27. CURAÇAO	September 2017
28. CYPRUS	September 2017
29. CZECH REPUBLIC	September 2017
30. DENMARK	September 2017

More information: www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/

**SIGNATORIES OF THE MULTILATERAL COMPETENT AUTHORITY AGREEMENT
ON AUTOMATIC EXCHANGE OF FINANCIAL ACCOUNT INFORMATION AND
INTENDED FIRST INFORMATION EXCHANGE DATE**

Status as of 29 October 2018

31. ECUADOR	September 2020
32. ESTONIA	September 2017
33. FAROE ISLANDS	September 2017
34. FINLAND	September 2017
35. FRANCE	September 2017
36. GERMANY	September 2017
37. GHANA	September 2018
38. GIBRALTAR	September 2017
39. GREECE	September 2017
40. GREENLAND	September 2017
41. GRENADA	September 2018
42. GUERNSEY	September 2017
43. HONG KONG, CHINA	September 2018
44. HUNGARY	September 2017
45. ICELAND	September 2017
46. INDIA	September 2017
47. INDONESIA	September 2018
48. IRELAND	September 2017
49. ISRAEL	September 2018
50. ISLE OF MAN	September 2017
51. ITALY	September 2017
52. JAPAN	September 2018
53. JERSEY	September 2017
54. KAZAKHSTAN	September 2020
55. KOREA	September 2017
56. KUWAIT	September 2018
57. LATVIA	September 2017
58. LEBANON	September 2018
59. LIBERIA	September 2020
60. LIECHTENSTEIN	September 2017
61. LITHUANIA	September 2017
62. LUXEMBOURG	September 2017

More information: www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/

**SIGNATORIES OF THE MULTILATERAL COMPETENT AUTHORITY AGREEMENT
ON AUTOMATIC EXCHANGE OF FINANCIAL ACCOUNT INFORMATION AND
INTENDED FIRST INFORMATION EXCHANGE DATE**

Status as of 29 October 2018

63. MACAU, CHINA	September 2018
64. MALAYSIA	September 2018
65. MALTA	September 2017
66. MARSHALL ISLANDS	September 2018
67. MAURITIUS	September 2018
68. MEXICO	September 2017
69. MONACO	September 2018
70. MONTSERRAT	September 2017
71. NAURU	September 2018
72. NETHERLANDS	September 2017
73. NEW ZEALAND	September 2018
74. NIGERIA	September 2019
75. NIUE	September 2017
76. NORWAY	September 2017
77. PAKISTAN	September 2018
78. PANAMA	September 2018
79. POLAND	September 2017
80. PORTUGAL	September 2017
81. QATAR	September 2018
82. ROMANIA	September 2017
83. RUSSIAN FEDERATION	September 2018
84. SAINT KITTS AND NEVIS	September 2018
85. SAINT LUCIA	September 2018
86. SAINT VINCENT AND THE GRENADINES	September 2018
87. SAMOA	September 2018
88. SAN MARINO	September 2017
89. SAUDI ARABIA	September 2018
90. SEYCHELLES	September 2017
91. SINGAPORE	September 2018
92. SINT MAARTEN	September 2018
93. SLOVAK REPUBLIC	September 2017
94. SLOVENIA	September 2017

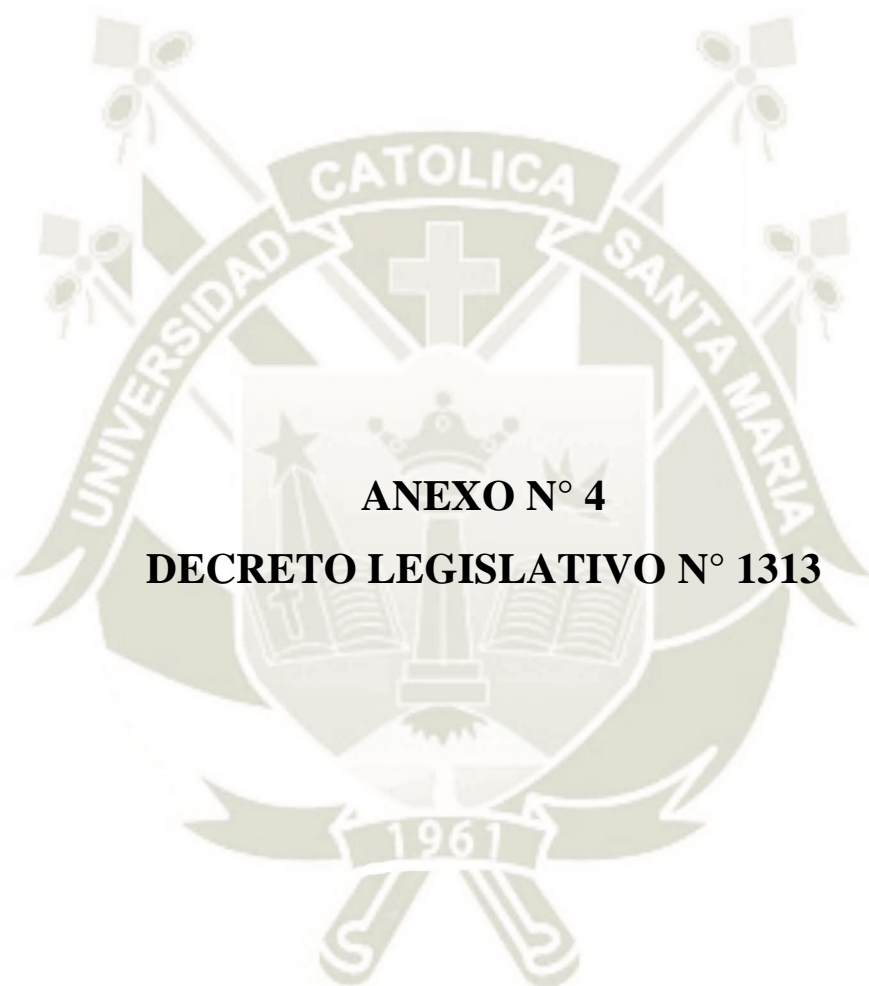
More information: www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/

**SIGNATORIES OF THE MULTILATERAL COMPETENT AUTHORITY AGREEMENT
ON AUTOMATIC EXCHANGE OF FINANCIAL ACCOUNT INFORMATION AND
INTENDED FIRST INFORMATION EXCHANGE DATE**

Status as of 29 October 2018

95. SOUTH AFRICA	September 2017
96. SPAIN	September 2017
97. SWEDEN	September 2017
98. SWITZERLAND	September 2018
99. TURKEY	September 2018
100. TURKS & CAICOS ISLANDS	September 2017
101. UNITED ARAB EMIRATES	September 2018
102. UNITED KINGDOM	September 2017
103. URUGUAY	September 2018
104. VANUATU	September 2018

More information: www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/



ANEXO N° 4

DECRETO LEGISLATIVO N° 1313

611578

NORMAS LEGALES

Sábado 31 de diciembre de 2016 / El Peruano

de información tributaria con la autoridad competente de otro Estado prevista en los tratados internacionales o en las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, observando las reglas de confidencialidad y de seguridad informática señaladas en los mismos.

La información mínima que debe contener cada una de las declaraciones juradas informativas a que se refiere este artículo se señalará en el reglamento.

La SUNAT podrá establecer la forma, plazo y condiciones en que se presentan las referidas declaraciones juradas informativas, y podrá exceptuar de la obligación de presentar dichas declaraciones. La SUNAT no podrá exceptuar de la obligación de presentar la declaración jurada informativa Reporte Local en los casos en los que el valor de mercado, tratándose de la enajenación de bienes, sea inferior al costo computable.

La documentación e información que respalde dichas declaraciones juradas informativas, según corresponda, debe ser conservada por los contribuyentes, debidamente traducida al idioma castellano, si fuera el caso, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción, el que fuera mayor, de conformidad con el numeral 7 del artículo 87° del Código Tributario."

Artículo 4. Incorporación del numeral 7 al inciso e) del artículo 32°-A de la Ley y del inciso i) al citado artículo

Incorpóranse el numeral 7 al inciso e) del artículo 32°-A de la Ley y el inciso i) al citado artículo, en los siguientes términos:

"Artículo 32°-A.- (...)

e) (...)

7) Otros métodos

Cuando por la naturaleza y características de las actividades y transacciones no resulte apropiada la aplicación de ninguno de los métodos anteriores, podrá acudirse a la aplicación de otros métodos, de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

(...)

i) Servicios

Sin perjuicio de los requisitos, limitaciones y prohibiciones dispuestos por esta Ley, tratándose de servicios sujetos al ámbito de aplicación del inciso a), el contribuyente debe cumplir el test de beneficio y proporcionar la documentación e información solicitada, como condiciones necesarias para la deducción del costo o gasto.

Se entiende que se cumple el test de beneficio cuando el servicio prestado proporciona valor económico o comercial para el destinatario del servicio, mejorando o manteniendo su posición comercial, lo que ocurre si partes independientes hubieran satisfecho la necesidad del servicio, ejecutándolo por sí mismas o a través de un tercero.

La documentación e información proporcionada debe evidenciar la prestación efectiva del servicio, la naturaleza del servicio, la necesidad real del servicio, los costos y gastos incurridos por el prestador del servicio, así como los criterios razonables de asignación de aquellos. En caso de cambiar de criterio de asignación, el contribuyente debe justificar la razón y/o necesidad de dicho cambio.

La deducción del costo o gasto por el servicio recibido, se determina sobre la base de la sumatoria de los costos y gastos incurridos por el prestador del servicio así como de su margen de ganancia.

A tal efecto, tratándose de servicios de bajo valor añadido, el referido margen no puede exceder el cinco por ciento (5%) de los costos y gastos incurridos por el prestador del servicio.

Se considera como servicios de bajo valor añadido aquellos que cumplen con las siguientes características: (i) tienen carácter auxiliar o de apoyo; (ii) no constituyen actividades principales del contribuyente o del grupo multinacional, según corresponda; (iii) no requieren el uso de intangibles únicos y valiosos, ni conducen a la creación

de intangibles únicos y valiosos; y (iv) no conllevan asumir o controlar un nivel alto o significativo de riesgo, ni generan un nivel de riesgo significativo para el proveedor del servicio.

El reglamento podrá señalar de manera referencial los servicios que califican como de bajo valor añadido y aquellos que no.

En todo caso, tanto el costo y gasto como el margen de ganancia se valoran conforme al análisis de comparabilidad del inciso d) y son susceptibles de los ajustes señalados en el inciso c)."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. Vigencia

El presente decreto legislativo entra en vigencia el 1 de enero de 2017.

Segunda. Obligaciones formales previstas en el inciso g) del artículo 32°-A de la Ley

La presentación de la declaración jurada informativa Reporte Local será exigible a partir del año 2017, mientras que la presentación de las declaraciones juradas informativas Reporte Maestro y Reporte País por País será exigible a partir del año 2018.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República

ALFONSO GRADOS CARRARO
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo
Encargado del Despacho de la Presidencia
del Consejo de Ministros

ALFREDO THORNE VETTER
Ministro de Economía y Finanzas

1469407-1

**DECRETO LEGISLATIVO
N° 1313**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que mediante Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el plazo de noventa (90) días calendario, la facultad de legislar para adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre el intercambio de información para fines tributarios, fiscalidad internacional, erosión de bases imponibles, precios de transferencia y combate contra la elusión tributaria; así como perfeccionar el marco normativo referido al secreto bancario y reserva tributaria para combatir la evasión y elusión tributaria y facilitar el cumplimiento de los acuerdos y compromisos internacionales, respetando los derechos, principios y procedimientos previstos en la Constitución Política del Perú;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y en ejercicio de las facultades delegadas de conformidad con el numeral a.7) del literal a) del inciso 1) del artículo 2 de la Ley N° 30506;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,
Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:



**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA
LEY N° 26702 - LEY GENERAL DEL SISTEMA
FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y
ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA
DE BANCA Y SEGUROS**

Artículo 1. Objeto

El presente decreto legislativo tiene por objeto modificar la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros a fin de perfeccionar el marco normativo referido al secreto bancario y reserva tributaria para combatir la evasión y elusión tributaria y facilitar el cumplimiento de los acuerdos y compromisos internacionales, respetando los derechos, principios y procedimientos previstos en la Constitución Política del Perú.

Artículo 2. Definición

Para efecto del presente decreto legislativo se entiende por Ley N° 26702, a la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y normas modificatorias.

Artículo 3. Modificación del primer párrafo del artículo 140 y del inciso 1 del artículo 143 de la Ley N° 26702

Modifícanse el primer párrafo del artículo 140 y el inciso 1 del artículo 143 de la Ley N° 26702, conforme con los siguientes textos:

“Artículo 140.- ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los Artículos 142, 143 y 143-A. (...).”

“Artículo 143.- LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO

El Secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por:

1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.

La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 10 del artículo 62 del Código Tributario, mediante escrito motivado puede solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario en cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina (CA) o en el ejercicio de sus funciones.

En estos casos, el Juez debe resolver dicha solicitud en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas contado desde la presentación de la solicitud.

Dicha información será proporcionada en la forma y condiciones que señale la SUNAT, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución judicial, pudiéndose excepcionalmente prorrogar por un plazo igual cuando medie causa justificada, a criterio del juez.

La información obtenida por la SUNAT solo puede ser utilizada para el cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o en las Decisiones de la Comisión de la CA o en el ejercicio de sus funciones. El incumplimiento de lo dispuesto en este párrafo será sancionado por las autoridades competentes como falta grave administrativa. (...).”

Artículo 4. Incorporación del artículo 143-A a la Ley N° 26702

Incorpórase como artículo 143-A de la Ley N° 26702, el siguiente texto:

“Artículo 143-A.- Información financiera suministrada a la SUNAT

Las empresas del sistema financiero, suministran a la SUNAT, información sobre operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, tratándose del cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CA.

La información mencionada en el párrafo anterior, será establecida por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

El uso no autorizado o ilegal de la información constituye falta grave administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.

La obligación de la confidencialidad de las personas con vínculo laboral o de otra naturaleza contractual con la SUNAT no se extingue al concluir dicho vínculo.

La SUNAT requerirá la información directamente a las empresas del sistema financiero.

En ningún caso la información requerida detalla movimientos de cuenta de las operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes ni excede lo dispuesto en el presente artículo; de ser así, la información debe ser requerida por el juez a solicitud motivada de la SUNAT de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 143 de la presente ley.”

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
MODIFICATORIAS**

Primera. Modificación del primer párrafo del inciso c) del artículo 11; del párrafo 12.3 del artículo 12 y del párrafo 13.1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1264

Modifícanse el primer párrafo del inciso c) del artículo 11; el párrafo 12.3 del artículo 12 y el párrafo 13.1 del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1264, conforme a los siguientes textos:

“Artículo 11.- (...)

c) Las personas naturales que a partir del año 2009 hayan tenido o que al momento del acogimiento al Régimen tengan la calidad de funcionario público. Esta exclusión también se aplicará a su cónyuge, concubino(a) o pariente hasta el primer grado de consanguinidad y primer grado de afinidad. (...).”

“Artículo 12.- (...)

12.3 Tampoco procederá el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público por el delito de lavado de activos cuando el origen de las rentas no declaradas acogidas al Régimen se derive de delitos tributarios y/o aduaneros, respecto de los cuales no se ha iniciado la acción o comunicación a que se refiere el párrafo anterior. (...).”

“Artículo 13.- (...)

13.1 Los bienes y/o derechos declarados conforme al inciso a) del párrafo 9.1 del artículo 9, que se encuentren a nombre de interpósita persona, sociedad o entidad, deberán ser transferidos a nombre del sujeto que se acoga al Régimen, previamente al acogimiento. Para efectos del impuesto a la renta, dicha transferencia no se considerará enajenación. (...).”

Segunda. Incorporación de un segundo párrafo al inciso b) del párrafo 9.1 del artículo 9 y del párrafo 12.4 al artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1264

Incorpórese un segundo párrafo al inciso b) del párrafo 9.1 del artículo 9 y el párrafo 12.4 al artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1264, conforme a los siguientes textos:

“Artículo 9.- Acogimiento

9.1 (...)

611580

NORMAS LEGALES

Sábado 31 de diciembre de 2016 / El Peruano

b) (...)

El requisito a que se refiere este inciso también resulta aplicable cuando las rentas no declaradas correspondan a periodos prescritos.
(...)"

"Artículo 12.- (...)

12.4 No será de aplicación lo previsto en los párrafos anteriores respecto de la parte de la información declarada referida a los bienes, derechos y dinero, o rentas no declaradas que el contribuyente no sustente, en caso la SUNAT le requiera dicho sustento. Lo antes señalado no genera derecho a devolución del importe pagado conforme al presente decreto legislativo. La SUNAT tendrá el plazo de un año, contado desde el 1 de enero de 2018, para requerir la información relacionada a los requisitos para el acogimiento al Régimen."

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República

ALFONSO GRADOS CARRARO
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo
Encargado del Despacho de la Presidencia
del Consejo de Ministros

ALFREDO THORNE VETTER
Ministro de Economía y Finanzas

1469407-2

DECRETO LEGISLATIVO N° 1314

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República mediante Ley N.° 30506 y de conformidad con el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, ha delegado en el Poder Ejecutivo, por un plazo de noventa (90) días calendario, la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de emitir normas que regulen o faciliten el desarrollo de actividades comerciales en los tres niveles de gobierno;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y en ejercicio de las facultades delegadas de conformidad con el inciso h) del numeral 1) del artículo 2 de la Ley N° 30506;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;
Ha dado el decreto legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE FACULTA A LA SUNAT A ESTABLECER QUE SEAN TERCEROS QUIENES EFECTÚEN LABORES RELATIVAS A LA EMISIÓN ELECTRÓNICA DE COMPROBANTES DE PAGO Y OTROS DOCUMENTOS

Artículo único.- Facultan a la SUNAT a establecer que sean terceros quienes efectúen la comprobación material en el sistema de emisión electrónica

1. En caso la SUNAT considere necesario que se compruebe de manera informática el cumplimiento de los aspectos esenciales para que se considere emitido el documento electrónico que sirve de soporte

a los comprobantes de pago electrónicos, a los documentos relacionados directa o indirectamente a esos comprobantes y a cualquier otro documento que se emita en el sistema de emisión electrónica; dicha entidad se encuentra facultada a establecer que sean terceros quienes efectúen esa comprobación con carácter definitivo, previa inscripción en el Registro de Operadores de Servicios Electrónicos.

2. Para efecto del numeral anterior:

a) La SUNAT establece los requisitos para que los sujetos sean inscritos en el Registro de Operadores de Servicios Electrónicos y las obligaciones de estos; y,

b) El emisor electrónico puede determinar a cuál(es) de los sujetos que esté(n) inscrito(s) en el aludido registro contrata para que se encargue(n) de realizar la comprobación respectiva.

3. Si el sistema de emisión electrónica a que se refiere el numeral 1 es el único que se adapta a la operatividad de determinados emisores, a los sujetos inscritos en el Registro de Operadores de Servicios Electrónicos según el numeral anterior se les extiende la obligación de guardar la reserva tributaria de la información calificada como tal según el Código Tributario –cuyo último texto único ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N.° 133-2013-EF y normas modificatorias–, a la que accedan según la presente disposición, quienes no pueden utilizarla para sus fines propios, ni siquiera si han sido retirados de aquel registro. Lo señalado no impide que, con permiso expreso del emisor electrónico, esos sujetos remitan los documentos que este emita a otros o divulgue esa información.

4. El sujeto que incumpla las obligaciones establecidas en la presente disposición o las que, al amparo de esa disposición, señale la SUNAT será sancionado por esta con el retiro del Registro de Operadores de Servicios Electrónicos por un plazo de 3 años, contado desde la fecha en que se realice el retiro o una multa de 25 UIT, de acuerdo a los criterios que señale. A ambas sanciones se les puede aplicar lo dispuesto en el artículo 166 del Código Tributario.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Vigencia

El presente decreto legislativo entra en vigencia desde el día siguiente de su publicación.

Segunda.- De la Contratación de los Operadores de Servicios Electrónicos

Autorícese excepcionalmente y hasta el 31 de diciembre del 2018, a las Entidades que se encuentren bajo el ámbito de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a contratar terceros inscritos en el Registro de Operadores de Servicios Electrónicos que tendrán a su cargo la comprobación informática a que se refiere el numeral 1 del artículo único del presente decreto legislativo, a través del procedimiento de selección de comparación de precios regulada en la referida Ley y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2915-EF, con independencia del monto de la contratación.

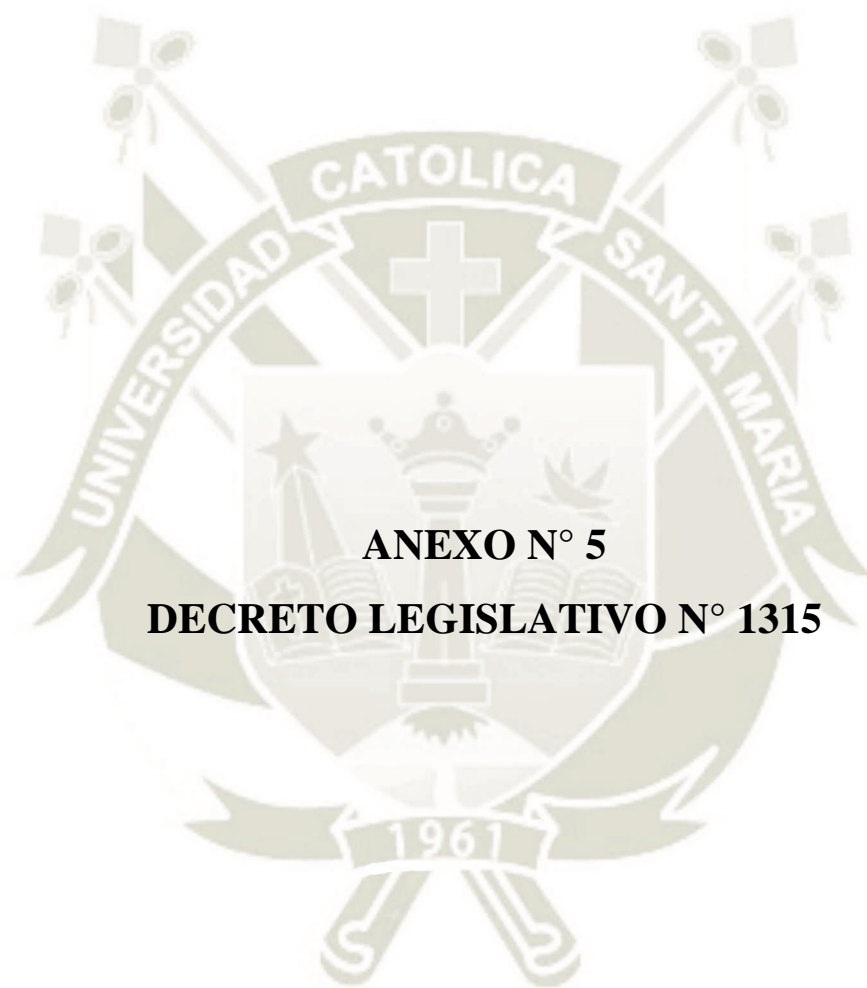
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única.- Condición para que el sistema de emisión electrónico en el que participe el OSE sea obligatorio

El sistema de emisión electrónica a que se refiere el numeral 1 del artículo único podrá ser un sistema de uso obligatorio cuando se hayan inscrito al menos tres (3) sujetos en el Registro de Operadores de Servicios Electrónicos que brinden el servicio a nivel nacional.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.



ANEXO N° 5
DECRETO LEGISLATIVO N° 1315

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República

ALFONSO GRADOS CARRARO
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo
Encargado del Despacho de la Presidencia
del Consejo de Ministros

ALFREDO THORNE VETTER
Ministro de Economía y Finanzas

1469407-3

**DECRETO LEGISLATIVO
N° 1315**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que mediante Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el plazo de noventa (90) días calendario, la facultad de legislar para adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre el intercambio de información para fines tributarios, fiscalidad internacional, erosión de bases imponibles, precios de transferencia y combate contra la elusión tributaria;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y en ejercicio de las facultades delegadas de conformidad con el numeral a.7) del literal a) del inciso 1) del artículo 2 de la Ley N° 30506; Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA
EL CÓDIGO TRIBUTARIO**

Artículo 1. Objeto

El presente decreto legislativo tiene por objeto modificar el Código Tributario aprobado mediante Decreto Legislativo N° 816 cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF y normas modificatorias a fin de adecuar sus disposiciones.

Artículo 2. Definición

Para efecto del presente decreto legislativo se entenderá por Código Tributario al aprobado mediante Decreto Legislativo N° 816 cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF y normas modificatorias.

Artículo 3. Modificación del título del Libro Segundo; del artículo 50°; del último párrafo del numeral 7 y del numeral 10 del artículo 62°; del segundo párrafo del artículo 77°; del encabezado, del primer párrafo del numeral 7 y de los numerales 8 y 14 del artículo 87°; del encabezado del artículo 92°; del primer párrafo del artículo 96°; del numeral 1 y del primer párrafo del numeral 5 del artículo 101°; del numeral 1 del artículo 133°; de los numeral 7 y 8 del artículo 175°; de los numerales 2 y 15 del artículo 177° y del sexto párrafo del inciso b) del segundo párrafo del artículo 180° del Código Tributario

Modifícanse el título del Libro Segundo, el artículo 50°; el último párrafo del numeral 7 y el numeral 10 del artículo 62°; el segundo párrafo del artículo 77°; el encabezado; el primer párrafo del numeral 7 y los numerales 8 y 14 del artículo 87°; el encabezado del artículo 92°; el primer

párrafo del artículo 96°; el numeral 1 y el primer párrafo del numeral 5 del artículo 101°; el numeral 1 del artículo 133°; los numerales 7 y 8 del artículo 175°; los numerales 2 y 15 del artículo 177° y el sexto párrafo del inciso b) del segundo párrafo artículo 180° del Código Tributario, en los siguientes términos:

**“LIBRO SEGUNDO
LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, LOS
ADMINISTRADOS Y LA ASISTENCIA
ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA”**

“Artículo 50°.- COMPETENCIA DE LA SUNAT

La SUNAT es competente para la administración de tributos internos y de los derechos arancelarios, así como para la realización de las actuaciones y procedimientos que corresponda llevar a cabo a efecto de prestar y solicitar la asistencia administrativa mutua en materia tributaria.”

“Artículo 62°.- FACULTAD DE FISCALIZACIÓN

(...)

7. (...)

En el caso de libros, archivos, documentos, registros en general y soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información, si el interesado no se apersona para efectuar el retiro respectivo, la Administración Tributaria conservará la documentación solicitada cinco (5) años o durante el plazo prescripción del tributo, el que fuera mayor. Transcurrido el citado plazo podrá proceder a la destrucción de dichos documentos.

(...)

10. Solicitar información a las Empresas del Sistema Financiero sobre:

a) Operaciones pasivas con sus clientes, respecto de deudores tributarios sujetos a un procedimiento de fiscalización de la Administración Tributaria, incluidos los sujetos con los que estos guarden relación y que se encuentren vinculados con los hechos investigados.

La información a que se refiere el párrafo anterior deberá ser requerida por el juez a solicitud de la Administración Tributaria. La solicitud deberá ser motivada y resuelta en el término de cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad. Dicha información será proporcionada en la forma y condiciones que señale la Administración Tributaria, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución judicial, pudiéndose excepcionalmente prorrogar por un plazo igual cuando medie causa justificada, a criterio del juez.

Tratándose de la información financiera que la SUNAT requiera para intercambiar información en cumplimiento de lo acordado en los convenios internacionales se proporcionará teniendo en cuenta lo previsto en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, o norma que la sustituya, y podrá ser utilizada para el ejercicio de sus funciones.

b) Las demás operaciones con sus clientes, las mismas que deberán ser proporcionadas en la forma, plazo y condiciones que señale la Administración Tributaria.

La información a que se refiere el presente numeral también deberá ser proporcionada respecto de los beneficiarios finales.

(...)

**“Artículo 77°.- REQUISITOS DE LAS
RESOLUCIONES DE DETERMINACIÓN Y DE MULTA**

(...)

Tratándose de las Resoluciones de Multa, contendrán necesariamente los requisitos establecidos en los numerales 1 y 7, así como la referencia a la infracción, el monto de la multa y los intereses. Las multas que se calculen conforme al inciso d) del artículo 180° y que se notifiquen como resultado de un procedimiento de fiscalización parcial deberán contener los aspectos que han sido revisados. En el caso de Resoluciones de Multa emitidas por la SUNAT por el incumplimiento de las

obligaciones establecidas en el artículo 87° vinculadas a la normativa de asistencia administrativa mutua en materia tributaria, estas deben señalar, en lugar de lo dispuesto en el numeral 1, a los administrados que deben cumplir con dichas obligaciones.

(...)"

"Artículo 87°.- OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADOS

Los administrados están obligados a facilitar las labores de fiscalización y determinación que realice la Administración Tributaria, incluidas aquellas labores que la SUNAT realice para prestar y solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria, y en especial deben:

(...)

7. Almacenar, archivar y conservar los libros y registros, llevados de manera manual, mecanizada o electrónica, así como los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con ellas, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor. El plazo de cinco (5) años se computa a partir del uno (1) de enero del año siguiente a la fecha de vencimiento de la presentación de la declaración de la obligación tributaria correspondiente. Tratándose de los pagos a cuenta del impuesto a la renta, el plazo de cinco años se computa considerando la fecha de vencimiento de la declaración anual del citado impuesto.

(...)

8. Mantener en condiciones de operación los sistemas de programas electrónicos, soportes magnéticos y otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible, cinco (5) años o durante el plazo prescripción del tributo, el que fuera mayor, debiendo comunicar a la Administración Tributaria cualquier hecho que impida cumplir con dicha obligación a efectos que la misma evalúe dicha situación.

La comunicación a que se refiere el párrafo anterior debe realizarse en el plazo de quince (15) días hábiles de ocurrido el hecho.

El cómputo del plazo de cinco (5) años se efectúa conforme a lo establecido en el numeral 7.

(...)

14. Comunicar a la SUNAT si tienen en su poder bienes, valores y fondos, depósitos, custodia y otros, así como los derechos de crédito cuyos titulares sean aquellos sujetos en cobranza coactiva que la SUNAT les indique. Para dicho efecto mediante Resolución de Superintendencia se designará a los sujetos obligados a proporcionar dicha información, así como la forma, plazo y condiciones en que deben cumplirla."

"Artículo 92°.- DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

Los administrados tienen derecho, entre otros a:

(...)"

"Artículo 96°.- OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL Y OTROS

Los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, los funcionarios y servidores públicos, notarios, fedatarios y martilleros públicos, comunicarán y proporcionarán a la Administración Tributaria la información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias y adicionalmente, en el caso de la SUNAT, aquella necesaria para prestar y solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria, de la que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo a las condiciones que establezca la Administración Tributaria.

(...)"

"Artículo 101°.- FUNCIONAMIENTO Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL

(...)

1. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de la Administración Tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra Ordenes de Pago, Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; así como contra las Resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones a ESSALUD y a la ONP.

También podrá conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de Multa que se apliquen por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

(...)

5. Atender las quejas que presenten los administrados contra la Administración Tributaria, cuando existan actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código; las que se interpongan de acuerdo con la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como las demás que sean de competencia del Tribunal Fiscal conforme al marco normativo aplicable."

(...)"

"Artículo 133°.- ÓRGANOS COMPETENTES

(...)

1. La SUNAT respecto a los tributos que administre y a las Resoluciones de Multa que se apliquen por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

(...)"

"Artículo 175°.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR LIBROS Y/O REGISTROS O CONTAR CON INFORMES U OTROS DOCUMENTOS

(...)

7. No conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con éstas, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.

8. No conservar los sistemas o programas electrónicos de contabilidad, los soportes magnéticos, los microarchivos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.

(...)"

"Artículo 177°.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN, INFORMAR Y COMPARECER ANTE LA MISMA

(...)

2. Ocultar o destruir bienes, libros y registros contables, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones que estén relacionadas con hechos susceptibles de generar las obligaciones tributarias, antes de los cinco (5) años o de que culmine el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.

(...)

15. No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria, en las condiciones que esta establezca, la información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o aquella necesaria para el cumplimiento de la normativa sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, que tenga conocimiento en el ejercicio de la función notarial o pública.

(...)"

"Artículo 180°. - TIPOS DE SANCIONES

(...)
b)
(...)"

Quando el deudor tributario haya presentado la Declaración Jurada Anual o declaraciones juradas mensuales, pero no consigne o declare cero en los campos o casillas de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables y no gravables o rentas netas o ingresos netos; o cuando no se encuentra obligado a presentar la Declaración Jurada Anual o las declaraciones mensuales; o cuando hubiera iniciado operaciones en el ejercicio en que se cometió o detectó la infracción; o cuando hubiera iniciado operaciones en el ejercicio anterior y no hubiera vencido el plazo para la presentación de la Declaración Jurada Anual; o cuando se trate de sujetos que no generan ingresos e incumplen con las obligaciones vinculadas a la asistencia administrativa mutua en materia tributaria; se aplicará una multa equivalente al cuarenta por ciento (40%) de la UIT.

(...)"

Artículo 4. Incorporaciones del cuarto y quinto párrafos de la Norma II y del tercer párrafo de la Norma XI del Título Preliminar, del segundo párrafo del artículo 55°, del quinto párrafo del artículo 62°, del numeral 15 del artículo 87°, del Título VIII al Libro Segundo y de la septuagésimo cuarta Disposición Final del Código Tributario

Incorpóranse el cuarto y quinto párrafos de la Norma II y el tercer párrafo de la Norma XI del Título Preliminar, el segundo párrafo del artículo 55°, el quinto párrafo del artículo 62°, el numeral 15 del artículo 87°, el Título VIII al Libro Segundo y la septuagésimo cuarta Disposición Final del Código Tributario, en los siguientes términos:

"Norma II: ÁMBITO DE APLICACIÓN

(...)"

El presente Código también es de aplicación para las actuaciones y procedimientos que deba llevar a cabo la SUNAT o que deban cumplir los administrados, conforme a la normativa sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, la cual incluye sus recomendaciones y estándares internacionales.

Para dicho efecto se entiende por asistencia administrativa mutua en materia tributaria a aquella establecida en los convenios internacionales."

"Norma XI: PERSONAS SOMETIDAS AL CÓDIGO TRIBUTARIO Y DEMÁS NORMAS TRIBUTARIAS

(...)"

Igualmente, se aplican las disposiciones de este Código y demás normas tributarias a los sujetos, comprendidos o no en los párrafos anteriores, cuando la SUNAT deba prestar asistencia administrativa mutua en materia tributaria a la autoridad competente. Para tal efecto, cuando en el presente Código se haga referencia a la "autoridad competente", se entenderá a aquella del otro Estado con el que el Perú tiene un convenio internacional que incluya asistencia administrativa mutua en materia tributaria."

"Artículo 55°. - FACULTAD DE RECAUDACIÓN

(...)"

Tratándose de la SUNAT lo dispuesto en el párrafo anterior alcanza a la recaudación que se realiza en aplicación de la asistencia en el cobro a que se refiere el Título VIII del Libro Segundo, así como a la recaudación de las sanciones de multa por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 176° y 177° derivadas del incumplimiento de las obligaciones vinculadas a la asistencia administrativa mutua en materia tributaria."

"Artículo 62°. - FACULTAD DE FISCALIZACIÓN

(...)"

Tratándose de la SUNAT, la facultad a que se refiere el presente artículo es de aplicación, adicionalmente, para

realizar las actuaciones y procedimientos para prestar y solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria, no pudiendo ninguna persona o entidad, pública o privada, negarse a suministrar la información que para dicho efecto solicite la SUNAT."

"Artículo 87°. - OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADOS

(...)"

15. Permitir que la SUNAT realice las acciones que corresponda a las diversas formas de asistencia administrativa mutua, para lo cual los administrados deben:

15.1 Presentar o exhibir, en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados, según señale la Administración, las declaraciones, informes, libros de actas, registros y libros contables y cualquier documento, en la forma, plazos y condiciones en que sean requeridos así como sus respectivas copias, las cuales deben ser refrendadas por el sujeto o por su representante legal; y de ser el caso, realizar las aclaraciones que le soliciten.

Esta obligación incluye la de proporcionar los datos necesarios para conocer los programas y los archivos en medios magnéticos o de cualquier otra naturaleza.

15.2 Concurrir a las oficinas de la SUNAT, cuando su presencia sea requerida, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 62°, para efecto de esclarecer o proporcionar la información que le sea solicitada en cumplimiento de la normativa de asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

15.3 Presentar a la SUNAT las declaraciones informativas para el cumplimiento de la asistencia administrativa mutua, en la forma, plazo y condiciones que esta establezca mediante Resolución de Superintendencia. La obligación a que se refiere el presente numeral incluye a las personas jurídicas, entes jurídicos y la información que se establezca mediante decreto supremo.

En el caso de las Empresas del Sistema Financiero nacional y otras entidades, deberán presentar periódicamente la información sobre las cuentas y los datos de identificación de sus titulares referentes a nombre, denominación o razón social, nacionalidad, residencia, fecha y lugar de nacimiento o constitución y domicilio, entre otros datos, conforme a lo que se establezca en el Decreto Supremo a que se refiere el artículo 143-A de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Lo señalado en el presente numeral comprende la información de la identidad y de la titularidad del beneficiario final conforme a lo que se establezca por Decreto Supremo.

Mediante decreto supremo se podrá establecer las normas complementarias para la mejor aplicación de lo dispuesto en el presente numeral."

**"LIBRO SEGUNDO
LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, LOS
ADMINISTRADOS Y LA ASISTENCIA
ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA**

(...)"

TÍTULO VIII

**ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA
EN MATERIA TRIBUTARIA**

Artículo 102°-A.- FORMAS DE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA

La SUNAT presta y solicita asistencia administrativa mutua en materia tributaria a la autoridad competente según lo señalado en los convenios internacionales y de manera complementaria, de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código.

La SUNAT proporciona la información solicitada, aun cuando carezca de interés fiscal y asume que la información solicitada por la autoridad competente

611584

NORMAS LEGALES

Sábado 31 de diciembre de 2016 /  El Peruano

es relevante para los fines tributarios del convenio internacional.

La asistencia administrativa comprende las siguientes formas:

a) Intercambio de información, que puede ser a solicitud, espontánea y automática. También puede realizarse por medio de fiscalizaciones simultáneas y en el extranjero.

b) Asistencia en el cobro de deuda tributaria incluyendo el establecimiento de medidas cautelares.

c) Notificación de documentos.

La SUNAT para efecto de solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria se dirige a la autoridad competente, considerando los plazos de prescripción previstos en el artículo 43°.

La información o documentación que la autoridad competente proporcione en el marco de la asistencia administrativa mutua en materia tributaria puede ser utilizada por la SUNAT como medio probatorio para efecto de los procedimientos tributarios o procesos judiciales, salvo disposición en contrario.

Artículo 102°-B.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN - ASPECTOS GENERALES

a) La información a que se refiere el artículo 85° es materia de intercambio con la autoridad competente.

b) La información presentada por las empresas del sistema financiero nacional, conforme a lo dispuesto en el numeral 15.3 del artículo 87°, es materia de intercambio con la autoridad competente.

c) La transferencia de la información, que realice la SUNAT a la autoridad competente, que corresponda a información calificada como datos personales por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, está comprendida dentro de la autorización legal a que se refiere el numeral 1 del artículo 14° de la citada ley.

d) La información que otro Estado proporcione a la SUNAT en virtud del intercambio de información debe ser utilizada para sus fines como administración tributaria, conforme a su competencia.

e) Para efecto de la notificación de los documentos necesarios para obtener la información a intercambiar se considera que la mención a deudor tributario que se realiza en los artículos 104° y 105° incluye a aquellos sujetos a los que se les requiere información con solo el fin de atender las obligaciones derivadas de la normativa de asistencia administrativa mutua tributaria.

En caso que el sujeto o tercero del cual se deba obtener la información no hubiera o no se encuentre obligado a fijar domicilio fiscal, se considera como tal, para efecto de la aplicación del artículo 104°, a aquel domicilio informado por la autoridad competente, siempre que la dirección exista.

Lo dispuesto en el presente inciso también es de aplicación para efecto de lo dispuesto en los demás artículos del presente título.

f) La SUNAT no se encuentra obligada a solicitar información a la autoridad competente, a solicitud de un administrado.

Artículo 102°-C.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN A SOLICITUD

La SUNAT proporciona la información tributaria y la documentación de soporte, con la que cuente, a la autoridad competente que lo solicite teniendo en cuenta, de ser el caso, lo dispuesto en los convenios internacionales.

Si la SUNAT no tiene la información solicitada, aplica las facultades previstas en el artículo 62° para requerir tanto dicha información como la documentación que la soporte, directamente al sujeto respecto del cual se debe proporcionar la información o a un tercero.

Artículo 102°-D.- INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN

La SUNAT comunica periódicamente, mediante intercambio automático, a la autoridad competente, la

información y los datos que se acuerden en los convenios internacionales.

Esta forma de intercambio incluye al intercambio automático de información financiera.

Artículo 102°-E.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ESPONTÁNEO

La SUNAT puede intercambiar información de manera espontánea cuando obtuviera información que considere que sea de interés para la autoridad competente.

Artículo 102°-F.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN MEDIANTE FISCALIZACIONES SIMULTÁNEAS Y EN EL EXTRANJERO

En aplicación de los convenios internacionales, la SUNAT puede acordar, con una o más autoridades competentes, examinar simultáneamente, cada una en su propio territorio y aplicando su normativa interna, la situación fiscal de un(os) sujeto(s), con la finalidad de intercambiar información relevante. Para tal efecto, puede acordar con las referidas autoridades los lineamientos y las acciones de fiscalización a realizar.

También puede acordar que en la fiscalización se encuentren presentes los representantes de la autoridad competente.

Artículo 102°-G.- ASISTENCIA EN EL COBRO Y ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES

Cuando la SUNAT en virtud de los convenios internacionales, deba prestar asistencia en el cobro de las deudas tributarias a la autoridad competente, se aplica:

a) Lo dispuesto en el artículo 55°.

b) Las disposiciones referidas al pago de la deuda tributaria, considerando:

i. Como deuda tributaria, para efecto del artículo 28°, al monto del tributo o de la multa por infracciones tributarias que conste en el documento remitido por la autoridad competente y los intereses comunicados por la citada autoridad.

ii. Como medios de pago aplicables, a los establecidos en los incisos a), b), d) y e) del artículo 32°.

iii. En el caso de aquel sujeto obligado al pago de la deuda remitida por la autoridad competente, que a su vez es contribuyente o responsable de tributos administrados por la SUNAT, como lugar de pago a aquellos establecidos para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con la SUNAT y como formulario a aquel que esta regule a través de resolución de superintendencia.

iv. En el caso de aquel sujeto que no tuviera la condición de contribuyente o responsable por tributos administrados por la SUNAT, los medios de pago establecidos en los incisos a), b), d) y e) del artículo 32° y como lugar de pago y formulario a utilizar al que para tal efecto se establezca mediante resolución de superintendencia.

c) La asistencia en el cobro por la SUNAT se inicia con una notificación de una Resolución de Ejecución Coactiva al sujeto obligado del monto de la deuda tributaria a su cargo, a fin de que cumpla con realizar el pago en el plazo de siete días hábiles siguientes a la fecha de notificación. Previamente, la SUNAT debe haber notificado el documento remitido por la autoridad competente donde conste la deuda tributaria.

d) Vencido el plazo señalado en el inciso anterior, la SUNAT procederá a ejercer las acciones de cobranza coactiva, para efecto de lo cual el Ejecutor Coactivo a que se refiere el artículo 114° estará facultado a aplicar las disposiciones del Título II del Libro Tercero del presente Código, sus normas reglamentarias y demás normas relacionadas, debiendo considerarse lo siguiente:

i. Como supuesto de deuda exigible a que se refiere el artículo 115° del presente Código, al monto establecido en el documento remitido por la autoridad competente.

La SUNAT asume la exigibilidad de la deuda remitida por lo que, sin perjuicio de lo establecido en el numeral v no procede iniciarse ante la SUNAT procedimiento contencioso tributario alguno respecto de deuda tributaria remitida por la autoridad competente ni solicitudes de

prescripción o compensación o devolución de la citada deuda debiendo presentarse dicha solicitud ante la autoridad extranjera.

ii. Cuando el sujeto obligado al pago, adicionalmente, tenga deudas en cobranza coactiva por tributos administrados por la SUNAT y se hubiera dispuesto la acumulación de los procedimientos de cobranza coactiva, el pago se imputará en primer lugar a las deudas emitidas por la SUNAT considerando lo dispuesto en el artículo 31° y el saldo se aplicará a la deuda remitida por la autoridad competente.

iii. Se inicia el procedimiento de cobranza coactiva aun cuando el monto pendiente de pago fuera inferior al monto referido en el último párrafo del artículo 117°.

iv. Como supuesto de suspensión temporal del procedimiento de cobranza coactiva referido en el artículo 119°, la comunicación que realice el sujeto obligado respecto a:

1. La existencia de un medio impugnatorio o litigio en el país de la autoridad competente contra la deuda tributaria en cobranza.

2. La inexistencia de la deuda tributaria en cobranza.

En ambos casos, la SUNAT debe pedir la opinión de la autoridad competente sobre la comunicación presentada y la continuación del procedimiento, prosiguiéndose las acciones de cobranza cuando esta se pronuncie por la continuación del procedimiento. La respuesta de la autoridad competente, se notifica al sujeto obligado al pago.

v. El procedimiento de cobranza coactiva que realiza la SUNAT concluye por la cancelación de la deuda cuya cobranza ha sido solicitada por la autoridad competente o cuando esta lo solicite.

Cuando la SUNAT solicite a la autoridad competente que la asista en el cobro de la deuda tributaria correspondiente a los tributos a su cargo, el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda tributaria a que se refiere el numeral 2 del artículo 45° se interrumpe con la presentación de la mencionada solicitud.

En aplicación de los convenios internacionales, el Ejecutor Coactivo únicamente puede adoptar medidas cautelares previas al procedimiento de cobranza coactiva si ello fuera previa y expresamente solicitado por la autoridad competente y el pedido se fundamente en razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir infructuosa según lo establecido en el artículo 56°. El plazo de las citadas medidas se computa conforme a lo dispuesto en el artículo 57°.

Artículo 102°-H.- ASISTENCIA EN LA NOTIFICACIÓN

La SUNAT, al amparo de los convenios internacionales, puede solicitar a la autoridad competente que notifique los documentos que esta hubiera emitido. La notificación que efectúe la autoridad competente, de acuerdo a su normativa, tiene el mismo efecto legal que aquella que hubiera sido realizada por la SUNAT.

Cuando la SUNAT realice la notificación de documentos en virtud de los convenios internacionales, podrá aplicar las formas de notificación establecidas en los artículos 104° y 105°. Las citadas notificaciones surten efectos conforme a lo dispuesto en el artículo 106°.

Los documentos serán notificados en el idioma en que sean recibidos por la SUNAT, salvo disposición diferente establecida en los convenios internacionales."

"DISPOSICIONES FINALES

**(...)
SEPTUAGÉSIMO CUARTA. Referencia a convenios internacionales**

La mención a convenios internacionales que se realiza en el Código Tributario debe entenderse referida a los tratados internacionales o a las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina."

Artículo 5. Modificación del séptimo y octavo ítems del rubro 3 y del segundo así como del décimo quinto ítems del rubro 5 de las Tablas de Infracciones y

Sanciones I, II y III referidos a las infracciones de los numerales 7 y 8 del artículo 175° y del numeral 15 del artículo 177° del Código Tributario

Modifícanse el séptimo y octavo ítems del rubro 3 así como el segundo y el décimo quinto ítems del rubro 5 de las Tablas de Infracciones y Sanciones I, II y III referidos a las infracciones de los numerales 7 y 8 del artículo 175° y el numeral 15 del artículo 177° del Código Tributario, en los siguientes términos:

**"TABLA I
CÓDIGO TRIBUTARIO - LIBRO CUARTO
(INFRACCIONES Y SANCIONES)
PERSONAS Y ENTIDADES GENERADORES DE
RENDA DE TERCERA CATEGORÍA INCLUIDAS LAS
DEL RÉGIMEN MYPE TRIBUTARIO
(...)**

Infracción	Referencia	Sanción
(...)		
3. CONSTITUYEN INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR LIBROS Y/O REGISTROS O CONTAR CON INFORMES U OTROS DOCUMENTOS	Artículo 175°	
(...)		
- No conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con éstas, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 7	0.3% de los IN (11)
- No conservar los sistemas o programas electrónicos de contabilidad, los soportes magnéticos, los microarchivos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 8	0.3% de los IN (11)
(...)		
5. CONSTITUYEN INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, INFORMAR Y COMPARECER ANTE LA MISMA	Artículo 177°	
(...)		
- Ocultar o destruir bienes, libros y registros contables, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones que estén relacionadas con hechos susceptibles de generar las obligaciones tributarias, antes de los cinco (5) años o de que culmine el plazo prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 2	0.6% de los IN (10)
(...)		

611586

NORMAS LEGALES

Sábado 31 de diciembre de 2016 / **El Peruano**

Infracción	Referencia	Sanción
- No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria, en las condiciones que esta establezca, la información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o aquella necesaria para el cumplimiento de la normativa sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, de las que tenga conocimiento en el ejercicio de la función notarial o pública.	Numeral 15	50% de la UIT

(...)."

**"TABLA II
CÓDIGO TRIBUTARIO - LIBRO CUARTO
(INFRACCIONES Y SANCIONES)
PERSONAS NATURALES QUE PERCIBAN RENTA
DE CUARTA CATEGORÍA, PERSONAS ACOGIDAS
AL RÉGIMEN ESPECIAL DE RENTA Y OTRAS
PERSONAS Y ENTIDADES NO INCLUIDAS EN LAS
TABLAS I Y III, EN LO QUE SEA APLICABLE**

(...)

Infracción	Referencia	Sanción
3. CONSTITUYEN INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR LIBROS Y/O REGISTROS O CONTAR CON INFORMES U OTROS DOCUMENTOS	Artículo 175°	
(...)		
- No conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con éstas, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 7	0.3% de los IN (11)
- No conservar los sistemas o programas electrónicos de contabilidad, los soportes magnéticos, los microarchivos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 8	0.3% de los IN (11)
5. CONSTITUYEN INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, INFORMAR Y COMPARECER ANTE LA MISMA	Artículo 177°	
(...)		
- Ocultar o destruir bienes, libros y registros contables, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones que estén relacionadas con hechos susceptibles de generar las obligaciones tributarias, antes de los cinco (5) años o de que culmine el plazo prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 2	0.6% de los IN (10)
(...)		

Infracción	Referencia	Sanción
- No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria, en las condiciones que esta establezca, la información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o aquella necesaria para el cumplimiento de la normativa sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, de las que tenga conocimiento en el ejercicio de la función notarial o pública.	Numeral 15	25% de la UIT

(...)."

**"TABLA III
CÓDIGO TRIBUTARIO - LIBRO CUARTO
(INFRACCIONES Y SANCIONES)
PERSONAS Y ENTIDADES QUE SE ENCUENTRAN
EN EL NUEVO RÉGIMEN ÚNICO SIMPLIFICADO**

Infracción	Referencia	Sanción
3. CONSTITUYEN INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR LIBROS Y/O REGISTROS O CONTAR CON INFORMES U OTROS DOCUMENTOS	Artículo 175°	
(...)		
- No conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con éstas, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 7	0.3% de los l o cierre (2) (3)
- No conservar los sistemas o programas electrónicos de contabilidad, los soportes magnéticos, los microarchivos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 8	0.3% de los l o cierre (2) (3)
(...)		
5. CONSTITUYEN INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, INFORMAR Y COMPARECER ANTE LA MISMA	Artículo 177°	
(...)		
- Ocultar o destruir bienes, libros y registros contables, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones que estén relacionadas con hechos susceptibles de generar las obligaciones tributarias, antes de los cinco (5) años o de que culmine el plazo prescripción del tributo, el que fuera mayor.	Numeral 2	0.6% de los l o cierre (2) (3)

Infraacción	Referencia	Sanción
(...)		
No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria, en las condiciones que esta establezca, la información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o aquella necesaria para el cumplimiento de la normativa sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, de las que tenga conocimiento en el ejercicio de la función notarial o pública.	Numeral 15	

(...)"

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Vigencia

La presente norma entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. Modificación de la Ley de Fortalecimiento de la SUNAT

Sustitúyase el cuarto párrafo del artículo 5 de la Ley N° 29816, Ley de Fortalecimiento de la SUNAT, por el siguiente texto:

"Artículo 5. Funciones de la SUNAT

(...)"

Corresponde a la SUNAT proponer al Ministerio de Economía y Finanzas la celebración de acuerdos y convenios internacionales referidos a materia tributaria y aduanera, participar en la elaboración de los proyectos de dichos acuerdos y convenios en las materias de su competencia, así como solicitar o prestar asistencia administrativa mutua en materia tributaria de acuerdo a lo establecido en los tratados internacionales o en las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina. Adicionalmente y en particular, en los acuerdos comerciales o similares compete a la SUNAT participar en las negociaciones de los aspectos aduaneros.

(...)"

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República

ALFONSO GRADOS CARRARO
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo
Encargado del Despacho de la Presidencia
del Consejo de Ministros

ALFREDO THORNE VETTER
Ministro de Economía y Finanzas

1469407-4

**DECRETO LEGISLATIVO
N° 1316**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante Ley N° 30506, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica

y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.";

Que, el artículo 4° de la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, determina que el proceso de modernización de la gestión del Estado tiene como finalidad fundamental la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos;

Que, el literal c) del numeral 2) del artículo 2° de la mencionada Ley N° 30506, faculta al Poder Ejecutivo a reestructurar el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, mejorando la articulación multisectorial e intergubernamental y la participación ciudadana, así como la cooperación entre la Policía Nacional del Perú y los gobiernos locales y regionales, sin que ello implique regular sobre materias reservadas a la ley orgánica ni afectar las competencias otorgadas a los gobiernos locales y regionales en la Constitución Política del Perú;

Que, el artículo 2° de la Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, establece que "Se entiende por Seguridad Ciudadana, a la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos";

Que, el Decreto Legislativo N° 1135, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio del Interior, establece que ejerce competencia exclusiva a nivel nacional en materia de orden interno y orden público; es el ente rector del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y tiene como funciones, entre otras, garantizar, mantener y restablecer el orden interno y el orden público, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, prevenir, investigar y combatir la delincuencia;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 11 de la Ley N° 29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y
Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA
LEY N° 27933, LEY DEL SISTEMA NACIONAL
DE SEGURIDAD CIUDADANA Y REGULA
LA COOPERACIÓN DE LA PNP CON LAS
MUNICIPALIDADES PARA FORTALECER EL
SISTEMA DE SEGURIDAD CIUDADANA**

Artículo 1.- Objeto

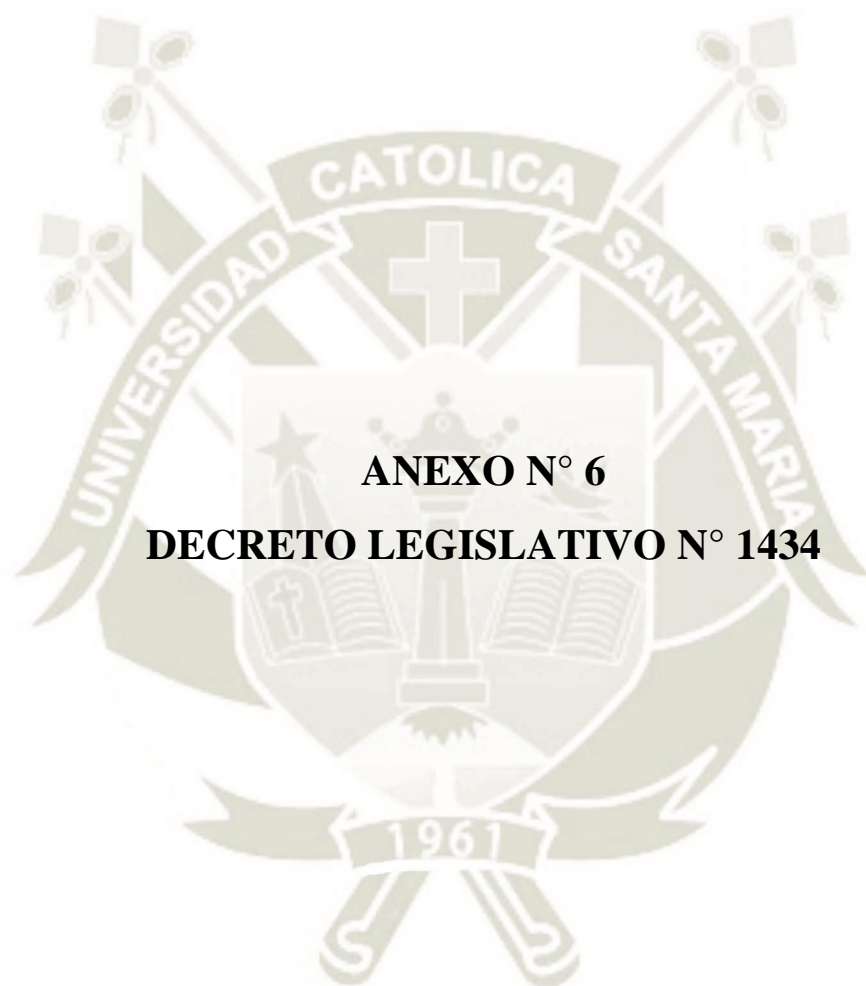
La presente ley tiene como objeto modificar la Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, estableciendo la obligatoriedad de reunión de los miembros titulares del sistema en forma periódica, incorporar el rol del ente rector del sistema y regular los aspectos de cooperación de la Policía Nacional del Perú con las Municipalidades.

Artículo 2.- Modifican artículos de la Ley N° 27933

Modifícanse los artículos 5°, 11°, 12° y 13° de la Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, en los términos siguientes:

"Artículo 5.- Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana

Créase el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana (CONASEC), como el máximo organismo encargado de la formulación, conducción y evaluación de las políticas de seguridad ciudadana; con autonomía funcional y técnica. El Consejo Nacional se reúne ordinariamente cuatro (4) veces al año; y extraordinariamente cuando lo convoque su presidente. El quorum para las sesiones del Consejo es de la mitad más uno de sus miembros titulares.



ANEXO N° 6

DECRETO LEGISLATIVO N° 1434

a) La modificación de los incisos j) y k) del artículo 19 de la Ley, contenida en el artículo 3 del presente dispositivo legal.

b) La incorporación del artículo 59-A en la Ley, contenida en el artículo 4 del presente dispositivo legal.

5. La modificación del literal a) del artículo 132, el inciso a) del artículo 140 y el último párrafo del inciso a) del artículo 150 de la Ley, contenida en el artículo 3 del presente dispositivo legal, entra en vigor a partir de la publicación del Decreto Supremo al que se alude en el citado artículo 132.

6. La incorporación de la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final en la Ley, contenida en el artículo 4 del presente dispositivo legal, entra en vigor a partir de la publicación del Decreto Supremo al que se alude en dicha disposición.

Segunda.- Reglamentación

Dentro de los doscientos cuarenta (240) días calendario siguientes a la publicación del presente Decreto Legislativo, se aprueba, mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas:

1. La adecuación del Reglamento de la Ley General de Aduanas, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2009-EF; y

2. La adecuación de la Tabla de sanciones aplicables a las infracciones previstas en la Ley General de Aduanas, aprobada por el Decreto Supremo N° 031-2009-EF.

Tercera.- Financiamiento

La implementación del presente Decreto Legislativo se financia con cargo al presupuesto institucional de las Entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Cuarta.- Texto Único Ordenado

Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, en un plazo de trescientos (300) días calendario siguientes a la publicación del presente Decreto Legislativo, se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única.- Cómputo del plazo de prescripción

Tratándose de procedimientos en trámite, el inicio del plazo de prescripción para exigir el cobro de la deuda tributaria aduanera pendiente de determinar cuyo plazo de prescripción de la acción para determinar la obligación tributaria aduanera o para aplicar sanciones se inició hasta el 1 de enero de 2018 notificadas a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo dentro del plazo de prescripción, se computa a partir del día siguiente de la notificación de la resolución correspondiente de conformidad con los incisos f) y g) del artículo 155 de la Ley General de Aduanas modificada por este Decreto Legislativo.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Derogación

Deróganse las definiciones "Agente de carga internacional", "Almacén aduanero", "Despachador de aduana", "Manifiesto de Envío de Entrega Rápida", "Operador Económico Autorizado" y "Transportista" del artículo 2 y los artículos 14, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 201, 202, 203 y 204, de la Ley.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de setiembre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO
Presidente del Consejo de Ministros

CARLOS OLIVA NEYRA
Ministro de Economía y Finanzas

1692078-8

**DECRETO LEGISLATIVO
N° 1434**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República mediante Ley N° 30823, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado, por un plazo de sesenta (60) días calendario;

Que, el literal k) del inciso 1 del artículo 2 de la Ley N° 30823 establece la facultad del Poder Ejecutivo para legislar en materia tributaria y financiera a fin de modificar el tratamiento del secreto bancario para fines internos sobre la información financiera contenida en el artículo 143-A de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, sin contravenir lo previsto en el último párrafo de dicho artículo, estableciendo montos mínimos, garantizando estándares internacionales de seguridad informática, y respetando los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú;

Que, en tal sentido, es necesario el perfeccionamiento del supuesto de suministro de información financiera de parte de las empresas del sistema financiero a la SUNAT establecido el artículo 143-A de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, respetando los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú, incluyendo el derecho al secreto bancario establecido en el segundo párrafo del inciso 5 de su artículo 2;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y en ejercicio de las facultades delegadas de conformidad con el literal k) del inciso 1 del artículo 2 de la Ley N° 30823;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,
Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;
Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL
ARTÍCULO 143-A DE LA LEY N° 26702, LEY
GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL
SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA
SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS**

Artículo 1.- Objeto

El Decreto Legislativo tiene por objeto modificar el artículo 143-A de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, a fin de perfeccionar el supuesto ya reconocido de suministro de información financiera de parte de las empresas del sistema financiero a la SUNAT, respetando los derechos y principios previstos en la Constitución Política del Perú, incluyendo el secreto bancario establecido en el segundo párrafo del inciso 5 de su artículo 2.

Artículo 2.- Definición

Para efecto del Decreto Legislativo se entiende por Ley N° 26702, a la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Artículo 3.- Modificación del artículo 143-A de la Ley N° 26702

Modifícase el artículo 143-A de la Ley N° 26702, de acuerdo con el texto siguiente:

"Artículo 143-A.- Información financiera suministrada a la SUNAT

Las empresas del sistema financiero, suministran a la SUNAT, la información financiera distinta a la desarrollada en el numeral 1 del artículo 143 de la presente Ley, tal como se establece en el numeral 2 del párrafo siguiente.

El suministro de información financiera se sujeta a las siguientes condiciones:

1. El Superintendente Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria requiere la información a las empresas del sistema financiero, mediante resolución de superintendencia. Esta condición no es aplicable tratándose del suministro de información financiera para el cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN.

2. La información que se puede suministrar versa sobre operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado período y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, de conformidad a lo regulado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas. En ningún caso la información suministrada detalla movimientos de cuenta de las operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes ni excede lo dispuesto en el presente párrafo, para lo cual la SUNAT tiene habilitado el procedimiento de levantamiento judicial del secreto bancario establecido en el numeral 1 del artículo 143 de la ley.

3. El suministro de información financiera se realiza únicamente en dos supuestos:

a. El cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN.

b. El ejercicio de la función fiscalizadora de la SUNAT para combatir la evasión y elusión tributarias.

4. La información suministrada solo puede tratar de aquella que sea igual o superior al monto a ser establecido mediante el decreto supremo referido en el numeral 2 precedente, considerando para el caso del literal b. del numeral anterior lo siguiente:

a. El monto establecido para el registro de operaciones en las normas referidas a detección de lavado de activos y financiamiento del terrorismo; y/o,

b. El monto establecido como mínimo no imponible en las normas que regulan los tributos administrados por la SUNAT.

5. Las empresas del sistema financiero suministran directamente a la SUNAT la información solicitada, con la periodicidad establecida por decreto supremo.

El tratamiento de la información obtenida por la SUNAT se sujeta a las siguientes reglas:

1. La información es tratada bajo las reglas de confidencialidad y de seguridad informática exigidas por los estándares y recomendaciones internacionales referidos al intercambio automático de información financiera emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

2. Las empresas del sistema financiero ponen a disposición de sus clientes los medios que permitan a estos acceder a la información que respecto de ellos se hubiera proporcionado a la SUNAT, previa verificación de la identidad del referido cliente.

3. La información obtenida no puede transferirse a otras entidades del país, salvo a un Juez, el Fiscal de la Nación o una comisión investigadora del Congreso, mediante solicitud debidamente justificada.

4. La obligación de la confidencialidad de las personas con vínculo laboral o de otra naturaleza contractual con la SUNAT no se extingue al concluir dicho vínculo.

5. El uso no autorizado o ilegal de la información constituye falta grave administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.

Artículo 4.- Refrendo

El Decreto Legislativo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única.- De la aplicación del literal b. del numeral 3 del segundo párrafo del artículo 143-A de la Ley N° 26702

La información a proporcionar por las empresas del sistema financiero a la SUNAT para el ejercicio de su

función fiscalizadora para combatir la evasión y elusión tributarias a que se refiere el literal b. del numeral 3 del segundo párrafo del artículo 143-A de la Ley N° 26702 modificado por la presente norma, es aquella que corresponda a las transacciones u operaciones que se realicen a partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo que reglamente el presente decreto legislativo.

Igualmente, la información mencionada en el párrafo anterior es utilizada una vez que la SUNAT cumpla con garantizar la confidencialidad y seguridad para el intercambio automático de información, según los estándares y recomendaciones internacionales.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de setiembre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO
Presidente del Consejo de Ministros

CARLOS OLIVA NEYRA
Ministro de Economía y Finanzas

1692078-9

**DECRETO LEGISLATIVO
N° 1435**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

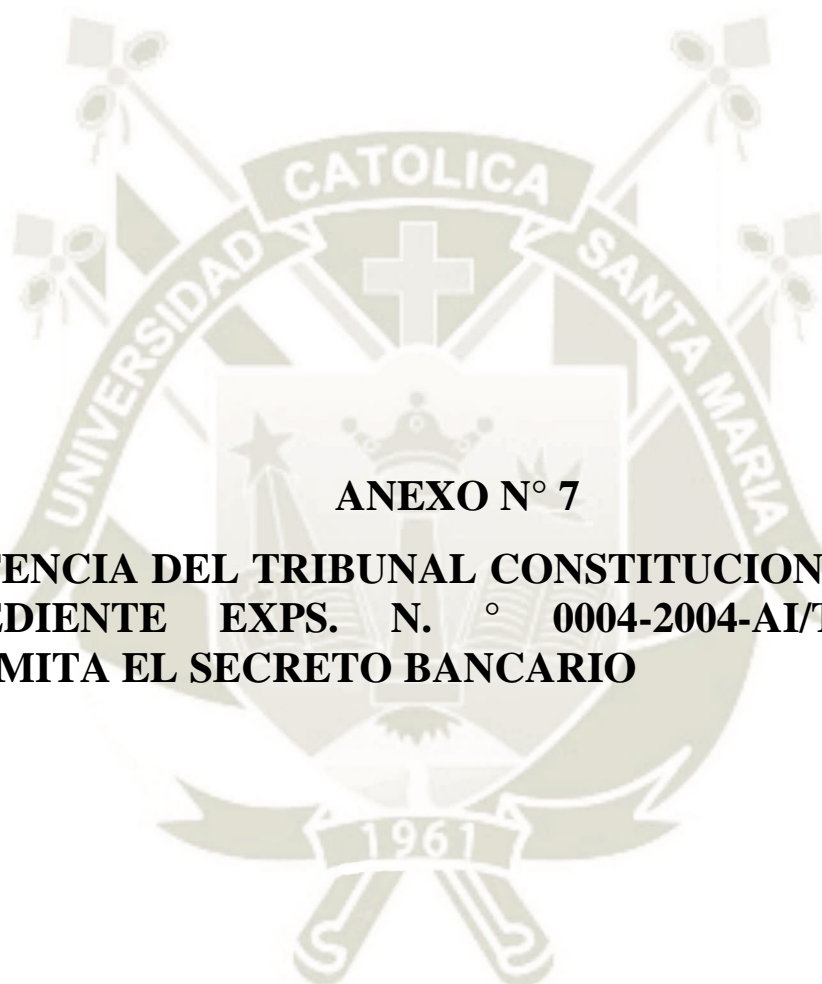
Que, el Congreso de la República, de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, mediante la Ley N° 30823 ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por un plazo de sesenta (60) días calendario, en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado;

Que, el literal b) del párrafo 2 del artículo 2 de la citada Ley, otorga la facultad de rediseñar el Fondo de Promoción a la Inversión Pública y Local – FONIPREL para integrar al Fondo para la Inclusión Económica en Zonas Rurales – FONIE de modo que se adecúe a lo señalado por el Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y deroga la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, así como facilitar el proceso de liquidación de proyectos a los Gobiernos Regionales y Locales, y la continuidad de inversiones;

Que, mediante la Ley N° 28939, Ley que aprueba Crédito Suplementario y Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2006, dispone la creación de fondos y dicta otras medidas, se creó el Fondo de Promoción a la Inversión Pública Regional y Local – FONIPREL con la finalidad de financiar o cofinanciar proyectos de inversión pública de los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, incluyendo estudios de preinversión;

Que, la Ley N° 29125, Ley que establece la implementación y el funcionamiento del Fondo de Promoción a la Inversión Pública Regional y Local – FONIPREL, dispuso que dicho Fondo tiene como finalidad el cofinanciamiento de proyectos de inversión pública de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, incluyendo los estudios de preinversión, orientados a reducir las brechas en la provisión de los servicios e infraestructura básicos, que tengan el mayor impacto en la reducción de la pobreza y la pobreza extrema en el país; asimismo dicha norma estableció las disposiciones para su implementación y funcionamiento;

Que, el artículo 23 de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, se creó el Fondo para la Inclusión Económica en Zonas



ANEXO N° 7

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL
EXPEDIENTE EXPS. N. ° 0004-2004-AI/TC, QUE
DELIMITA EL SECRETO BANCARIO**

**EXPS. N.° 0004-2004-AI/TC
N.° 0011-2004-AI/TC, N.° 0012-2004-AI/TC
N.° 0013-2004-AI/TC, N.° 0014-2004-AI/TC
N.° 0015-2004-AI/TC, N.° 0016-2004-AI/TC Y
N.° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CUSCO Y OTROS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini y, por sus propios fundamentos con el voto singular de la magistrada Revoredo Marsano

ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados del Cusco, el Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19° y 20° del Decreto Legislativo N.° 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo N.° 947, que regulan la denominada “bancarización” y crean el Impuesto a la Transacciones Financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18° y 19° de la Ley N.° 28194 —Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía—, que subroga los referidos Decretos Legislativos.

DEMANDAS CONTRA LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N.°S 939 Y 947

A) Antecedentes

El Colegio de Abogados del Cusco, con fecha 19 de enero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15° y 16° del Decreto Legislativo N.° 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo N.° 947, que modifica el Decreto Legislativo N.° 939, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de enero de 2004, por considerarlos contrarios a la Constitución Política del Estado, ya que vulneran los derechos a la libertad de contratar y de propiedad, el secreto bancario, el principio de no confiscatoriedad de los tributos, y la obligación constitucional conferida al Estado de fomentar y garantizar el ahorro.

Con fecha 5 de febrero de 2004, el Colegio de Abogados de Huaura interpone acción de inconstitucionalidad contra los mismos artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por atentar contra los derechos mencionados en el párrafo anterior.

Más de 5 mil ciudadanos, con fecha 12 de febrero de 2004, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los ya precitados artículos, del artículo 20º, y, por conexión del Decreto Legislativo N.º 947 y el Decreto Supremo N.º 190-2003-EF, por violar, además de los derechos ya citados, la libertad de empresa, comercio e industria y el principio de no retroactividad de la ley; asimismo, porque desprotegen a los consumidores y usuarios, y porque el Poder Ejecutivo ha legislado sobre materias para las que no se le delegó facultades.

El Colegio de Contadores Públicos de Loreto, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los mencionados artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por los mismos argumentos utilizados por el Colegio de Abogados del Cusco.

El Colegio de Abogados de Ica, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, por considerar que su contenido es contrario al derecho a la libre contratación, al derecho de propiedad, al secreto bancario y al principio de promoción y fomento del ahorro.

El Colegio de Economistas de Piura, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, por considerarlos contrarios a la Constitución, por los mismos fundamentos expuestos por el Colegio de Abogados del Cusco.

Finalmente, el Colegio de Abogados de Ayacucho, con fecha 17 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939 y las normas que tengan conexión con el mismo, por considerarlo contrario a los derechos ya mencionados y, además, a la igualdad ante la ley, ya que discrimina a los trabajadores independientes de los trabajadores dependientes.

Luego de admitirse a trámite las demandas, el Tribunal Constitucional, con fecha 18 de febrero de 2004, dispuso la acumulación de los Expedientes N.ºs 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC y 0016-2004-AI/TC, por existir conexión entre ellos, toda vez que las demandas, todas, tienen por objeto que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947.

B) Contestación

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, en representación del Poder Ejecutivo, con fecha 1 de abril de 2004, contesta la demanda y solicita que se declare la conclusión del proceso por haberse producido la sustracción de la materia, alegando que, con fecha 26 de marzo de 2004, se publicó la Ley N.º 28194, que derogó los cuestionados decretos legislativos.

DEMANDA CONTRA LA LEY N.º 28194

A) Antecedentes

Con fecha 23 de abril de 2004, el Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19° y demás pertinentes de la Ley N.º 28194, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de marzo de 2004, que deroga los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, pues, en su criterio, no supera los cuestionamientos de constitucionalidad realizados a los mencionados decretos. Manifiesta que dicha ley es inconstitucional porque:

- a) Afecta la libertad de contratación, ya que los artículos 3°, 4°, 5° y 6° vulneran la autonomía privada al determinar que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes; más aún, el artículo 8° dispone que quienes incumplan esta norma no podrán deducir gastos, costos o créditos con fines tributarios, imponiendo una sanción y ordenando una bancarización de las obligaciones dinerarias que, en su criterio, no es una limitación razonable ni justificada a la libertad de configuración interna de los contratos. Agrega que el artículo 5° obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que ésta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera, resultando irrazonable, además, en aquellas localidades en las que no existen agencias financieras.
- b) Viola el secreto bancario, ya que el artículo 17° autoriza a la autoridad tributaria el acceso a la información bancaria de los ciudadanos en forma directa, cuando la Constitución sólo señala 3 supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario.
- c) Contraviene el derecho a la propiedad, puesto que se aplica a las operaciones de abono y débito tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero; además, se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, si forma parte de sus ingresos, de su renta o si está destinado a su consumo. Asimismo, porque empobrece a los ciudadanos y a las empresas, ya que los obliga a pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza, la que ya está gravada por otros tributos.
- d) Afecta el principio tributario de no confiscatoriedad de los tributos, pues el ITF afecta directamente el capital empresarial y se aplica sobre el activo circulante de las empresas, sin evaluar la real capacidad económica del contribuyente. Además, porque sobre los mismos ingresos que gravan otros impuestos se aplica el ITF, por lo que se genera una doble imposición.
- e) Desvirtúa la obligación constitucional del Estado de proteger el ahorro, por cuanto su efecto inmediato será desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente el ahorro efectuado por el pequeño ahorrista.

Con fecha 14 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional dispuso la acumulación del Expediente N.º 0027-2004-AI/TC con los Expedientes N.º 0004-2004-AI/TC y otros, por existir conexión entre ellos.

B) Contestación

El Congreso de la República, con fecha 15 de junio de 2004, contesta la demanda en los siguientes términos:

- a) Respecto de la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratar, sostiene que la forma en que debe realizarse el pago de una obligación en dinero no tiene nada que ver con la decisión de celebrar un contrato o con quién hacerlo, ni puede considerarse como un componente esencial del contenido del contrato. Además, afirma que lo dispuesto por el artículo 4º ni siquiera es compulsivo, a menos que se persiga que la operación surta efectos tributarios, y que, según el inciso c) del artículo 6º de la misma ley, las transacciones que se realicen en distritos donde no exista agencia o sucursal de una empresa financiera, están exceptuadas de usar los medios de pago previstos. Señala que el problema se presentaría si en el contrato existiese una estipulación expresa del pago de dinero en efectivo y las partes desearan seguir haciéndolo así, pretendiendo que la operación surta efectos tributarios. Expresa que el artículo 62º de la Constitución opera siempre que no se trate de normas ulteriores de orden público, y que las disposiciones de índole tributaria, como la cuestionada, tienen carácter imperativo y son de orden público.
- b) En cuanto a la eventual violación del secreto bancario, refiere que dicho derecho se circunscribe sólo a la confidencialidad de la información sobre las operaciones pasivas. Por otro lado, afirma que la reserva de la información que ofrecen las entidades financieras, obedece a la práctica comercial o a razones de índole contractual, lo que no significa que dichos datos se encuentren bajo la protección constitucional del secreto bancario. En consecuencia, sostiene que en tanto el contenido de la información que las empresas del sistema financiero pongan en conocimiento de la Administración Tributaria [por la declaración y el pago del ITF] no esté referido a las operaciones pasivas, ello no supondrá vulneración del derecho al secreto bancario, ni modificación a la legislación vigente. Agrega que el monto total de las operaciones gravadas por el ITF incluye a las operaciones activas y pasivas; pero que, no obstante, cuando se informe sobre el monto total de dichas operaciones, resultará imposible discriminar lo que corresponde a cada tipo de operación, o determinar el detalle del monto de cada operación pasiva, así como informar sobre el monto depositado antes de la declaración, ni del existente después de ella, de lo que se concluye que no se revela información sobre dicho concepto.

Respecto de las declaraciones de las operaciones exoneradas, manifiesta que el monto a declararse se expresará en términos globales, sin hacer distingo entre las operaciones activas y pasivas, ni sobre el monto depositado en cada una de ellas, por lo que tampoco se verifica afectación del secreto bancario. Indica que la información proporcionada a la SUNAT se mantendrá en reserva, pues sólo se utilizará para fines tributarios.

- c) Sobre la supuesta violación del derecho de propiedad, afirma que si bien el ITF es aplicable a las operaciones de entrada y salida de dinero del sistema financiero, de ello no se puede deducir que se afecta dicho derecho constitucional. En cuanto a que grava el mismo dinero que ingresa una y otra vez a las cuentas bancarias, refiere que el inciso a) el artículo 9° de la ley, señala que no se encuentran gravadas las operaciones entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una o en diversas entidades del sistema financiero; y, tratándose de transacciones entre cuentas de diferentes titulares, tampoco se afecta el derecho de propiedad, ya que se grava el patrimonio de distintas personas. Por otro lado, aduce que resulta irrelevante que el impuesto grave aspectos distintos a la renta, al patrimonio, al consumo, a la transferencia de bienes o al pago de servicios, puesto que ello constituye el ejercicio de la potestad tributaria, más aún cuando el ITF no tiene efectos confiscatorios.
- d) Acerca de la supuesta afectación del principio de no confiscatoriedad, indica que el ITF no es un impuesto que grava la renta, por lo que el argumento de que grava de manera directa el capital empresarial, no es pertinente. Asimismo, añade que la utilización obligatoria de los medios de pago en el sistema financiero para ciertas operaciones y el ITF no generan efectos confiscatorios, dado que la alícuota es del 0.10% de la transacción, monto que decrecerá progresivamente, concluyéndose que no extrae una parte importante de la propiedad particular, pues la tasa es razonable y proporcionada.
- e) Respecto de la eventual vulneración del fomento y la garantía del ahorro, refiere que el contenido esencial de la protección al ahorro consagrada en la Constitución, radica en la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero, lo que no tiene nada que ver con las disposiciones establecidas en la ley cuestionada.

FUNDAMENTOS

- Mediante auto de fecha 18 de febrero de 2004, se acumularon los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra diversas disposiciones del Decreto Legislativo N.° 939, modificado por el Decreto Legislativo N.° 947, con el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra diversos artículos de la Ley N.° 28194, que derogó los referidos decretos legislativos. En consecuencia, la primera cuestión que debe resolverse es la relacionada a los alcances de este pronunciamiento, respecto de los decretos legislativos derogados.

§1. Vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas

- La cuestión, a juicio del Tribunal, debe examinarse efectuando una distinción entre las categorías de vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas jurídicas.

Una norma se encuentra vigente desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria de la misma norma que postergue su vigencia en todo o en parte (artículo 109° de la Constitución), y pierde vigencia con su derogación; empero, cabe señalar que las normas derogadas, de conformidad con la dogmática jurídica relativa a la aplicación de la ley en el tiempo, puede tener efectos ultractivos.

La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente all de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204° de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (artículos 36° y 40° de la Ley N.° 26435 —Orgánica del Tribunal Constitucional).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

3. Los Decretos Legislativos N.°s 939 y 947 sólo tuvieron vigencia y surtieron efectos jurídicos por 26 días, del 1 al 26 de marzo de 2004, pues a partir del 27 de marzo fueron derogados y sustituidos por las nuevas reglas previstas en la Ley N.° 28194. Dado que dichos Decretos Legislativos versaban, en parte, sobre materia tributaria, los efectos que cumplieron en el pasado podrían ser afectados por una eventual sentencia estimatoria dictada por este Colegiado. Sin embargo, considerando que algunas de las modificaciones introducidas por la Ley N.° 28194 permiten la devolución a los trabajadores y pensionistas del monto del ITF cuyo débito sea indebido [Quinta y Sexta Disposiciones Finales de la misma Ley N.° 28194], el Tribunal considera pertinente circunscribir su fundamentación a la Ley N.° 28194.

§2. Supuesto antitecnicismo de la Ley N.° 28194

4. Los demandantes consideran que la Ley N.° 28194 se sustenta en una formulación antitécnica. Cabe precisar que tal alegación no puede merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad el “antitecnicismo” de las leyes, o, acaso, su “ineficiencia”, sino tan solo su compatibilidad formal y material con la Carta Fundamental.

En este sentido, la ley cuestionada, para los efectos de control debe ser confrontada, especialmente, con el artículo 74° de la Constitución Política del Perú que en la parte pertinente señala que “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. (...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la

persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. (...) No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”, y el artículo 44° de la misma Carta Fundamental que establece como deberes primordiales del Estado: “defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”

§3. “Bancarización”, ITF y libertad contractual

5. Los demandantes argumentan que la norma impugnada afecta el derecho a la libertad de contratar, ya que sus artículos 3°, 4°, 5° y 6° vulneran la autonomía privada porque ordenan que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, “a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes”. Asimismo, aducen que el artículo 5° obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que esta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera.
6. Sobre este extremo de la demanda, el Congreso ha argumentado que tanto el inciso 14 del artículo 2° como el artículo 62° de la Constitución, han establecido un marco de actuación de la libertad contractual, sometiendo dicha libertad a las “leyes de orden público” y a “las normas vigentes al tiempo del contrato”.
7. Al respecto, la exigencia de utilizar un determinado medio de pago para cumplir las obligaciones que surjan como consecuencia de la celebración de un contrato, bajo la amenaza de perder el derecho a deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones, a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada y restitución de derechos arancelarios, constituye una evidente limitación del derecho fundamental a la libertad de contratación. Sin embargo, conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad).
8. El derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2° de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como: “(...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual (...)” (STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 26)

Estos elementos constituirían en abstracto el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual. Desde esta perspectiva, no formaría parte de dicho contenido el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse, de modo que tocará ahora determinar si tal limitación resulta justificada para alcanzar un fin constitucionalmente relevante.

9. El objetivo de la denominada “bancarización” es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43° de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.
10. De otra parte, resulta claro que la informalidad de las transacciones patrimoniales es un factor determinante que facilita la evasión tributaria, motivo por el cual el establecimiento de medidas orientadas a incentivar la utilización de las empresas del sistema financiero para la ejecución de tales transacciones, resulta una medida idónea para la detección de cualquier fraude tributario.
11. Asimismo, debe enfatizarse la existencia de diversos factores que permiten sostener que el legislador no ha pretendido menoscabar más allá de lo necesario el derecho fundamental a la libertad contractual. Entre dichos factores se encuentran: a) el establecimiento de un monto mínimo a partir del cual se deberán utilizar los referidos medios de pago (S/. 5,000 o US\$ 1,500); b) una amplia gama de medios de pago susceptibles de ser utilizados dentro del sistema financiero (artículo 5° de la Ley N.° 28194); y, c) supuestos específicos de exoneración de la exigencia en la utilización de los medios de pago, entre los que se encuentran diversas entidades y, en determinados casos, las personas naturales, existiendo incluso la posibilidad de que un notario o juez de paz sea quien de fe del pago, entrega o devolución del mutuo de dinero, en el caso de las transferencias que se realicen en distritos en los que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero (artículo 6° de la ley impugnada).
12. En consecuencia, si bien este Colegiado constata que existe una limitación del derecho fundamental a la libertad contractual, tal restricción no afecta el contenido esencial del derecho y se encuentra acorde con el principio de proporcionalidad, de modo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

§4. Excepciones al uso de los medios de pago bancarios en las localidades donde no existan entidades del sistema financiero

13. Los recurrentes sostienen que los requisitos previstos en el artículo 6° de la ley cuestionada para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas del uso de los medios de pago previstos en el artículo 5° de la misma norma, resultan irrazonables, en tanto se exige que, para efectos de que opere la excepción, se presenten concurrentemente.
14. La parte pertinente del referido artículo 6°, establece lo siguiente: “(...). También quedan exceptuadas las obligaciones de pago, incluyendo el pago de remuneraciones, o la entrega o devolución de mutuos de dinero que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del Sistema Financiero, siempre que concurren las siguientes condiciones:
 - a) Quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal en dicho distrito. Tratándose de personas naturales no obligadas a fijar domicilio fiscal, se tendrá en consideración el lugar de su residencia habitual.
 - b) En el distrito señalado en el inciso a) se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero.
 - c) El pago, entrega o devolución del mutuo de dinero se realice en presencia de un Notario o Juez de Paz que haga sus veces, quien dará fe del acto. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá establecer a otras entidades o personas que puedan actuar como fedatarios, así como regular la forma, plazos y otros aspectos que permitan cumplir con lo dispuesto en este inciso.”
15. En criterio de este Colegiado, la exigencia de que se presenten conjuntamente los aludidos requisitos para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas de usar los medios de pago previstos en el artículo 5° de la Ley N.° 28194, resulta plenamente justificada, pues cada uno de ellos cumple, al lado de los otros, una función indispensable en el objetivo de evitar que los particulares —que pretendan evadir el pago del tributo—, puedan encontrar los medios idóneos para quedar exceptuados de acudir a las entidades del sistema financiero para cumplir sus obligaciones contractuales.

En efecto, por un lado, resulta plenamente legítima la exigencia de que quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal o residencia habitual en el distrito carente de entidad financiera; y es que si no se exige que cuando menos una de las partes del contrato domicilie en dicho distrito, queda abierta la posibilidad de incurrir en fraude a la ley, acudiendo a realizar la transferencia del bien, prestación de servicio o dación de dinero a un distrito que no cuente con una agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero, con el único objeto de eludir la fiscalización por parte de la administración pública.

De otra parte, resulta razonable también el requisito según el cual en el distrito carente de entidad financiera se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero, puesto que, en caso contrario, la administración, con justificado motivo, impondría que la transferencia se realice en

el distrito en el que se encuentra el bien o se realiza el servicio que es objeto del contrato y que cuanta con una entidad financiera a través de la cual puede realizarse la operación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional comparte el criterio del apoderado del Congreso de la República, conforme al cual el Notario o el Juez de Paz Letrado son los funcionarios o autoridades descentralizadas idóneas para revestir de las garantías de legalidad y formalidad suficientes a las operaciones contractuales realizadas por personas que, por domiciliar en localidades que no cuentan con agencias financieras, quedan exentas de la obligación de acudir a ellas.

16. Así pues, la ausencia de cualquiera de los referidos requisitos, permitiría que los actos tendientes a la evasión tributaria desvirtúen el objeto mismo de la norma, es decir, incentivar la utilización de las empresas del sistema financiero formalizando la ejecución de las transacciones patrimoniales.

Por estos motivos, en Tribunal Constitucional desestima este extremo de la demanda.

§5. ITF y principio de no confiscatoriedad de los tributos

17. Los demandantes sostienen que el ITF vulnera el principio de no confiscatoriedad de los tributos, pues es un impuesto que se ha emitido “(...) sin evaluar, siquiera indiciariamente, la real capacidad económica del contribuyente (...)”. Alegan que si bien es posible que “(...) en determinados, y, seguramente, numerosos casos, el tributo no tenga una incidencia real sobre el patrimonio de determinadas personas, sea porque estas cuentan con ingresos importantes que les permiten obtener tasas de interés preferenciales que absorben el impacto del impuesto o sea porque el número de operaciones que realicen es limitado (...)”, el problema se presenta en aquellos “(...) casos de personas cuyos ahorros sean pequeños y que por tanto sólo acceden a las tasas más bajas del sistema, o de las personas que efectúan muchas operaciones de transferencias y depósitos con su mismo capital de trabajo (...)”, en los que “(...) el efecto confiscatorio del tributo es objetivamente cierto, grave y genera todas las distorsiones enumeradas en las consideraciones precedentes (...)”.
18. El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria.

19. Al respecto, es preciso tener en cuenta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en su STC N.º 2727-2002-AA/TC, donde se estableció que:

“(...) el principio precitado es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Éste supone la necesidad de que, al momento de

establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como tal, tiene la estructura propia de lo que se denomina un ‘concepto jurídico indeterminado’. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado Democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica (...)” (FJ. 5).

20. Por ello, es preciso distinguir la eventual inconstitucionalidad de un tributo en atención a su incidencia concreta respecto a las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un *exceso de poder tributario*.
21. En cuanto a la materia imponible, este Colegiado deja asentado el amplio margen de acción en el que se desenvuelve el legislador al momento de determinarla (FF. JJ. 25 a 26, *infra*), pudiendo ser ésta un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital, y aunque en el presente caso, tratándose de las transferencias financieras enumeradas en el artículo 9° de la Ley N.° 28194, el hecho generador puede repetirse de manera constante, el monto ínfimo de la alícuota aplicable (0.10 %) desvirtúa la posibilidad de atribuir, en abstracto, un carácter confiscatorio al tributo regulado por el Capítulo III de la ley impugnada; máxime si se tiene que tal valor numérico porcentual se reducirá a 0.08% a partir del 1 de enero de 2005, y a 0.06% desde el 1 de enero de 2006, y de que perderá todo efecto a partir del 1 de enero de 2007.
22. Por tal virtud, el Tribunal Constitucional desestima el alegato planteado en la demanda, según el cual las disposiciones de la ley que regulan el ITF afectan el principio de no confiscatoriedad.
23. No obstante, en atención a lo expuesto en los FF.JJ. 19 y 20, *supra*, este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

§6. Impuesto a las transacciones financieras (ITF) y derecho de propiedad

24. Los demandantes alegan que el impuesto creado por la Ley N.º 28194 viola el derecho de propiedad. Amparan su argumento en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, donde se sostuvo que en materia de impuesto a la renta, el legislador, al establecer el hecho imponible, está obligado a respetar y garantizar la intangibilidad del capital. Refieren que si bien estos pronunciamientos fueron emitidos en torno al impuesto a la renta, también tendrían validez frente a otras formas de imposición y, en particular, frente al impuesto cuestionado, pues éste “se aplica a las operaciones de abono y débito (...) tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero, sin tener en cuenta que se puede tratar (en el caso del mismo contribuyente) del mismo dinero que ingresa una y otra vez”; porque “se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, forma parte de sus ingresos, es parte de su renta o se destina a su consumo”; y porque empobrecerá “a los ciudadanos y las empresas, ya que ellas van a pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza”.
25. En un Estado social y democrático de Derecho, el diseño de la política tributaria es un ámbito reservado al legislador, en el que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.
26. Este margen de libertad debe someterse, por tanto, a un enjuiciamiento jurídico constitucional, en el que no cabrá calificar políticamente las acciones que el legislador pudiese adoptar. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, en criterio compartido por este Colegiado, que: « (...) en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» □STC N.º 11/1981, FJ. 7□.
27. En criterio concordante, este Tribunal Constitucional ha sostenido que: “ (...) la Constitución no ha constitucionalizado (o, a su turno, prohibido) ningún impuesto. Tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales” [STC N.º 2727-2002-AA/TC, FJ. 6]
28. En tal sentido, es erróneo el argumento de los demandantes según el cual el hecho de que el ITF grave el capital, es, por sí solo, un factor que determina su inconstitucionalidad.

Cuando en la STC N.º 0646-1996-AA/TC, entre otras, este Tribunal sostuvo que el Impuesto Mínimo a la Renta vulneraba el principio de no confiscatoriedad de los tributos, era porque:

“(…) *en materia de impuesto a la renta*, el legislador se encuentra obligado a establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier *quantum*(…)”.

Tal afirmación —a diferencia de lo que los demandantes sostienen—, no indicaba que se violaba el principio de no confiscatoriedad de los tributos por el solo hecho de que el impuesto recayera sobre el patrimonio. La inconstitucionalidad radicaba en que, en el seno de una ley destinada a gravar la renta, los beneficios o las ganancias [como el Decreto Legislativo N.º 774], se haya terminado gravando la fuente productora de esa renta, es decir, el capital. Era la incongruencia o inadecuación entre un medio [la utilización de un gravamen al capital] y la naturaleza del impuesto a la renta [que sólo puede gravar el beneficio de una fuente productora], lo que en dicha ejecutoria se consideró inconstitucional.

Como se expuso en la precitada sentencia:

“(…) según se desprende de los artículos 109º y 110º del Decreto Legislativo N.º 774, el establecimiento del impuesto mínimo a la renta, por medio del cual se grava a la accionante con un tributo del orden del dos por ciento del valor de sus activos netos, como consecuencia de no encontrarse afecto al pago del impuesto a la renta, supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida por la accionante como consecuencia del ejercicio de una actividad económica, conforme se prevé en el artículo 1º, donde se diseña el ámbito de aplicación del tributo, sino el capital o sus activos netos (…)”.

29. Por consiguiente, lo relevante, en este caso, desde un punto de vista constitucional, no será esclarecer si el ITF grava el patrimonio o el capital, pues de hecho lo hace y a ello está destinado (cuando menos, en determinados casos), sino determinar si, no obstante incidir sobre la propiedad, tal afectación es ilegítima por vulnerar el principio de no confiscatoriedad de los tributos, consagrado en el artículo 74º de la Constitución. Y es que, tal como lo ha sostenido el Tribunal Federal alemán, en posición que este Colegiado hace suya: “(…) el derecho fundamental de propiedad sólo despliega su vigor frente a los impuestos, en el caso de que estos tengan un efecto estrangulador (*erdrosselnde Wirkung*)” □Cfr. BVerfGE 93, 121 (53 y ss)□.

§7. ITF y el secreto bancario

30. De otro lado, los demandantes alegan que el artículo 17º de la Ley N.º 28194 lesiona el secreto bancario, puesto que el ITF “(…) plantea la necesidad injustificada, indebida e inconstitucional (…)” de acceder a la información bancaria de los ciudadanos en supuestos distintos a los contemplados en el inciso 5 del artículo 2º de la Carta Fundamental, siendo las empresas del sistema financiero las encargadas de efectuar la declaración del pago del impuesto por cuenta de los contribuyentes, situación que se agrava —según sostienen los demandantes— cuando el propio artículo 17º establece que esta información se proporcionará también respecto de determinadas operaciones exoneradas del impuesto, lo que pondría de manifiesto

“(…) que el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos (…)”.

31. Al respecto, el Congreso sostiene que el secreto bancario protege sólo las “operaciones pasivas” de los clientes de los bancos o entidades financieras, es decir, fundamentalmente, depósitos de ahorro, a plazo, a la vista, innominados y certificados de depósito. La extensión del secreto bancario a otros espacios más allá de las “operaciones pasivas” de los clientes —según afirma el representante del Congreso— obedecería, en todo caso, a la práctica comercial o a razones de índole contractual, puesto que no se encontrarían bajo la protección del secreto bancario.
32. El artículo 17° de la Ley N.° 28194 puede ser interpretado, cuando menos, en dos sentidos distintos, a criterio de este Colegiado. De un lado, como una disposición que autoriza el levantamiento del secreto bancario, quebrando el núcleo duro del derecho a la intimidad personal de la que es manifestación concreta, y de otro, como una restricción de dicho secreto prolongándolo hacia la Administración Tributaria, cuyo uso sólo podrá tener finalidades institucionales de control de la tributación y de fiscalización conforme a las normas vigentes sobre la materia.

Sólo la primera de las interpretaciones resulta incompatible con la Carta Fundamental. Empero, respecto de la segunda, es necesario efectuar un juicio de proporcionalidad, a efectos de determinar su legitimidad o ilegitimidad. Y es que nos encontramos ante un conflicto entre el derecho al secreto bancario y los fines institucionales de la Administración Tributaria, orientados a hacer efectivo el principio de solidaridad contributiva, sobre el que se asienta toda la teoría tributaria del Estado Constitucional.

33. La Constitución, en el inciso 5 de su artículo 2°, establece que el levantamiento del secreto bancario procede a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a ley y con la finalidad de investigar un delito o indicio de delito; sin embargo, no ha delimitado de manera explícita el contenido de la institución, por lo que corresponde ahora analizarlo para lograr su cabal elucidación.
34. El derecho fundamental a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada sin interferencias ilegítimas, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario y la reserva tributaria. Así lo ha sostenido este Colegiado en el Exp. N.° 1219-2003-HD/TC, al considerar que: “(…) la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario, busca asegurar la reserva o confidencialidad (...) de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero.

En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras”. (FJ. 9).

35. Así pues, mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de “biografía económica” del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad.
36. Empero, el derecho a la intimidad no importa, *per se*, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución.

A su vez, debe tenerse presente que respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido “no esencial”).

37. En criterio de este Colegiado existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2°7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2°5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.
38. Así pues, determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad.
39. Así las cosas, las afectaciones del secreto bancario que están proscritas constitucionalmente serán sólo aquellas que conlleven, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente.

40. Dichos fines son los que pretenden ser alcanzados por los numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3 del artículo 17° de la norma cuestionada, en tanto permiten que, como consecuencia de la imposición del ITF, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), competente en la materia, tenga acceso a determinada información garantizada por el secreto bancario, con el propósito de que, manteniendo la información en reserva, se aboque a la fiscalización y detección del fraude tributario.
41. Por lo demás, y siempre respecto de los aludidos preceptos del artículo 17° de la norma impugnada (numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3), tratándose del acceso a una información directamente relacionada con actividades gravadas por el ITF, cuyo tiempo de vigencia es considerablemente limitado (hasta el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo a lo previsto por el artículo 23°3 de la Ley N.° 28194), la restricción del secreto bancario que el acceso a dicha información implica, resulta, como consecuencia inmediata, también temporalmente limitada, con lo que la institución no resulta restringida más allá de lo razonablemente necesario.
42. Distinto es el caso del último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, el cual obliga a que las instituciones financieras también proporcionen información “(...) respecto de las operaciones exoneradas [del impuesto]”.

Esta atribución que otorga la norma impugnada a la Administración Tributaria, es lo que motiva a que a la parte demandante sostenga que: “(...)el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del Tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos, en contra de lo establecido en la Constitución sobre esta materia (...)”.

43. Por ello, para este Tribunal el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 es incompatible con el principio de razonabilidad, puesto que, al franquear a la SUNAT el conocimiento de operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria; esto es, la existencia de una operación gravada.

De otra parte, y fundamentalmente, este Colegiado considera que al quebrantarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar, el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda *sine die*.

En atención a lo expuesto, este Colegiado considera inconstitucional el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, por afectar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

44. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, conforme al artículo 62° del Código Tributario, la SUNAT mantiene incólume la facultad de solicitar información a las empresas del sistema financiero sobre las operaciones pasivas de sus clientes, incluso

exoneradas de impuestos, en la medida en que exista un requerimiento judicial de por medio.

§8. ITF y promoción del ahorro

45. Los demandantes consideran que el ITF creado por la Ley N.º 28194 viola el artículo 87º de la Constitución, “por cuanto el efecto inmediato del ITF (...) es desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente de aquellos depósitos de montos menores que, por el poco interés que generan, no podrán compensar los efectos del referido impuesto”.
46. Por su parte, el Congreso de la República alega que el mandato del artículo 87º de la Constitución, según el cual “el Estado fomenta y garantiza el ahorro”, ha sido desarrollado por los artículos 132º y 134º de la Ley N.º 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros—, y que, a partir de lo allí dispuesto, es posible “identificar el contenido esencial del derecho del ahorrista que protege y garantiza la Constitución”, el cual se traduce “en la adopción de una serie de medidas de supervisión y control de las entidades financieras que reciben ahorros”, esto es, en “la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero”.

Añade que “(...) mientras sus recursos se encuentren razonablemente protegidos mediante mecanismos preventivos, como la autorización para su funcionamiento por la Superintendencia de Banca y Seguros, así como mecanismos permanentes como las facultades inspectivas de la SBS (...), no nos encontraremos ante situaciones inconstitucionales ni de incumplimiento del mandato constitucional impuesto al Estado de fomentar y garantizar el ahorro”.

47. Aunque en la demanda no se ha expresado concretamente cuál es la disposición de la Ley N.º 28194 que afectaría el artículo 87º de la Constitución, es posible inferir que, en relación a este punto, el precepto impugnado es el inciso a) del artículo 9º y sus normas conexas. Dicha disposición establece que: “El impuesto a las transacciones financieras grava las operaciones en moneda nacional o extranjera, que se detallan a continuación: a) La acreditación o débito realizados en cualquier modalidad de cuentas abiertas en las empresas del Sistema Financiero, excepto la acreditación, débito o transferencia entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una misma empresa del Sistema Financiero o entre sus cuentas mantenidas en diferentes empresas del Sistema Financiero”.
48. Sin embargo, en lo que a este extremo de la demanda atañe, resulta claro que la impugnación sobre el indicado inciso a) del artículo 9º de la Ley N.º 28194 no se refiere a lo que allí *in toto* se ha previsto, sino a que no se haya excluido de las operaciones gravadas a las cuentas de ahorro que se encuentren abiertas en las empresas del sistema financiero.
49. La protección y fomento del ahorro supone un amplio margen de maniobrabilidad de parte del Estado. Sin embargo, en este caso, los límites a las políticas públicas se expresan, de un lado, en no suprimir o vaciar de contenido a la institución del ahorro (deber de garantizar), y, de otro, en cuidar en grado extremo que tales políticas

públicas no supongan un entorpecimiento u obstaculización irrazonable o desproporcionada de su práctica (deber de fomento).

50. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el artículo 87° de la Constitución reconoce al ahorro como un derecho subjetivo constitucional, en la medida que el Estado se encuentra, de un lado, prohibido de apropiarse arbitrariamente de él, y de otro, obligado a fomentarlo y garantizarlo; y también como una garantía institucional que auspicia la protección del ahorrista en el sistema financiero. (STC N.° 0410-2002-AA/TC, FJ. 2)
51. Como el ahorro está constituido por un conjunto de imposiciones de dinero que realizan la personas naturales y jurídicas en las empresas del sistema financiero, el factor de real relevancia para determinar el cumplimiento del Estado de su obligación de garantizar y fomentar el ahorro, sería el análisis de la ley que, por mandato directo del propio artículo 87° de la Carta Fundamental, tiene reservada la regulación de las obligaciones y los límites de las empresas que reciben los ahorros del público, así como de la labor que cumple la Superintendencia de Banca y Seguros en el control de las empresas bancarias, conforme a las prescripciones previstas en dicha ley. Así, el cumplimiento de la labor estatal de fomento y garantía del ahorro no puede apreciarse a partir de una medida aislada como la imposición de un tributo sobre la transferencia de los montos contenidos en una cuenta de ahorro, sino a la luz del conjunto de medidas y regulaciones asumidas por el aparato estatal y orientadas a garantizar la cabal eficacia del artículo 87° de la Constitución.
52. Consecuentemente, este Colegiado comparte la apreciación del representante del Congreso de la República, en el sentido de que es preciso atender a la suma de garantías contenidas en diversas disposiciones de la Ley N.° 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros— para determinar si, cuando menos en un sentido objetivo y abstracto (tal como corresponde en un proceso de inconstitucionalidad), el Estado cumple con el artículo 87° de la Constitución.
53. Por consiguiente, el establecimiento de límites y prohibiciones, la obligación de mantener una reserva en el capital social de las empresas financieras, la constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos; la constitución de otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado, entre otras medidas previstas en el artículo 132° de la referida ley, así como la necesidad de auditorías externas; la supervisión para que las empresas bancarias cumplan con los límites individuales y globales, además de otras medidas dispuestas por el artículo 134° de la Ley N.° 26702; y, en fin, la necesidad de que se tenga una debida información sobre el estado de las empresas financieras, un fondo de seguro de depósitos y una central de riesgos, permiten concluir que, en un análisis global, el establecimiento de un tributo como el ITF, de naturaleza no confiscatoria (según se ha visto) y temporal (artículo 23°.3 de la Ley N.° 28194), no vulnera el artículo 87° de la Constitución, puesto que la institución del ahorro se mantiene garantizada por otras diversas medidas.

Por estos fundamentos y los de los magistrados Alva Orlandini y Revoredo Marsano, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar, por unanimidad, **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28194, y, en consecuencia, inconstitucional el último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194, cuyo tenor es el siguiente: *“La información señalada en el párrafo anterior también será proporcionada respecto de las operaciones exoneradas comprendidas en los literales b), c), d), e), h), i), j), k), l), ll), m), o), s), t), u), v), w) y x) del Apéndice, señalando adicionalmente en este caso el monto acumulado de las operaciones del inciso a) del artículo 9 exoneradas del impuesto. Asimismo, las empresas del Sistema Financiero deberán informar a la SUNAT sobre la Declaración Jurada a que se refiere el artículo 11, en la forma, plazo y condiciones que establezca el Reglamento”*. Por consiguiente, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “el Peruano”, dicho párrafo deja de tener efecto en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Declarar, por unanimidad, que integra la parte resolutive de la presente sentencia el Fundamento Jurídico 23, *supra*, conforme al cual los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados;
3. Declarar, por mayoría, **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28194 en lo demás que contiene; y
4. Declarar, por mayoría, **IMPROCEDENTES**, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N.º 939, y su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947. Sin perjuicio, de dejar expedita la facultad de los jueces ordinarios de inaplicar el ITF, en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

Publíquese y notifíquese.
SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

**EXPS. N.° 0004-2004-AI/TC
N.° 0011-2004-AI/TC, N.° 0012-2004-AI/TC
N.° 0013-2004-AI/TC, N.° 0014-2004-AI/TC
N.° 0015-2004-AI/TC, N.° 0016-2004-AI/TC
Y N.° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CUSCO Y OTROS**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

El principio de legalidad de la tributación es en el Perú más teórico que real. En efecto, la revisión de la legislación dictada en nuestra Nación acredita que los diversos impuestos fueron creados por disposiciones emanadas de los gobiernos de facto, denominadas decretos-leyes, muchos de los cuales mantienen vigencia, mas no por leyes aprobadas en el Congreso o por decretos legislativos, en caso de delegación (prevista en las Constituciones de 1979 y 1993).

Como lo tiene ya determinado este Tribunal (sentencia de 3 de enero de 2003, Exp. N.° 010-2000-AI), se ha seguido la teoría de la continuidad en cuanto a la legislación de facto; y, por ende, los decretos-leyes no perdieron vigencia, cuando se restablecía el orden constitucional, casi siempre precaria y temporalmente, en las distintas etapas de la República.

Obvio es, sin embargo, que a la luz del Estado Social y Democrático de Derecho que rige hoy en el Perú, es insoslayable examinar –como efectivamente lo hace la sentencia *ut supra*- si las normas legales impugnadas en estos procesos son o no compatibles con la Constitución Política de 1993.

La Constitución Histórica

Los preceptos pertinentes de la Constitución Histórica sirven, sin duda, de guía.

1. Las Bases de la Constitución Peruana, de 17 de diciembre de 1822, enunciaron (9-7) que la Constitución debe proteger la igual repartición de contribuciones, en proporción a las facultades de cada uno, lo mismo que la de las cargas públicas; y (18) que la imposición de contribuciones y modo de repartirlas se determinará exclusivamente por el Congreso.
2. La Constitución de 1823 estableció como potestades exclusivas del Congreso (60-9) decretar las contribuciones, impuestos y derechos para el sostén y defensa de la República; y del Poder Ejecutivo (80-6), decretar la inversión de los caudales destinados por el Congreso a los diversos ramos de la administración pública. Asimismo, dispuso que (148) constituyen la Hacienda Pública todas las rentas y productos que conforme a la Constitución y a las leyes deban corresponder al Estado; que (149) el Presupuesto de los gastos públicos fijará las contribuciones ordinarias, mientras se establece la única contribución y se adopte por regla constante el acrecimiento de la Hacienda con el fomento de ramos productivos a fin de disminuir las imposiciones en cuanto sea posible; y que (151.2 y 151.3) el Ministerio de Hacienda presentará anualmente al Gobierno, para que lo haga al Congreso, el

Presupuesto de los Gastos para el servicio de la República y el plan de contribuciones ordinarias para cubrirlos.

3. La Constitución de 1826 otorgó a la Cámara de Tribunos (43—2) la iniciativa en las contribuciones anuales y en los gastos públicos; y al Presidente de la República (83-19) el cuidado de la recaudación e inversión de las contribuciones con arreglo a las leyes. Además, garantizó enunciativamente (146) que las contribuciones se repartirán proporcionalmente, sin ninguna excepción ni privilegio.
4. La Constitución de 1828 atribuyó al Congreso (48-8) la tarea de fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlo, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo; y a éste (90-18), el cuidado de la recaudación e inversión de las recaudaciones y demás fondos de la Hacienda Pública.
5. La Constitución de 1834 determinó que correspondía al Congreso (51-8) aprobar, o no, el Presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas, determinar la inversión de las rentas nacionales y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo; el cual, a su vez, debía (85-20) cuidar de la recaudación e inversión de las contribuciones y demás fondos de la Hacienda Pública con arreglo a ley. Como Garantía Constitucional (168) declaró que la facultad de imponer contribuciones directas o indirectas corresponde exclusivamente al Congreso; y que sin una ley expresa, ninguna autoridad ni individuo de la República podía imponerlas, bajo pretexto alguno.
6. La Constitución de 1839 declaró que era atribución del Congreso (55-6) aprobar o desechar el Presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas, determinar la inversión de las rentas nacionales, tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo (87-25) y velar por la recaudación e inversión de los fondos de la hacienda pública. Declaró, como garantía individual, que (162) las contribuciones se repartirán proporcionalmente entre los ciudadanos, sin excepción ni privilegio alguno.
7. La Constitución de 1856, precisó (8) que no puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en servicio público y en proporción a los medios del contribuyente, y limitó a un año las contribuciones directas.
8. La Constitución de 1860, asimismo, estableció como una garantía nacional (8 y 59.5) que no pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público.
9. La Constitución de 1867 prescribió también como una garantía nacional (7 y 59-5) que sólo el Congreso puede imponer contribuciones, y que, en el caso de las contribuciones personales, éstas no podrán ser impuestas sino por un determinado tiempo.
10. La Constitución de 1920 preceptuó (7 y 83-5) que no pueden crearse, modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público, y (8) que la contribución sobre la renta será progresiva.

11. La Constitución de 1933 garantizó (8 y 123-5) que sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos, así como exonerar de su pago en todo o en parte; y que no hay privilegios personales en materia de impuestos.
12. La Constitución de 1979 declaró (77) que todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos. Estableció además (80), que son deberes fundamentales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado. Igualmente (110), que el régimen económico de la República se fundamenta en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana; y que el Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso y que con igual finalidad fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores. En cuanto a la Hacienda Pública, la propia Carta dispuso (139) que sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios; que la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación; y que no hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria.

La Constitución de 1993

13. Los deberes primordiales del Estado están declarados en el artículo 44°, y son: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; y establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

En la medida que el impuesto materia de la Ley N.º 28194 está destinado a cumplir tales deberes primordiales del Estado, este no es inconstitucional.

La doctrina

14. Rodolfo R. Spisso, adhiriendo a la opinión de Giuliani Fonrouge, sostiene que: “(...) Se puede definir al tributo diciendo que es una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio, que da lugar a relaciones de derecho público. La relación que se establece entre el Estado, titular del poder tributario, y los contribuyentes o responsables que deben satisfacer la prestación jurídica de contenido patrimonial impuesta por aquél, se denomina obligación tributaria y es de orden personal”. (Derecho Constitucional Tributario, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 39).

15. La legislación nacional y extranjera acredita la diversidad de impuestos. La clasificación más extendida es la que los divide en impuestos directos e impuestos indirectos, aunque hay autores que niegan rigor científico a tal clasificación. De igual modo, se considera que se ha diseñado impuestos que gravan unos el patrimonio y otros el consumo; y otros que tienen como destinatarios al gobierno central, a los gobiernos regionales y a los gobiernos municipales.

16. Todo impuesto afecta la propiedad y la circulación de la riqueza. El propio Spisso explica que: “(...) No se trata de una antinomia entre derecho de propiedad y tributo, ya que éste constituye el precio que hay que pagar para vivir en sociedad, lo cual exige sufragar los gastos del gobierno encargado de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Sin menoscabo de ello –agrega- debe existir un límite a esa facultad de imposición, sin el cual el derecho de propiedad puede llegar a convertirse en sólo una bella palabra.” (Ob. cit., pág. 417). No valdría de nada que la Constitución garantizara la propiedad, su uso y disposición, si es que de manera indirecta, a través de la tributación, pudiera vaciarse el contenido efectivo de este derecho. Es en atención a tal eventualidad que la sentencia *ut supra* deja abierta la posibilidad de que se interponga acción de amparo cuando tal supuesto aconteciere.

SS.

ALVA ORLANDINI

