Panorama del secreto bancario y reserva tributaria

El pasado 3 de julio, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la *Ley N° 31507,* que introdujo una reforma constitucional, orientada a fortalecer la lucha anticorrupción en el marco del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

La ley en mención modificó el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, agregando dos nuevos actores con facultades para solicitar el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria:

a) El Contralor General de la República: Respecto de funcionarios y servidores públicos que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, en los tres niveles de gobierno, en el marco de una acción de control.

b) El Superintendente de Banca, Seguros y AFP (SBS): Para los fines específicos de la inteligencia financiera.

Ello significa que, ahora, al igual que el Fiscal de la Nación y las Comisiones investigadoras del Congreso, la Contraloría y la SBS ya no requieren de la participación de un juez para solicitar la información bancaria o tributaria de un funcionario o servidor público, o de un ciudadano en general, respectivamente.

La modificación aprobada, replicó el texto de la *Ley N° 31305* (*El Peruano*, 23-07-2021), la cual fue declarada anticonstitucional como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la *Resolución Legislativa N° 021-2020-2021-CR* que introdujo una cuarta legislatura en el Congreso de la República, elegido para completar el Período Parlamentario 2016-2021.

Al respecto, las opiniones en torno a la reforma aprobada están divididas. Por un lado, hay quienes apoyan la medida en el sentido que tanto la Unidad de Inteligencia Financiera, como la Contraloría General de la República, por años han manifestado la necesidad de contar con tales atribuciones para un mejor ejercicio de sus competencias.

Mientras que, por el otro lado, se observa que esta reforma relativiza aún más el contenido de los derechos constitucionales al secreto bancario y la reserva tributaria, con lo cual se limita la libertad de los ciudadanos.

Recordemos que desde el año 2004, con la creación del Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), el contenido y protección de estos derechos constitucionales fueron relativizados, puesto que la Sunat toma conocimiento de las operaciones bancarias de depósitos y retiros de los contribuyentes.

Asimismo, es también importante recordar que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el secreto bancario forma parte de la esfera individual de la persona, en lo

concerniente a su vida económica, a la que ciertas autoridades pueden acceder, legítimamente, bajo ciertas condiciones.

Por ello, en la *Sentencia 01219-2003-HD/TC* (Caso Nuevo Mundo Holding S.A.), el Tribunal Constitucional dejó establecido que:

(…) 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. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su conocimiento y acceso solo 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 refiera al caso investigado" (fundamento 9).

No obstante, como veremos a continuación, a pesar de reconocer el contenido constitucional de estos derechos, su aplicación se ha ido relativizando en el tiempo producto de nuevas normas dadas por el Ejecutivo, como es el caso de los cuestionamientos que en su momento se hicieran a las disposiciones previstas en los *Decretos Legislativos 1313* y *1434*.

Decreto Legislativo 1313

En diciembre de 2016, el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, emitió el *Decreto Legislativo 1313*, con el cual se modificó la *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y*

Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley 26702, agregando la posibilidad que las empresas del sistema financiero, acorde con lo dispuesto en los tratados internacionales o decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, pudiesen suministrar a la Sunat, información sobre operaciones pasivas 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.

En la exposición de motivos del citado *Decreto Legislativo 1313*, se señaló que esta incorporación en nuestra legislación tenía por objeto adecuar nuestra normativa nacional a los estándares necesarios para aplicar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en lo concerniente al intercambio de información para fines de tributación y fiscalidad a nivel internacional.

Decreto Legislativo 1434

Luego de publicado *el Decreto Legislativo 1313*, ya con Martín Vizcarra como presidente de la República, en septiembre de 2018, se emitió el *Decreto Legislativo 1434*, según el cual, se precisaron dos aspectos medulares para la aplicación de la modificación introducida por el *Decreto Legislativo 1313*.

Se estableció que el requerimiento de la Sunat a las empresas del sistema financiero, podría darse con carácter general, es decir, a diferencia de lo que ocurre con un juez, no se daría caso por caso, previa publicación de una resolución de superintendencia,

Además, se precisó que, la información recaba por la Sunat, también podría ser utilizada para fines de fiscalización, y no solo para el cumplimiento de acuerdos internacionales sobre la materia.

Evaluación por parte del TC

A través de la sentencia recaída en el expediente acumulado *N° 00003-2021-PI/TC y 00009-2021-PI/TC,* el Tribunal Constitucional, declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra los *Decretos Legislativos 1313* y *1434*, permitiendo así que la Sunat solicite información a los bancos sobre sus clientes.

En aquella oportunidad, el TC señaló que su jurisprudencia no solo había reconocido la relevancia constitucional del secreto bancario, sino que también había desarrollado un conjunto de razones jurídico-constitucionales que permitían establecer que su protección y tutela coexisten con la admisión de límites, siempre que estos sean compatibles con la Constitución y con el bloque de constitucionalidad.

El TC agregó que la información bancaria mencionada en las disposiciones cuestionadas no aludía en realidad a las operaciones pasivas, individualmente consideradas, sino que solo se encontraba relacionada o referida a ese tipo de operaciones como conjunto.

Por lo que, lo que debía suministrarse a la Sunat, antes que información detallada sobre las operaciones pasivas de las entidades financieras con sus clientes, era información

general o resultante, que englobara los conceptos de: i) saldos y/o montos acumulados; ii) promedios de un determinado período; iii) montos más altos de un determinado período; iv) rendimientos generados.

Por tanto, la naturaleza de la información que podía ser suministrada a la Sunat no era de tipo concreto o específico, sino que es de carácter global y, en tal entendido, no revelaba la intimidad que la garantía del secreto bancario protege.

Eso sí, el TC dejó a salvo la potestad del Poder Ejecutivo de reglamentar la norma para los fines de fiscalización.

Reglamentación por parte de la Sunat

Los meses continuaron avanzando, y ya el Perú había recibido de parte de la OCDE la confirmación acerca de la confiabilidad de sus sistemas de intercambio de información para la fiscalidad internacional.

Fue así que, a fines del año 2020, el Gobierno emitió el *Decreto Supremo N° 430-2020-EF* el cual se encargó de establecer los criterios que debían adoptar las empresas pertenecientes al sistema financiero para proceder con los reportes masivos de información a la Sunat.

Como era de esperarse, la Sunat no escatimó esfuerzos en la información que podía solicitarle a las entidades del sistema financiero. Por ejemplo, toda clase de datos de identificación de los ciudadanos incluyendo sus domicilios y toda la información posible que pudiese desprenderse a partir de una cuenta bancaria (condición de individual o mancomunada, saldo y/o montos acumulados, promedios o montos más altos, rendimientos generados, entre otros).

Asimismo, se dispuso que las empresas del sistema financiero, para determinar si deben comunicar la información de una cuenta a la Sunat, debían considerar el umbral actual de 7 UIT considerando las diversas cuentas que pudiese tener una persona.

Este Reglamento ha sido cuestionado a través de una acción popular, que aún no es resuelta.