



UNIVERSIDAD RICARDO PALMA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“Efectos jurídicos de la aplicación del Intercambio de Información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (artículo 4°) y el Derecho Fundamental del Secreto Bancario Perú - 2021”

TESIS

Para optar el título profesional de Abogada

AUTORA

Alarcón Dueñas, Eva Fernanda (0000-0002-2640-1406)

ASESORA

Mamani Yupanqui, Yanet (0000-0003-1010-9969)

Lima, Perú

2022

Metadatos Complementarios

Datos de autor

Alarcón Dueñas, Eva Fernanda

DNI. 72305969

Datos de la asesora

Magister Mamani Yupanqui, Yanet

DNI. 42716295

Datos del jurado

Doctor. Rodríguez Chávez, Elio Iván

DNI. 08201018

ORCID: 0000-0003-0688-2035

Doctor. Vidal Coronado, Raúl Martín

DNI. 07543945

ORCID: 000-0001-8097-9092

Magister Huarag Guerrero, Enrico Marcel

DNI. 10148010

ORCID: 0000-0001-9985-5313

Magister Mamani Yupanqui, Yanet

DNI: 42716295

ORCID: 0000-0003-1010-9969

Abg. Rojo Martínez, Alejandro

DNI. 25590839

ORCID: 0000-0003-4074-6782

Datos de la investigación: Tesis

Campo del conocimiento OCDE: 5.05.00

Código del Programa: 42

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de tesis a mis amados padres, Jhony y Eva por ser quienes me alentaron en todo el proceso de realización de este trabajo de investigación, por enseñarme a ser perseverante y no flaquear ante la primera adversidad. Siempre han sido inspiración en mi vida.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por haberme guiado a lo largo de mi carrera profesional y brindarme la fuerza para no desfallecer en el camino.

A mis padres y hermanos, por ser siempre mi soporte en los momentos de debilidad, por su aliento constante y confianza incondicional.

A mis queridos profesores de la Universidad Ricardo Palma, quienes supieron transmitir sus conocimientos con mucha dedicación, paciencia y tolerancia.

A la Dra. Yanet Mamani Yupanqui, por su disposición de ser mi asesora, y que con su gran apoyo y profesionalismo ha sabido direccionar este trabajo de investigación.

RESUMEN

El objetivo general de nuestra investigación fue determinar qué efectos jurídicos se generan de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, en relación al derecho fundamental al Secreto Bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política.

El tipo de investigación fue básico, desde un nivel exploratorio, con un diseño no experimental sin intervención y un enfoque cualitativo. La técnica que se empleó fue la documentación y el instrumento las fichas bibliográficas.

Así concluimos que, con el intercambio de información, nuestra Administración Tributaria, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, por sus siglas SUNAT, puede intercambiar información respecto de sus contribuyentes con más de cien jurisdicciones con el fin de hacer frente al fraude fiscal como lo es la evasión tributaria.

Por esa razón y en relación a nuestro objetivo general, se sostiene que, se producen efectos jurídicos positivos para el Estado peruano, como una mejor recaudación tributaria, tener una Administración Tributaria de primer nivel moderna y digitalizada. Asimismo, la implementación del intercambio de información en el país, representa el consenso alcanzado entre el Legislativo y el Ejecutivo, lo que refleja nuestro fuerte compromiso en dar cumplimiento a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para alcanzar nuestra incorporación como miembro pleno de la referida organización. Finalmente, este instrumento sirve de elemento disuasivo, pues fomenta indirectamente el cumplimiento oportuno frente al latente temor de los evasores a ser descubiertos.

Palabras claves: Intercambio de información, secreto bancario, asistencia administrativa mutua, evasión tributaria, OCDE.

ABSTRACT

The general objective of our research was to determine what legal effects are generated from the application of the exchange of information of the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters signed by Peru, year 2018, in relation to the fundamental right to Bank Secrecy under paragraph 5 of article 2 of the Peruvian Constitution.

The type of research was basic, from an exploratory level, with a non-experimental design without intervention and a qualitative approach. The technique adopted was the documentation and the bibliographical archives as an instrument.

Thus we conclude that, with the exchange of information, our Tax Administration, the National Superintendence of Customs and Tax Administration, by its acronym SUNAT, can exchange information about on its taxpayers with more than one hundred jurisdictions in order to deal with tax fraud such as tax evasion.

For that reason and in relation to our general objective, it is argued that there are positive legal effects for the Peruvian State, such as better tax collection, having a modern and digitized first-level Tax Administration. Furthermore, the implementation of the exchange of information in our country reflects the consensus reached between the Legislative and the Executive, which reflects our strong commitment to comply with the international standards and recommendations by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) to achieve our incorporation as a full member of the aforementioned organization. To conclude, this instrument serves as a deterrent, since it indirectly encourages timely compliance in the face of the latent fear of evaders of being discovered.

Keywords: Information exchange, bank secrecy, mutual administrative assistance, tax evasion, OECD.

ÍNDICE

RESUMEN	v
ABSTRACT.....	vi
ABREVIATURAS	xi
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ASPECTOS METODOLÓGICOS	15
1.1. Problema General	18
1.1.1. <i>Problema Específico 1</i>	19
1.1.2. <i>Problema Específico 2</i>	19
1.2. Importancia y Justificación del Estudio	19
1.2.1. <i>Importancia del Estudio</i>	19
1.2.2. <i>Justificación del Estudio</i>	20
1.2.2.1. <i>Justificación teórica</i>	20
1.2.2.2. <i>Justificación práctica</i>	20
1.2.2.3. <i>Justificación social</i>	21
1.3. Objetivo General	21
1.3.1. <i>Objetivo Específico 1</i>	21
1.3.2. <i>Objetivo Específico 2</i>	22
1.4. Hipótesis General	22
1.4.1. <i>Hipótesis Específica 1</i>	22
1.4.2. <i>Hipótesis Específica 2</i>	22
1.5. Viabilidad y Limitaciones de la Investigación.....	22
1.5.1. <i>Viabilidad</i>	22
1.5.2. <i>Limitaciones</i>	23
1.6. Metodología empleada.....	23
1.6.1. <i>Tipo de investigación</i>	24
1.6.2. <i>Nivel de investigación</i>	24
1.6.3. <i>Diseño de investigación</i>	25
1.6.4. <i>Enfoque de la investigación</i>	25
1.6.5. <i>Técnicas e Instrumentos de recolección de datos</i>	26
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	28
2.1. Marco Histórico	28
2.1.1. <i>Antecedentes</i>	28
2.1.1.1. <i>Intercambio de Información en el plano bilateral</i>	30

2.1.1.2.	<i>Intercambio de información en el plano regional</i>	35
2.1.1.3.	<i>Intercambio de información en el plano multilateral</i>	39
2.1.2.	<i>El Perú y la OCDE</i>	43
2.1.2.1.	<i>Qué es la OCDE</i>	43
2.1.2.2.	<i>Importancia de ser miembro de la OCDE</i>	46
2.1.2.3.	<i>La relación Perú - OCDE</i>	48
2.1.2.4.	<i>El Programa País</i>	51
2.1.2.5.	<i>La adhesión y aprobación del Convenio Multilateral en el Perú</i>	53
2.2.	Intercambio De Información	55
2.2.1.	<i>Concepto y Naturaleza del Intercambio de Información</i>	55
2.2.2.	<i>Objeto del Intercambio de Información</i>	62
2.2.3.	<i>Funciones del Intercambio de Información</i>	64
2.2.4.	<i>Modalidades del Intercambio de Información</i>	70
2.2.4.1.	<i>Intercambio de Información por Solicitud</i>	70
2.2.4.2.	<i>Intercambio de Información Automático</i>	72
2.2.4.3.	<i>Intercambio de Información Espontáneo</i>	74
2.3.	Límites al Intercambio de Información	76
2.3.1.	<i>Principios rectores del Intercambio de Información</i>	77
2.3.2.	<i>Límites al Uso y al Intercambio</i>	85
2.3.3.	<i>Derechos del contribuyente</i>	92
2.3.4.	<i>Principios del Sistema Tributario Peruano</i>	96
2.4.	Implementación del Intercambio de Información en el Perú	98
2.4.1.	<i>Incorporaciones al Título Preliminar</i>	100
2.4.2.	<i>Modificaciones al Libro Segundo</i>	101
2.4.3.	<i>Incorporación del Título VIII al Libro Segundo</i>	104
2.4.4.	<i>Efectos jurídicos de la aplicación del Intercambio de Información en el Estado Peruano</i>	113
	CAPÍTULO III: EL SECRETO BANCARIO EN EL PERÚ	134
3.1.	Concepto del secreto bancario	134
3.2.	Caracteres del secreto bancario	139
3.3.	Elementos del secreto bancario	139
3.3.1.	<i>Sujeto activo</i>	140
3.3.2.	<i>Sujeto pasivo</i>	141
3.3.3.	<i>Objeto del Secreto Bancario</i>	142
3.4.	Naturaleza jurídica del secreto bancario	146

3.4.1.	<i>El secreto bancario como secreto profesional</i>	147
3.4.2.	<i>El secreto bancario en el uso</i>	150
3.4.3.	<i>El secreto bancario como manifestación de la voluntad contractual</i> ...	151
3.4.4.	<i>El secreto bancario en su fundamento extracontractual</i>	154
3.4.5.	<i>El secreto bancario como manifestación del derecho a la intimidad de las personas</i>	155
3.5.	El derecho a la intimidad y su relación con el secreto bancario	158
3.5.1.	<i>El derecho a la intimidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano</i>	166
3.6.	La necesaria reforma constitucional al último párrafo del inciso 5 artículo 2 de la Constitución Política	171
CONCLUSIONES.....		174
RECOMENDACIONES		177
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		179
ANEXOS		193

LISTA DE CUADROS, FIGURAS Y GRÁFICOS

Cuadro 2.1. El Perú participa en Comités y Grupos de Trabajo.....	50
Figura 2.1. Funciones del intercambio de información	65
Figura 2.2. Límites al intercambio de información	77
Cuadro 2.2. Instrumentos normativos y la imposibilidad de vulnerar la legislación interna para obtener la información.....	88
Cuadro 2.3. Instrumentos normativos y la imposibilidad de negarse a suministrar información	89
Cuadro 2.4. Instrumentos normativos y la prohibición de revelar secretos comerciales, industriales, profesionales	91
Gráfico 2.1. Estadísticas fiscales en países del Caribe y América Latina	113
Gráfico 2.2. Ingresos tributarios y su evolución	115
Gráfico 2.3. Estadística Flujos de Inversión Extranjera Directa.....	115
Figura 2.3. Intercambio de información en el Estado peruano y los efectos jurídicos de su aplicación.....	119
Gráfico 2.4. Ingresos al Gobierno General (2016) es menor a países emergentes.....	121
Gráfico 2.5. Incumplimiento del IGV (Porcentaje del PBI).....	122
Figura 3.1. El secreto bancario y los fines constitucionales de la Administración Tributaria.....	136
Figura 3.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamento jurídico del derecho a la intimidad	163
Cuadro 3.1. Antecedentes de iniciativas sobre levantamiento del secreto.	173

ABREVIATURAS

AAMMT	Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria
AATT	Administraciones tributarias
AEOI	Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras
APCI	Agencia Peruana de Cooperación Internacional
BCRP	Banco Central de Reserva del Perú
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CAA	Modelo de Acuerdo entre Autoridades Competentes
CAAMMT	Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CDI	Convenios para evitar la doble imposición tributaria
CE	Consejo de Europa
CEE	Comunidad Económica Europea
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CEPLAN	Centro Nacional de Planeamiento Estratégico
CESIP-OCDE	Comisión Especial de Seguimiento de la Incorporación del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
CIAT	Centro Interamericano de Administraciones Tributarias
CRS	Estándar Común de Reporte
CT	Código Tributario
CTS	Compensación por Tiempo de Servicios
EOI	Intercambio de Información
EOIR	Intercambio de Información previa petición
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FG	Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información para Fines Tributarios
GSI	Gestión de la seguridad de la información
IEM	Impuesto Especial a la Minería
IGA	Inter-Governmental Agreements
IGV	Impuesto General a las Ventas
IR	Impuesto a la Renta
IRS	Internal Revenue Service

IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LGSF	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros
MC OCDE	Modelo Convenio OCDE
MC ONU	Modelo Convenio ONU
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MMM	Marco Macroeconómico Multianual
MRE	Ministerio de Relaciones Exteriores
OAAMMT	Oficina de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OECE	Organización Europea de Cooperación Económica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PBI	Producto Bruto Interno
ROF	Reglamento de Organización y Funciones
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
SGSI	Sistema de Gestión de Seguridad de la Información
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
WBG	Grupo del Banco Mundial
WTA	Asociación Mundial de Contribuyentes

INTRODUCCIÓN

El Intercambio de Información es una herramienta esencial para la cooperación internacional, llevada a cabo por las administraciones tributarias de los Estados, donde se provee datos relevantes de personas físicas o jurídicas para lograr una correcta determinación y alcanzar una efectiva recaudación de tributos dentro de sus fronteras. Con esta herramienta se podrá tener el acceso a datos de contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal de los Estados, para con ello combatir la evasión tributaria y demás fenómenos propios de un mundo globalizado, verificando el debido acatamiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, pero a la vez protegiendo los derechos de los mismos.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, conocido por sus siglas OCDE, es una organización internacional que tiene como misión elaborar políticas para propiciar una mejor calidad de vida de los países. Así, el “Programa País” de la OCDE, un programa para países no miembros, comprendió una serie de proyectos de revisión de políticas, implementación, participación e incorporación a instrumentos jurídicos, siendo el Perú uno de los primeros países en comprometerse a fines del 2014 con el referido programa.

El Estado peruano debido a su compromiso con el programa y a fin de dar cumplimiento a los estándares internacionales de la referida organización, se adhiere a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal que regula el *intercambio de información*, cuya entrada en vigor para el país fue a partir del 1 de setiembre de 2018 y aplicable a partir del periodo tributario 2019.

En ese sentido, se puso en marcha una serie de modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico interno, como el Decreto Legislativo N.º 1315 que modifica el Código Tributario y el Decreto Legislativo N.º 1313 que modifica la Ley N.º 26702 – “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSF)”, precisando en su artículo 143 que el secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por la SUNAT, sin perjuicio de lo estipulado en el numeral 10 del artículo 62 del Código Tributario, donde a través de un escrito motivado se requiera al juez el levantamiento del secreto bancario con el fin de dar cumplimiento a lo acordado en tratados internacionales. Adicionalmente, el artículo 143-A de la referida Ley, modificado a su vez por el Decreto Legislativo N.º 1434 precisa que, las empresas del

sistema financiero suministran información de sus operaciones pasivas con sus clientes a la SUNAT, lo que significa que la Administración Tributaria ahora podrá acceder a cierta información financiera que antes se encontraba protegida por el secreto bancario, pese a lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 2 de nuestra Carta Magna que regula que el secreto bancario y la reserva tributaria pueden ser levantados solo a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación o por una Comisión Investigadora del Congreso.

Por ello, el problema general de nuestra investigación es ¿Qué efectos jurídicos se generan de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, en relación al derecho fundamental al Secreto Bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política? Siendo nuestra hipótesis general que, de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, se producen efectos jurídicos desde el punto de vista económico, administrativo, político y social. Por esta razón, el objetivo general es determinar qué efectos jurídicos se generan de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, en relación al derecho fundamental al Secreto Bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política.

Para llevar a cabo la investigación, el trabajo ha sido estructurado en 3 capítulos. En el capítulo I “Planteamiento del Problema y Aspectos Metodológicos” se identifica, describe y formula el problema general y específicos, se destaca la importancia y justificación del estudio, el objetivo e hipótesis general y específicas, así como la viabilidad y limitaciones de la investigación. Por lo que, el tipo de investigación es básico, de nivel exploratorio, con un diseño no experimental sin intervención y de enfoque cualitativo, siendo la técnica la documentación y el instrumento las fichas bibliográficas; en el capítulo II “Marco Teórico” se aborda el marco histórico del intercambio de información, su concepto, naturaleza, límites y su implementación en el Perú; y en el capítulo III “El Secreto Bancario en el Perú” se define al secreto bancario, sus caracteres, elementos, naturaleza, su relación con el derecho a la intimidad para luego realizar su análisis desde distintas jurisprudencias del Tribunal Constitucional y dar a conocer nuestra propuesta de ley de reforma constitucional al último párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, el cual acompañamos en los anexos de la investigación. Por último, damos a conocer nuestras conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ASPECTOS METODOLÓGICOS

Hoy en día dentro de las exigencias de un mundo globalizado y en pleno apogeo de las actividades transfronterizas, aunado ello al desarrollo tecnológico experimentado en las últimas décadas, ha generado que las empresas originen situaciones de deslocalización de sus operaciones en jurisdicciones que presentan una baja o nula tributación, así como la generación de rentas y tenencia de bienes en países cuya legislación presenta cierta opacidad, no permitiendo conocer quiénes son los beneficiarios efectivos de determinadas rentas, generando una suerte de competencia nociva entre países favoreciendo prácticas tributarias no deseadas y produciendo situaciones de fraude fiscal.

Según el Tax Justice Network, en su publicación del Estado de la Justicia edición 2021, “Los países están dejando de recaudar un total de US\$ 483 mil millones al año en impuestos, debido al fraude fiscal mundial de las empresas multinacionales y de las fortunas privadas, dinero suficiente para vacunar a la población mundial contra la Covid-19 más de tres veces seguidas”¹. Cabe añadir que tales datos sólo responden a lo declarado por las propias empresas multinacionales y a lo informado por las entidades bancarias.

El panorama en América Latina nos muestra un escenario similar. Así, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estimó que, el pasado 2018 los ingresos dejados de percibir fueron de un 6,1% del producto bruto interno (PBI) regional. Asimismo, “se cree que una parte considerable de la riqueza de América Latina se mantiene en el extranjero. La estimación del 27% (EUR 900 000 millones), es considerablemente superior a la media de Asia (4%), Europa (11%) o Estados Unidos (4%), y supone una pérdida de ingresos anual de EUR 19 000 millones”². Lo que evidencia claramente una afectación y obstaculización al desarrollo de nuestra región.

En el ámbito nacional, la evasión fiscal ascendió a los 20.000 millones de dólares en el 2017 y anualmente se cree que la evasión fiscal genera pérdidas alrededor de los 18.000

¹ Latindadd, “Fraude fiscal causa pérdidas por US\$ 483 mil millones cada año,” Latindadd: Red Latinoamericana por Justicia Económica y Social, <https://www.latindadd.org/2021/11/16/fraude-fiscal-perdidas-por-us-483-mil-millones-cada-ano/> (consultada el 17 de marzo de 2022).

² Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE, *Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este* (Uruguay: Foro Global de la OCDE, 2021), 16.

millones de dólares³, lo que nos muestra que el problema del traslado de fondos para no pagar impuestos es un problema universal que afecta a grandes economías y a economías emergentes.

En este contexto, las Administraciones Tributarias deben enfrentar el gran reto de lograr la correcta determinación de las obligaciones tributarias de los contribuyentes en relación a la real capacidad contributiva de estos, pero llevando a cabo sus facultades dentro de su jurisdicción de ámbito nacional.

A este respecto, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, por sus siglas OCDE, se ha encargado de otorgar asistencia a los gobiernos para enfrentar los desafíos propios del mundo globalizado, conduciendo a la mejora de las políticas de los países y a la celebración de acuerdos formales para buscar la solución a problemas comunes.

Así, el Perú fue uno de los primeros en comprometerse en el 2014 con el “Programa País” de la OCDE, lo que supuso nuestra incorporación a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, cuya entrada en vigor para el Perú fue a partir del 1 de setiembre de 2018 y aplicable a partir del periodo tributario 2019. En ese sentido, en el marco del convenio multilateral, podemos intercambiar información con más de cien jurisdicciones, por lo que, no cabe duda de que el intercambio de información es uno de los instrumentos más idóneos de los que disponemos para hacerle frente a la evasión fiscal.

Las acciones desarrolladas en el país, con el fin de adecuarnos a los estándares internacionales que exige la OCDE, incluyen modificaciones genéricas al ordenamiento jurídico. Por ello, mediante la Ley N.º 30506, se permitió que el Ejecutivo en su afán de dar cumplimiento a los estándares de la OCDE, aprobara el Decreto Legislativo N.º 1311 que modifica el Código Tributario, dotando a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) de facultades para coadyuvar con otras administraciones tributarias sobre el intercambio de información.

Posteriormente, se emitió el Decreto Legislativo N.º 1315 que también modifica el Código Tributario y el Decreto Legislativo N.º 1313 que modifica la Ley N.º 26702 –

³ Diario Gestión, “Evasión fiscal genera pérdidas cercanas a los US\$ 18.000 millones en el Perú,” <https://gestion.pe/economia/evasion-fiscal-genera-perdidas-cercana-us-18-000-millones-peru-258944-noticia/?ref=gesr> (consultada el 17 de marzo de 2022).

“Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSF)”, que precisa en su artículo 143 que, no rige el secreto bancario cuando la información sea requerida por la SUNAT, permitiéndole que a través de escrito motivado solicite al juez el levantamiento del secreto bancario para dar cumplimiento a lo acordado en tratados internacionales. Asimismo, según el artículo 143-A, modificado a su vez por el Decreto Legislativo N.º 1434, las empresas del sistema financiero, se encuentran obligadas a suministrar información de sus operaciones pasivas con sus clientes a la SUNAT, lo que significa que la Administración ahora podrá acceder a cierta información financiera que antes se encontraba asegurada por el secreto bancario.

No obstante, de conformidad al inciso 5, artículo 2 la Constitución Política del Perú “Toda persona tiene derecho al secreto bancario y la reserva tributaria y su levantamiento puede efectuarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado [...]”⁴. Sin embargo, no se ha establecido que sea el único mecanismo donde se permita hacer uso de la información materia de reserva. Así pues, el literal h) del artículo 85 del Código Tributario, permite que la información con calidad de reservada se intercambie con otras Administraciones Tributarias en observancia de lo acordado en convenios internacionales.

Como se observa, son dos los intereses legítimos que se enfrentan, por un lado, el interés de los contribuyentes que valiéndose de su derecho a la intimidad, buscan mantener bajo reserva las operaciones que llevan a cabo ante una entidad financiera; y por otro lado, se encuentra el interés legítimo del Estado, quien instrumentalizando la información proporcionada por los terceros, a efectos de lograr su objetivo recaudatorio, busca a través de la Administración Tributaria constatar los hechos impositivos, fiscalizando aquellos casos en donde existen señales de evasión fiscal⁵.

En tal sentido, una primera apreciación que se debe realizar ante esta situación es que, si bien se debe proteger el secreto bancario de las personas, la defensa al mismo debe estar dirigido a evitar que la información a intercambiar llegue a manos de quienes puedan hacer un uso ilícito de la misma, mas no respaldar que la información relevante

⁴ Constitución Política del Perú (1993), artículo 2, inciso 5.

⁵ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 322.

permanezca oculta para la SUNAT, debido a que, es necesario su pleno conocimiento para un efectivo control del cumplimiento de las obligaciones fiscales y combatir el fraude⁶.

En la actualidad, la SUNAT necesita de una autorización del juez a efectos de tener acceso a información sujeta al secreto bancario, lo cual no ocurre en países vecinos como Chile, Colombia y México. Por ello, somos conscientes de la necesidad de hacer efectivo un mecanismo a través del cual se le otorgue a la Administración Tributaria las facultades para levantar el secreto bancario, sin que ello suponga una contravención en su ámbito constitucional esencial⁷. En ese sentido, consideramos que se torna necesaria una reforma al segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política.

Por esta razón concordamos con Traverso Cuesta quien precisa que, “el acceso por parte de la SUNAT a información protegida por el secreto bancario no solo se basa exclusivamente en razones de una constante recaudación, sino también en el combate de otros problemas como la informalidad y la evasión tributaria”⁸. Además, que su acceso constituiría un medio propicio para el logro de los fines de todo Estado Social y Democrático de Derecho.

Finalmente, se lograría la protección y respeto íntegro de los derechos de quienes operan en más de un Estado, es decir, de los contribuyentes, pues se daría un uso medido y justificado al intercambio de información, para que tal instrumento no sea empleado como una regla general y so pretexto se intercambie información de los obligados de forma indiscriminada.

1.1. Problema General

¿Qué efectos jurídicos se generan de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el

⁶ Víctor Mejía, “Hobbes, Leviatán y el acceso a la información financiera para fines fiscales”, Blog de Tributación de la Universidad de Lima, <https://www.ulima.edu.pe/posgrado/maestrias/mtpf/blog/hobbes-leviatan-informacion-financiera> (consultada el 19 de marzo de 2022).

⁷ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 330.

⁸ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 322.

Perú, año 2018, en relación al derecho fundamental al Secreto Bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política?

1.1.1. Problema Específico 1

¿Qué derecho del contribuyente se afecta con la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Estado peruano en el año 2018?

1.1.2. Problema Específico 2

¿Qué cambio normativo se debe efectuar en la legislación interna para cautelar el derecho fundamental al secreto bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política?

1.2. Importancia y Justificación del Estudio

1.2.1. Importancia del Estudio

El desarrollo de la presente investigación es importante, debido a que, el intercambio de información se torna en una herramienta básica al servicio del control fiscal en las operaciones económicas en el plano internacional, por lo que, su aplicación ayudará al Estado peruano en la detección oportuna de casos de evasión fiscal, en la medida que, tales problemas no pueden combatirse de forma aislada, siendo necesaria la cooperación internacional entre Administraciones Tributarias, lo que se consigue mediante el intercambio de información.

Por ello, brindarle una especial atención al intercambio de información coadyuvará a la correcta aplicación del sistema fiscal peruano, dado que, permitirá intercambiar con más de cien jurisdicciones y acceder a información financiera nacional e internacional de obligados tributarios que realizan operaciones económicas fuera de nuestras fronteras.

En ese sentido, somos conscientes de la importancia de haber suscrito la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y la utilidad que representa este instrumento para nuestro país. Por tal motivo, resulta

trascendental dar cumplimiento a las regulaciones del intercambio de información que dicta la convención y adecuar el ordenamiento jurídico para el logro de un efectivo intercambio libre de obstáculos jurídicos y prácticos, entre los que incluye dotar a la SUNAT de la facultad de levantar información protegida por el secreto bancario.

1.2.2. Justificación del Estudio

1.2.2.1. Justificación teórica

Debido a las operaciones transfronterizas y el incesante desarrollo de la tecnología, era inevitable que grandes empresas multinacionales deslocalicen sus operaciones hacia Estados que manifiestan una baja, casi nula o nula tributación, en aras de evitar el pago de impuestos, dando paso al fraude fiscal.

En ese sentido, el intercambio de información surge como un instrumento clave para combatir la evasión fiscal, permitiendo que las autoridades fiscales tengan un conocimiento integral de las operaciones globales de sus contribuyentes.

Así pues, el intercambio de información constituye una variable de vital importancia, en tanto que, dota a las administraciones tributarias de los medios apropiados para la aplicación de un correcto sistema fiscal y permitirles hacer frente a actividades delictivas y modalidades de fraude fiscal, además de proteger a quienes realizan sus operaciones económicas en más de un Estado.

En ese sentido, la presente investigación contribuirá a un mayor conocimiento acerca del intercambio de información, puesto que, se recabará información de fuente confiable y actualizada enriqueciendo la literatura preexistente del tema. Adicionalmente, con nuestra propuesta de reforma al segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política, se logrará el respeto íntegro de los derechos de los contribuyentes, dándole un uso medido y justificado al intercambio de información.

1.2.2.2. Justificación práctica

Nuestra investigación se justifica porque partiendo de que la recaudación tributaria es la fuente principal de recursos del país, con la aplicación del intercambio de información el Estado peruano a través de su Administración Tributaria puede detectar de forma

oportuna casos de evasión fiscal, los cuales han supuesto grandes pérdidas dinerarias para el país, pérdidas que bien podrían ser empleadas en los servicios públicos básicos.

Por tal razón, afirmamos que este trabajo de investigación contribuirá con información práctica sobre este instrumento y pondrá a disposición del Estado peruano nuestra propuesta de reforma, a efectos de que el gobierno practique un intercambio de información de forma efectiva, libre de obstáculos tanto jurídicos como prácticos.

1.2.2.3. Justificación social

De igual manera, esta investigación se justifica en su relevancia social, dado que, al ser de fácil comprensión, contribuirá al conocimiento de los contribuyentes sobre este instrumento, logrando así que la sociedad peruana comprenda en qué consiste el intercambio de información que sobre ellos versará, mejorando el conocimiento sobre el alcance del problema. Con ello, se logrará tener la certeza de que, si bien la Administración Tributaria puede acceder a información financiera de peruanos cuyos ingentes patrimonios están localizados fuera del país, dicha información estará sujeta a una confidencialidad, dado que, el único fin es verificar que las obligaciones tributarias se estén cumpliendo correctamente y combatir de esta forma las modalidades de fraude fiscal.

1.3. Objetivo General

Determinar qué efectos jurídicos se generan de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, en relación al derecho fundamental al Secreto Bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política.

1.3.1. Objetivo Específico 1

Señalar qué derecho del contribuyente se afecta con la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Estado peruano en el año 2018.

1.3.2. Objetivo Específico 2

Precisar qué cambio normativo se debe efectuar en la legislación interna para cautelar el derecho fundamental al secreto bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política.

1.4. Hipótesis General

De la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, se producen efectos jurídicos desde el punto de vista económico, administrativo, político y social.

1.4.1. Hipótesis Específica 1

No se afectan los derechos de los contribuyentes con la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Estado peruano en el año 2018.

1.4.2. Hipótesis Específica 2

La reforma al último párrafo del inciso 5 artículo 2 de la Constitución Política, facilita a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) la detección oportuna de las modalidades de fraude fiscal, cautelando el derecho fundamental del secreto bancario en su ámbito constitucional esencial.

1.5. Viabilidad y Limitaciones de la Investigación

1.5.1. Viabilidad

La presente tesis es viable, debido a que, se cuenta con los suficientes recursos teóricos, para el desarrollo de esta investigación y a la disponibilidad de información en internet, tales como, libros, artículos de revistas académicas nacionales y extranjeras, tesis nacionales y extranjeras, trabajos de investigación de entidades públicas y privadas, páginas web, informes de organismos internacionales, jurisprudencia, y normativa

nacional y extranjera, lo cual ha contribuido significativamente al desarrollo de esta investigación.

En lo concerniente al recurso temporal, el presente trabajo de investigación será realizado en plazo de aproximadamente 4 meses dentro del año 2022, lo cual nos permitirá realizar todos los procesos de investigación desde el planteamiento del problema y aspectos metodológicos, el desarrollo del marco teórico, así como las conclusiones y recomendaciones.

Finalmente, respecto a los recursos financieros, se dispone de recursos propios y se cuentan con todos los recursos materiales necesarios, con lo cual se facilita el desarrollo del trabajo, por lo que, no hace falta ningún tipo de financiamiento por parte de alguna entidad.

1.5.2. Limitaciones

Una de las limitaciones halladas en el desarrollo de esta investigación es debido a la crisis sanitaria a nivel internacional por la existencia del virus del COVID-19, disponiendo el Estado el aislamiento a nivel nacional para evitar su propagación. En tal sentido, no pudimos acceder a libros ubicados en las bibliotecas de universidades, dentro de ellas, de la Universidad Ricardo Palma, así como de bibliotecas públicas, tal es el caso de la biblioteca nacional, por encontrarse estas cerradas.

Por lo demás, podemos decir que no encontramos limitación alguna para desarrollar nuestra investigación.

1.6. Metodología empleada

Luego de haber realizado los objetivos de nuestra investigación, es necesario elaborar el método que nos ayudará a hallar las respuestas a nuestras hipótesis, por consiguiente, seguiremos los siguientes pasos:

1.6.1. Tipo de investigación

Para Tamayo, “la investigación pura también conocida como básica o fundamental, encuentra sustento en el contexto teórico cuyo fin es el desarrollo de teorías a través del descubrimiento de generalizaciones o principios, buscando el progreso científico”⁹.

Por su lado Pardinás señala que, “el objeto de la investigación pura es el estudio de un problema orientado únicamente al progreso, o a la simple búsqueda del conocimiento”¹⁰. Además, nos recuerda que ningún país podrá aspirar a una vida científica independiente si no cuenta con investigadores puros.

En ese sentido, la presente investigación es básica, debido a que, se busca contribuir al conocimiento científico a través de los distintos conceptos y teorías respecto del intercambio de información y del secreto bancario.

1.6.2. Nivel de investigación

Arias señala que, hablar de nivel de investigación es hacer referencia al grado de profundidad con el que se trata cierto fenómeno o al objeto materia de estudio¹¹.

Para Rojas, los estudios exploratorios, buscan compilar información con el fin de reconocer, ubicar y definir problemas, demostrar hipótesis y recabar ideas que permitan afinar la metodología, para elaborar con mayor precisión el esquema definitivo de investigación¹².

Por tal razón, nuestro nivel de investigación es exploratorio, dado que, nos permite un primer acercamiento al problema que se busca estudiar y conocer, por lo que, se observaron los fenómenos con el fin de identificarlos, definirlos e interpretarlos, brindando valiosa información para futuros estudios.

⁹ Mario Tamayo, *El proceso de la investigación científica Cuarta Edición* (México: Editorial Limusa S.A, 2003), 42.

¹⁰ Felipe Pardinás, *Metodología y técnicas de investigación en Ciencias Sociales* (México: Editorial: Siglo XXI, 1988), 69.

¹¹ Fidiás Arias, *El proyecto de investigación: Introducción a la investigación científica Quinta Edición* (Venezuela: Editorial Episteme), 23.

¹² Raúl Rojas, *Guía para realizar investigaciones sociales* (México: Editorial Plaza y Váldes Editores, 2013) 41.

1.6.3. Diseño de investigación

Según el Manual II de la Universidad Ricardo Palma para la elaboración del trabajo de tesis, el diseño no experimental se caracteriza por no existir una manipulación en forma intencional de las variables que corresponden al hecho o al fenómeno de estudio¹³.

Por su parte, Hernández, Fernández y Baptista precisan que, los diseños no experimentales pueden clasificarse en:

- *Longitudinales*: Se caracterizan por ser estudios que recogen datos en momentos diferentes del tiempo.
- *Transeccionales o transversales*: Se caracterizan por ser estudios que recogen información en un solo momento del tiempo, pudiendo estos ser: Exploratorios, Descriptivos o Correlacionales - causales¹⁴.

Por lo tanto, el diseño de nuestra investigación es no experimental sin intervención, toda vez que, no se alteraron, ni manipularon las variables relacionadas al fenómeno de estudio. Asimismo, responde al diseño transeccional exploratorio, puesto que, se llevó a cabo la investigación en un momento único.

1.6.4. Enfoque de la investigación

A juicio de Barrantes Echevarría, “el enfoque es una forma de ver o plantear la solución de un problema dentro de un gran lineamiento al que se denomina paradigma”¹⁵.

Como bien refiere Gallardo, el enfoque es “la postura que adopta el investigador con el objetivo de aproximarse a un fin”¹⁶.

Hernández, Fernández y Baptista clasifican los enfoques en:

- *Enfoque cuantitativo*: Se basa en el recojo de datos para demostrar las hipótesis sobre una medición numérica y empleando análisis estadístico.

¹³ Universidad Ricardo Palma, *Manual II para la elaboración del trabajo de tesis* (Perú: Escuela de Posgrado, 2020), 9.

¹⁴ Roberto Hernández, Carlos Fernández, Pilar Baptista, *Metodología de la investigación Sexta Edición* (México: Ed. Mc Graw Hill, 2014), 188.

¹⁵ Rodrigo Barrantes, *Investigación: un camino al conocimiento. Un enfoque cuantitativo y cualitativo* (Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2007), 57 -58.

¹⁶ Eliana Gallardo, *Metodología de la Investigación: manual auto informativo interactivo* (Perú: Universidad Continental, 2017), 21.

- *Enfoque cualitativo*: Se basa en el recojo y el análisis de información con el fin de descubrir las preguntas de investigación más relevantes para luego mejorarlas y brindarles una respuesta¹⁷.

De lo antes expuesto podemos señalar que, nuestro enfoque es cualitativo, ya que, nuestra investigación carece de análisis estadístico y más bien nos hemos centrado en una acción indagatoria en base a la literatura existente sobre el intercambio de información y el secreto bancario, partiendo de una idea como fase inicial, pasando luego al planteamiento del problema, a la concepción del diseño, al recojo de datos y la elaboración de nuestras conclusiones y recomendaciones.

1.6.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

En toda investigación es indispensable el empleo de datos e información para dar respuesta a las cuestiones de la investigación. En ese sentido, la forma en la que obtendremos tales datos se denomina *técnicas*.

Así, para Gallardo, “entre las técnicas para la recolección de datos cualitativos se encuentra la observación, las entrevistas y la revisión de documentos”¹⁸.

Por otro lado, los *instrumentos* son los mecanismos que empleamos para recolectar información y tener un registro de la misma, como los cuestionarios, fichas bibliográficas, guía de entrevista y listas de cotejo¹⁹.

Por lo tanto, la técnica empleada en nuestra investigación fue la documentación, pues hemos realizado el acopio de información de libros, revistas jurídicas, artículos de revistas académicas, artículos de periódicos, tesis, conferencias, sitios web, legislación nacional e internacional y jurisprudencias obteniendo todo el acervo documental que es básico para el desarrollo de nuestro trabajo, permitiéndonos analizar y sistematizar la información recolectada y dar respuesta a nuestro problema general y específicos.

¹⁷ Roberto Hernández, Carlos Fernández, Pilar Baptista, *Metodología de la investigación Sexta Edición* (México: Ed. Mc Graw Hill, 2014), 38.

¹⁸ Eliana Gallardo, *Metodología de la Investigación: manual auto informativo interactivo* (Perú: Universidad Continental, 2017), 74.

¹⁹ Universidad Ricardo Palma, *Manual II para la elaboración del trabajo de tesis* (Perú: Escuela de Posgrado, 2020), 13.

Como instrumento empleamos las fichas bibliográficas para un registro ordenado de la documentación, con el fin de tener al alcance los datos y con ello localizar el material de forma oportuna.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Marco Histórico

2.1.1. Antecedentes

Después de la segunda guerra mundial, el mundo se encontraba desintegrado, con economías poco cooperantes a causa del alto nivel de desconfianza entre Estados y la carencia de empresas transnacionales. Asimismo, *la ausencia de un verdadero sistema financiero mundial era imperante, pues la población había dejado de confiar en estos y en la banca*. En lo relativo a la tecnología, ésta era insuficiente para la interconexión global en tiempo real. Tal es así que, cada Estado centraba su atención en su propia reconstrucción y recuperación económica, perdiendo de vista el combate del fraude fiscal y con ello una casi nula por no decir inexistente asistencia interinstitucional internacional.

Los países aun no remediaban en que la tributación se iba tornando paulatinamente en un fenómeno global y que, para hacer frente a la evasión, elusión y paraísos fiscales, que para entonces se habían desarrollado a pasos galopantes, iba a ser necesario el desarrollo de mecanismos de cooperación.

Según Barreix, Roca y Velayos “a finales de los 80 se documenta el primer esfuerzo político de asociar el fenómeno de la globalización financiera con la erosión tributaria”²⁰. Muestra de ello fue lo acaecido en 1989 cuando se propuso en Europa la aprobación de la Directiva Europea de la tributación del ahorro y que al anunciarse en Alemania de que con tal aprobación habría una retención, se generó una fuga de capitales de 43 millones de dólares en menos de un año, por lo que se tuvo que abandonar tal medida.

A inicios de la década de los 90, se acelera la liberalización de movimientos de capitales y se acrecienta la pérdida de recaudación en jurisdicciones de baja o nula tributación. Es así que, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, y a quien en adelante nos vamos a referir como la OCDE, aprueba en 1998 un primer trabajo sobre competencia fiscal perniciosa, en ese sentido, se puede afirmar que “el surgimiento del intercambio de información tributaria no es sino hasta entrado el siglo XXI”²¹.

²⁰ Alberto Barreix, Jerónimo Roca y Fernando Velayos, “Breve historia de la transparencia tributaria,” *Documento para discusión N° IDB-DP-453, Sector de Instituciones para el Desarrollo del Banco Interamericano de Desarrollo*, junio de 2016, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Breve-historia-de-la-transparencia-tributaria.pdf>

²¹ Alberto Barreix, Jerónimo Roca y Fernando Velayos, “Breve historia de la transparencia tributaria,” *Documento para discusión N° IDB-DP-453, Sector de Instituciones para el Desarrollo del Banco Interamericano de Desarrollo*,

Así las cosas, el panorama en América Latina era poco alentador, tanto los sistemas y administraciones tributarias, en adelante AATT, se encontraban poco internacionalizadas. En lo concerniente a la cooperación entre países en materia de intercambio de información, disponible en papel, en la práctica era muy poco empleada y el acceso a datos bancarios por parte de las administraciones era bloqueada por una minoría de Estados.

Dicha situación cambia a raíz del impulso proveniente de países desarrollados que buscaban hacer frente a las prácticas de grandes empresas que realizaban planificación agresiva.

Tal es el caso que, en el 2009 el G20 y G8 emiten comunicados sobre asuntos fiscales, que se concretan en diversos aspectos, como la retirada de países como Suiza, Luxemburgo, Austria y Bélgica a la reserva del artículo 26 del Modelo de Convenio sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE, lo que suponía el inicio del declive del secreto bancario en el mundo entero, puesto que los demás países al ver el compromiso de Suiza y Luxemburgo accederían también a levantar su secreto. Asimismo, otras jurisdicciones como Macao, Hong Kong y Singapur se comprometieron a favorecer el intercambio de información previa petición.

En ese mismo año, se publicó la lista de Estados no cooperantes del Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información para Fines Tributarios, por sus siglas FG, dirigido por la OCDE, iniciándose el trabajo de muchos países para poder salir de la misma. Así, por ejemplo, en América Latina, tanto Uruguay como Costa Rica figuraban dentro de la lista negra y en el Caribe, se registraron 18 países de los 39 listados de gris.

Finalmente, algunos países han decidido unirse al Foro Global, como el nuestro en el 2014, pero podrían enfrentarse con problemas en el ámbito constitucional en materia de secreto bancario.

Es evidente que, durante muchos años los obligados tributarios han ocultado sus ingresos y activos de las administraciones tributarias, valiéndose y abusando de la institución del secreto bancario u otros obstáculos al intercambio de información. No obstante, en un

contexto globalizado las administraciones han advertido que la cooperación entre estas es clave para el combate de prácticas perjudiciales.

Hoy en día no existe posibilidad de tolerancia alguna para la evasión tributaria. Ello no podría ser distinto, pues en toda crisis de tipo económico y financiero, los gobiernos necesitan de una mayor recaudación tributaria y nosotros como contribuyentes necesitamos la plena seguridad de que la carga fiscal se encuentra repartida de manera justa.

2.1.1.1. Intercambio de Información en el plano bilateral

El intercambio de información a partir del 2009 ha tenido un avance notable a través de los acuerdos bilaterales y de la Convención Multilateral de la OCDE, convención ratificada por más de 100 jurisdicciones, del cual hablaremos más adelante.

Según Wanyana Oguttu, los Estados para intercambiar información requieren de un instrumento que los habilite²². En efecto, en el plano bilateral ese instrumento son los convenios para evitar la doble imposición tributaria, en adelante CDI, el cual habilita a los Estados a realizar el intercambio de información a través de la aplicación de una cláusula.

Hablar de los CDI es hacer referencia a un fenómeno previo que le da origen; esto es, la doble tributación. Este fenómeno se da cuando dos jurisdicciones o más, sostienen que les corresponde el derecho de gravar cierta renta. Ello significa que, una misma renta obtenida por un mismo contribuyente puede ser gravada por más de un país.

Esto surge porque cada Estado goza de potestad tributaria, ello implica que cada país de acuerdo a su ordenamiento pueda fijar determinados “criterios de vinculación” o llamados también “puntos de conexión” como la nacionalidad, el domicilio y la fuente.

Según el artículo 2 de la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969, “se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el

²² Annet Wanyana Oguttu, “A Critique on the Effectiveness of Exchange of Information on Tax Matters in Preventing Tax Avoidance and Evasion: A South African Perspective”, 14 de enero de 2014, <https://n9.cl/xzogiv>

derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”²³.

Imaoka Hojyo define a los CDI como “el acuerdo celebrado entre dos países sobre el régimen fiscal aplicable a los sujetos y a las rentas sobre las que ambas jurisdicciones fiscales tengan competencia”²⁴. En otros términos, es una suerte de “*contrato de reparto de soberanía fiscal*”, cuyo principal objetivo es prevenir la doble tributación internacional.

Tomando en cuenta las definiciones antes señaladas sostenemos que, los CDI son tratados bilaterales que suscriben los Estados, cuyo fin es limitar la potestad tributaria y evitar efectuar un doble gravamen; esto es, impedir que la renta generada sea gravada dos veces por Estados distintos. Por consiguiente, estos convenios buscan mejorar las relaciones comerciales entre países, evitar un desincentivo a la inversión por el impacto que genera el doble pago de impuestos y desde luego, luchar contra la evasión tributaria.

Según la Revista Digital de la Cámara de Comercio de Lima sobre la doble imposición tributaria señala que esta “genera un sobrecosto a los contribuyentes que operan en el mercado internacional; y afecta a los inversionistas nacionales y extranjeros que hacen empresa, para el desarrollo, el crecimiento y la creación de nuevos puestos de trabajo que nuestros países requieren”²⁵. Cabe agregar que, los CDI también cooperan con el intercambio de información y/o datos entre autoridades tributarias con el fin de prevenir y fiscalizar las modalidades de fraude fiscal.

Al respecto, consideramos que, si bien es cierto que con la suscripción de los CDI se logra una prevención y fiscalización de la evasión y elusión fiscal, el objetivo principal de este tipo de convenios bilaterales, es prevenir el doble pago de impuestos. Ahora bien, que *a consecuencia de la globalización se haya ampliado la finalidad de los CDI como una forma de facilitar el intercambio de información para evitar la comisión del fraude fiscal, no significa que sea el instrumento más idóneo para tal fin.*

²³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969

²⁴ Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 24.

²⁵ Víctor Zavala, “Convenios para evitar la doble tributación internacional”, Revista Digital de la Cámara de Comercio de Lima, <https://lacamara.pe/convenios-para-evitar-la-doble-tributacion-internacional/> (Consultado el 13 de diciembre de 2021)

En la actualidad, el Estado peruano cuenta con 8 CDI suscritos. Entre los vigentes desde el 2004 se encuentra el convenio con Chile y con Canadá. El convenio con Brasil que está vigente desde el 2010. Por su parte, los convenios con México, Corea del Sur, la Federación Suiza y Portugal, desde el año 2015. Y, por último, el convenio con Japón, aplicable desde el 2022. Cabe hacer mención al Convenio con la Comunidad Andina (CAN), con la participación de Colombia, Bolivia y Ecuador, que se encuentra vigente desde el 2005 y que será materia de comentario en el punto siguiente donde abordaremos al intercambio de información, conocido como EOI, dentro del plano regional.

Es pertinente mencionar que, en el mundo existen dos modelos que han servido de inspiración para los CDI y son el Modelo de Convenio OCDE, en adelante MC OCDE, que vale decir es el más antiguo, y el Modelo de Convenio ONU, en adelante MC ONU. Ambos en la cláusula 26 de sus respectivos modelos regulan el Intercambio de Información.

La cláusula de intercambio de información desarrollada por ambos modelos inicialmente tenía como fin evitar la doble tributación; sin embargo, su objetivo hoy en día guarda un estrecho nexo con el combate de la evasión tributaria, los mismos que se contrarrestarán con una adecuada asistencia administrativa mutua entre Estados.

Según Imaoka Hojyo, el MC OCDE cuyo origen se remonta a 1963, con el devenir del tiempo ha ido incorporando mecanismos para la aplicación correcta del Convenio, es así que dentro del Capítulo VI sobre Disposiciones Especiales, se ubica el ya mencionado artículo 26 relativo al intercambio de información tributaria, el mismo que ha sufrido varias modificaciones para poder enfrentarse de una forma más optima a las condiciones de las relaciones económicas internacionales²⁶. Asimismo, se ha incorporado límites como el referido al secreto bancario, en aras de alcanzar una amplia cooperación entre AATT de los Estados contratantes.

El MC OCDE ha sufrido variadas revisiones en los años 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 y 2010, siendo empleado como el más importante documento de referencia para las negociaciones de esta clase de tratados entre los países que no son partícipes de la OCDE. Así, concordamos con Imaoka Hojyo que, “el reconocimiento a

²⁶ Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral), Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 33-34.

nivel mundial de las disposiciones del Modelo, y su incorporación a los CDIs, ha permitido que los Comentarios al Modelo se utilicen como eje de interpretación de los tratados tributarios”²⁷.

A pesar de ser una indiscutible novedad y traer consigo avances, el tratamiento del intercambio de información en este escenario, se ha caracterizado por estar subordinado al objetivo de prevenir la doble tributación. No obstante, los cambios originados por “la globalización de los mercados financieros, los avances en las tecnologías de la información, han pesado en el ámbito tributario a partir de los noventa de tal manera que el intercambio de información ha ido cobrando una creciente importancia a la hora de implementar sistemas impositivos eficientes”²⁸. Como consecuencia, es a partir del 2009 que se han suscrito una densa red de acuerdos bilaterales incorporando en sus cláusulas al intercambio de información.

Según el Foro Global en su informe de progreso 2015, la encuesta aplicada alrededor de 32 jurisdicciones, que habían *puesto en práctica el intercambio de información a requerimiento*, arrojó como resultado una recaudación de US\$ 703 millones durante los años 2012-2014²⁹.

El logro del Foro Global en materia de intercambio de información previa petición en el 2012, se vio mermado por la crítica del Tax Justice Network, quien clamaba el intercambio automático desde el 2005³⁰. Aun así, en América Latina, pese al obstáculo del secreto bancario, muchos países levantaron las barreras legales a favor de la transparencia fiscal.

Así las cosas, el planeta se fraccionó en dos grupos, de los que colaboran y de los que no, siendo el primero el mayoritario, aunque no todos sus integrantes participaban de la misma manera.

²⁷ Imaoka, Análisis jur jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 33.

²⁸ Imaoka, Análisis jur jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 4.

²⁹ Barreix, Roca y Velayos, “Breve historia de la transparencia tributaria,” 12.

³⁰ John Christensen y Richard Murphe, *Tax us if you can 2 Edition* (England: Tax Justice Network, 2005), [TUIYC_2012_FINAL.pdf \(taxjustice.net\)](#).

A ser verdad, las críticas y la presión de los activistas permitieron lo que hoy en día se ha logrado en la historia de la transparencia internacional y es pues la aceptación generalizada del estándar de intercambio automático.

Cabe hacer mención en este punto a la Ley de Cumplimiento tributario de las cuentas extranjeras o el “Foreign Account Tax Compliance Act”, FATCA por sus siglas en inglés. Con esta ley se modifica el Capítulo 4 del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos, por lo que las instituciones financieras extranjeras debían identificar y reportar información de manera periódica o automática de las cuentas de los ciudadanos y personas estadounidenses al Internal Revenue Service, en adelante IRS. Aquellas que no reportasen información alguna, enfrentarían una retención del 30% de determinados pagos efectuados a estas.

De forma posterior, el Estado emprendió un camino de colaboración con las administraciones de otros países a efectos de alcanzar una mejor implementación de la Ley a través de la suscripción de los llamados Inter-Governmental Agreements, IGA por sus siglas en inglés. Sin embargo, el intercambio de información practicado por los Estados Unidos con estas otras jurisdicciones no era en su totalidad recíproca.

Si con el intercambio de información a requerimiento se había logrado un gran progreso a partir del 2009, la ley FATCA demostró que era posible el intercambio automático, tanto política como tecnológicamente, con una provisión de datos muy elevados en lo objetivo (datos en poder de aseguradoras y otras entidades financieras como bancos) y subjetivo (datos de nacionales, de residentes, entre otros). Asimismo, permitió que ciertos países aprovecharan la ley FATCA para el mejoramiento de su marco legal y con ello la aplicación del intercambio de información.

Estas ventajas que tuvieron como resultado al llamado Estándar Común de Reporte o “Common Reporting Standard”, en adelante CRS, también trajo consigo ciertas desventajas.

La primera la encontramos en el riesgo que supone un cambio tan vertiginoso para algunas jurisdicciones. Tanto los cambios jurídicos, institucionales y tecnológicos pueden ser posibles; sin embargo, muchos de los países de América Latina como es el caso peruano, surge la duda sobre la necesidad de reformar la Constitución o el dilema de incumplirlo.

Por otro lado, si bien los Estados Unidos contribuyeron a la mejora del intercambio de información con la iniciativa FATCA, estos no cumplían con entregar la misma información que solicitaban. De igual forma, las entidades financieras estadounidenses no facilitaban información de los no residentes de forma masiva al IRS.

Aun con falencias, los grandes avances logrados durante estos años han sido históricos y han permitido la aprobación del CRS de la OCDE en el 2014 y la posterior firma de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.

2.1.1.2. Intercambio de información en el plano regional

Según Adolfo Martínez, el paso de lo bilateral a lo regional lo encontramos con la Directiva 77/799/CEE, el cual surge por la inquietud de los Estados de la Comunidad Económica Europea, por sus siglas (CEE), y luego Unión Europea (UE) desde el 2009, por el acrecentamiento de la evasión y fraude fiscal³¹.

Para Lilliam Imaoka, la Directiva es más ventajosa frente a los CDI. En primer lugar, porque supera el número de miembros, debido a que, los CDI son acuerdos bilaterales. En segundo lugar, porque subyace una cooperación y asistencia entre los miembros de la CEE. Y, en tercer lugar, porque combate la evasión tributaria, desligándose del fenómeno de la doble tributación internacional³².

Antonia Agulló señala que, la Directiva ha mutado de acuerdo a las necesidades de la época. Así, por ejemplo, la primera modificación viene dada por la Directiva 79/1070 del 6 de diciembre de 1979 y que “con ella se amplía el ámbito de aplicación para incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Ampliación que se encuentra claramente justificada por la potencial distorsión de los movimientos de capitales”³³.

Años después, con la Directiva 92/12/CEE del 25 de febrero de 1992, “se amplía de nuevo el ámbito objetivo, en esta ocasión para efectos de su aplicación en relación con los

³¹ Adolfo Martin Martínez, *Towards Corporate Tax Harmnization in the EUropean Community, An Institutional and Procedural Analysis (Series on International Taxation) 1 Edición*. (London, Kluwer Law International, 1999), 119.

³² Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 71.

³³ Antonia Agulló, “Intercambio de información tributaria y derecho de información (Notas sobre la incorporación al Derecho interno de las Directivas Comunitarias en materia de intercambio de información)”, *Noticias de la Unión Europea* N°46, 1988, 49.

impuestos especiales sobre los hidrocarburos, sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas y sobre las labores de tabaco”³⁴.

Ya para el 2003, con la Directiva 2003/93/CE del 7 de octubre, se redefine el ámbito objetivo y se deja de regular el IVA, por lo que se termina con la dualidad de regulación de este impuesto, que finalmente quedará regulado en el Reglamento 1798/2003. Asimismo, se amplía su ámbito de aplicación cubriendo las primas de seguros.

En lo referente al empleo de la información recibida a través de la Directiva, esta no era para fines de procedimientos penales, sino que servía de instrumento para la asistencia administrativa. No obstante, los datos obtenidos podrían ser empleados para fines no tributarios bajo ciertas circunstancias.

En el 2004, con la Directiva 2004/56/CE del 21 de abril, “se suprime el supuesto de existencia de interés nacional por parte del Estado requerido para efectos de obtener la información solicitada”³⁵. Convirtiéndose esta en una de las modificaciones más importantes.

Además, se eliminó el requisito de la autorización por parte del Estado transmitente de que los datos materia de intercambio de información puedan ser empleados en audiencias o en sentencias. De igual manera, la cláusula que regula los supuestos de negación al suministro de información, fue reformulada. Por último, se implementó el procedimiento de inspecciones fiscales simultáneas y de notificaciones transnacionales.

En este punto es pertinente traer el comentario de Adonnino citado a su vez por Imaoka Hojyo, quien señala que:

“La CEE pudo utilizar la experiencia adquirida en la materia hasta ese momento por la OCDE, por lo que la Directiva 77/799 tiene muchos puntos en común con el artículo 26 del MC OCDE. Sin embargo, cabe recordar el marco peculiar de la Directiva, conformado por el Derecho y los objetivos comunitarios, que implican no solo una búsqueda de mayor colaboración entre las Administraciones de sus Estados miembros sino también, a su vez, la eliminación de distorsiones en

³⁴ Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 72-73.

³⁵ Imaoka, Análisis jur jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 74.

los movimientos de capitales y en las condiciones de competencia, elementos básicos en la construcción comunitaria”³⁶.

Quizás ahí encontramos la primera diferencia, puesto que se permite el intercambio de información sin apelar a la aplicación de un convenio o a la normativa interna de los países, lo cual es razonable dentro del derecho comunitario.

De igual modo, la Directiva no hace distinción alguna respecto a la nacionalidad ni lugar de residencia de los sujetos cuya información se iba a intercambiar, pues lo que buscaba era la colaboración de las Administraciones de los Estados miembros de la CEE y el respeto del principio comunitario de no discriminación entre nacionales.

En lo concerniente a las modalidades, también regula un intercambio previo requerimiento, automático y espontáneo, siendo interesante la regulación de los plazos de envío de información, dado que, precisa el término “lo más rápidamente posible”, con lo cual se entiende la celeridad e importancia de transmitir la información solicitada.

Respecto a los límites Borja Sanchís señala que “en cuanto a los límites al intercambio de información, encontramos que en caso de intercambios previo requerimiento el Estado requirente deberá agotar el *principio de subsidiariedad*”³⁷. Sobre esto último, será abordado en el punto 2.3.1.

Como precisa Calderón Carrero la Directiva también, “establece la posibilidad de llevar a cabo intercambios discrecionales, otorgando cierto margen de maniobra a los Estados para que estos regulen de la forma que resulte más adecuada a su ordenamiento e intereses los supuestos donde no resulta obligatorio intercambiar información”³⁸. Lo que para nosotros significa que, los Estados no se encontraban constreñidos a intercambiar información si el Estado que lo requiere no hubiese recurrido previamente a sus fuentes de información propias, por lo que, su margen de actuación les permitiría negarse a tal

³⁶ P. Adonnino, “Cooperación administrativa y modalidades de intercambio de información entre Administraciones fiscales nacionales,” en Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 75.

³⁷ A. Borja, “La asistencia administrativa en materia de liquidación tributaria en la Unión Europea,” en Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 78.

³⁸ José Calderón Carrero, Intercambio de Información y asistencia mutua, (Bilbao: CissPraxis, 2006), 1087.

intercambio. De igual manera, cabía la posibilidad de negarse ante una falta de reciprocidad legal.

Para Wattel y Marres, la regulación sobre confidencialidad era superior a lo previsto por los modelos de convenio de la OCDE y ONU, dado que, la Directiva “no permite la utilización de la información para procedimientos que no sean para la correcta determinación de impuestos y no podrá revelarse la información a órganos encargados de la recaudación de créditos fiscales o personas competentes para la persecución de delitos fiscales”³⁹.

Finalmente, la Directiva es derogada por la Directiva 2011/16/UE del 15 de febrero de 2011 sobre la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y que con su adopción se subsanan las deficiencias de la Directiva previa y se da la adaptación al contexto de la fecha en lo económico y jurídico. Por ejemplo, se añaden las novedades incorporadas al artículo 26 del MC OCDE.

Es importante reconocer lo logrado por este instrumento de alcance regional, debido a que, permitió el intercambio de información en un plano superior al bilateral, combatiendo el fraude fiscal, fenómenos que con el devenir del tiempo se han ido acentuando más y que se necesita de una cooperación a nivel multilateral para su lucha frontal.

Así como la Directiva que fue impulsada y desarrollada en un continente distinto al nuestro, no queremos culminar este punto sin mencionar el avance regional que hubo en América Latina, nos referimos a la Decisión N.º 578 de la CAN del 4 de mayo del 2004.

Justamente la Decisión 40 es el antecedente que aprobó el “Convenio para evitar la doble tributación entre los países miembros y del Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la subregión”.

Esta decisión fue sustituida por la actual Decisión N.º 578 de la CAN, cuyo artículo 19, reconoce que:

“Las autoridades competentes de los Países Miembros celebrarán consultas entre sí e intercambiarán la información necesaria para resolver de mutuo acuerdo cualquier dificultad o duda que se pueda originar en la aplicación de la presente

³⁹ Peter Wattel y Otto Marres, *European Tax Law*, (Wolters Kluwer, 2018), 320.

Decisión y para establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión fiscal”⁴⁰.

Asimismo, precisa que la información a intercambiarse será secreta y no podrá transmitirse a personas que no sean las autoridades competentes para tal efecto. Adicionalmente, la referida Decisión también prevé la posibilidad de realizar auditorías de forma simultánea y utilizar la información para el control tributario.

2.1.1.3. Intercambio de información en el plano multilateral

Hemos visto a lo largo de este acápite el paso del modelo bilateral comprendido por los CDI a uno regional que viene dado con el desarrollo de la Directiva 77/799/CEE y sus diferentes modificatorias. Ambos modelos respondían a las necesidades de la época, no obstante, ante el aumento de la evasión y fraude fiscal, propios de un mundo globalizado, hicieron imperiosa la existencia de un modelo multilateral.

El Convenio sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, también conocido como Convenio OCDE/CE, se elaboró por el Consejo de Europa, en adelante CE, en conjunto con la OCDE, siendo firmado por los países miembros de tales organizaciones el 25 de enero de 1988, encontrándose vigente desde el 1 de abril de 1995 y ratificado por 5 países⁴¹.

Según Lilliam Imaoka, el Convenio OCDE/CE es:

“Un instrumento multilateral que regula la prestación de asistencia administrativa entre varios países, con el objetivo de promover la cooperación internacional y que los Estados parte puedan aplicar correctamente su legislación fiscal y combatir la evasión fiscal internacional, al mismo tiempo que se respetan los derechos de los contribuyentes”⁴².

A nuestro juicio, este convenio contiene una serie de ventajas en relación con otros instrumentos como los CDI, toda vez que, estos últimos presentan una naturaleza bilateral, en tanto que, el convenio multilateral presenta un mayor alcance, como el

⁴⁰ Decisión 578: Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal (CAN: Dirección Nacional Jurídica Departamento de Normativa, 2005), artículo 19, Capítulo IV.

⁴¹ Conforme al Convenio OCDE/CE y el Protocolo de 2010, págs. 88-89.

⁴² Lilliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 80.

relativo a información solicitada que implica a operaciones o sujetos que están en más de dos jurisdicciones.

Además, entre los beneficios principales destaca la uniformización de sus normas aplicables a una gran cantidad de Estados y su flexibilidad, debido a que, existe la posibilidad de reservarse la aplicación de artículos de la Convención⁴³.

Cabe precisar, que en la reunión del Consejo de Ministros de la OCDE llevada a cabo en mayo del 2010 se firmó un Protocolo que “pretende modificar el Convenio OCDE/CE, de conformidad con los nuevos estándares internacionales sobre transparencia e intercambio de información, desarrollados en el marco del proyecto sobre competencia fiscal lesiva de la OCDE”⁴⁴.

Es así que el Protocolo 2010 trae consigo dos aspectos importantes, como la eliminación del secreto bancario y la adhesión al Convenio OCDE/CE de países que no sean miembros de las referidas organizaciones.

A diferencia del MC OCDE, MC ONU y la Directiva 77/799, el Convenio OCDE/CE, desde su surgimiento, reguló la aplicación de la asistencia administrativa mutua en una mayor medida que los demás instrumentos.

En lo concerniente al aspecto subjetivo, este “no se encuentra limitado por el lugar de residencia o la nacionalidad de los sujetos, por lo que la asistencia se puede referir a personas que sean residentes o nacionales del Estado parte o de cualquier otro”⁴⁵. Según el artículo 1.3 del Convenio OCDE/CE.

Por otro lado, su aspecto objetivo es de gran alcance, dado que “comprende toda clase de impuestos (directos, indirectos, sobre sucesiones o donaciones, e incluso contribuciones a la seguridad social, esto es, cualquier categoría de tributo, excepto los de naturaleza aduanera)”⁴⁶. Cabe destacar que, debido a la propia naturaleza del Convenio; esto es, el ser flexible, le da la posibilidad a los Estados parte de poder efectuar reservas en ciertos

⁴³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Convención Multilateral sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal”, *Exchange of information - OECD* (Consultada el 5 de enero de 2021)

⁴⁴ Lilliam Imaoka Hojyo, Análisis Jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 81.

⁴⁵ Lilliam Imaoka Hojyo, Análisis Jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 82.

⁴⁶ Lilliam Imaoka Hojyo, Análisis Jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 82.

aspectos de la convención, como el poder limitar los impuestos que comprende dicho instrumento con excepción a los referidos a la renta, ganancias de capital y patrimonio.

Otro punto a destacar del Convenio es que “se contemplan todas las modalidades de la asistencia administrativa mutua en materia tributaria que pueden llevar a cabo las autoridades, incluyendo a las autoridades judiciales”⁴⁷. Así, por ejemplo, precisa de forma minuciosa las modalidades de intercambio de información como: el intercambio previo requerimiento conforme se desprende del artículo 5 del Convenio OCDE/CE, el intercambio automático según el artículo 6 del señalado convenio, el intercambio espontáneo acorde a lo estipulado en el artículo 7, auditorías fiscales simultáneas según lo previsto por el artículo 8 y la participación de las autoridades en las auditorías fiscales en el extranjero acorde a lo contemplado por el artículo 9.

Una de las novedades de este Convenio es la regulación de la asistencia en el cobro y la aplicación de medidas cautelares abarcado por los artículos 11 al 16, así como la notificación o traslado de documentos previsto en el artículo 17.

Cabe precisar que, si bien el Convenio permite el intercambio de información previsiblemente relevante, dicha información “no podrá utilizarse como prueba en un procedimiento penal, a menos de que exista la autorización previa del Estado que suministró la información”⁴⁸. Asimismo, también se prevé la posibilidad de comunicar “notificar” al sujeto que está siendo pasible de un procedimiento de intercambio, ello antes de remitir la información, tal como se desprende del artículo 4.

El Convenio OCDE/CE regula también sobre los límites a la obligación de prestar asistencia según lo contemplado por el artículo 21 y enfatiza la relevancia del respeto de los derechos de los contribuyentes. Señalando así en uno de los literales que, “un Estado no estará obligado a prestar asistencia en la medida en que la imposición del Estado requirente sea contraria a principios fiscales generalmente aceptados o a las disposiciones de un CDI o de otro convenio vigente entre los Estados”⁴⁹. Así como este, existen otros

⁴⁷ Saint Amans, Raffaele Russo., “Amending Protocol Strengthens OECD Mutual Assistance Convention”, 1060.

⁴⁸ Lilliam Imaoka Hojyo, Análisis Jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 83.

⁴⁹ Lilliam Imaoka Hojyo, Análisis Jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 83.

límites como la proscripción de realizar algún trato discriminatorio entre residentes y no residentes. Este aspecto será abordado de una manera más detallada en el punto 2.3.2.

Es interesante la protección a la información que regula el referido convenio, así el artículo 22 precisa que “cualquier información obtenida por una Parte de conformidad con esta Convención deberá mantenerse como secreta y deberá protegerse de la misma manera que la información obtenida con base en la legislación interna de esa Parte”⁵⁰. Lo que evidencia que su protección es condicionante para la asistencia entre AATT.

La Convención OCDE/CE establece los datos necesarios que deberá incluir la solicitud de asistencia tal como lo señala el artículo 18 y su respuesta según lo previsto por el artículo 20, siendo que el Estado requerido deberá prestar la asistencia tan pronto como le sea posible. En caso de rechazo de la solicitud, el Estado requerido deberá informar al otro Estado parte de la decisión y de la razón del rechazo con prontitud.

Ahora bien, para la aplicación e implementación del Convenio, según lo señalado por el artículo 24 “se prevé la constitución de un órgano coordinador integrado por representantes de las partes, encargado de recomendar las medidas pertinentes para realizar los objetivos del Convenio, así como emitir opiniones en relación con dudas sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones”⁵¹. Sin embargo, este no resolverá controversias entre los Estados, pues son éstos los que de mutuo acuerdo deberán solucionarlo, por lo que la labor de ese órgano no irá más allá de funciones consultoras.

Cabe añadir que, el convenio deja un margen de actuación permitiendo a los Estados miembros, en caso de conflicto, aplicar la disposición más conveniente sea este el convenio u otro instrumento, conforme al artículo 27. No obstante, tratándose de algún miembro de la Unión Europea, el Convenio prevé que estos aplicarán en sus relaciones recíprocas el Convenio OCDE/CE, si este fuera más amplio que la propia norma comunitaria.

De este modo el Convenio OCDE/CE incorpora en su regulación innovaciones, como la referida a las modalidades de asistencia, logrando así una óptima cooperación internacional.

⁵⁰ Conforme al artículo 22 de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.

⁵¹ Lilliam Imaoka Hojyo, Análisis Jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?, 86.

Como hemos podido analizar, los medios de cooperación de la convención están directamente relacionados al asesoramiento y recaudación de impuestos, todo ello con el fin de luchar contra el fraude fiscal en una economía globalizada.

Sin duda alguna, como se verá más adelante, la incorporación del Estado peruano en el Convenio Multilateral de la OCDE, cuya entrada en vigencia fue el 1 de setiembre de 2018, facilita la asistencia administrativa mutua en materia fiscal e intercambio de información tributaria, permitiéndonos realizar intercambios de información con más de cien jurisdicciones, siendo la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, en adelante SUNAT, una administración tributaria de primer nivel internacional, autorizada para acceder a esta valiosa herramienta y coadyuvar a la lucha de la evasión y elusión tributaria.

Este escenario positivo para los Estados que forman parte y en concreto para el Perú, va a permitir lograr una transparencia fiscal internacional, en el que las operaciones transnacionales sean visibles, generando una tributación justa y oportuna, en beneficio de todos.

Por esa razón, es importante conocer el acercamiento que ha tenido el Estado peruano con la OCDE a lo largo de los años, por lo que en las siguientes líneas nos enfocaremos en ello.

2.1.2. El Perú y la OCDE

2.1.2.1. Qué es la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “es una organización internacional cuya misión es diseñar mejores políticas para una vida mejor, cuyo objetivo es promover políticas que favorezcan la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todas las personas”⁵².

Para la Comisión Especial de Seguimiento de la Incorporación del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, por sus siglas CESIP, la OCDE es un foro donde confluye el análisis, donde se comparten y difunden experiencias sobre temas políticos, sociales y económicos. Asimismo, “busca promover el desarrollo integral y

⁵² OCDE, “Quiénes somos,” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos <https://www.oecd.org/acerca/> (Consultada el 14 de diciembre de 2021)

sostenible mediante el impulso de políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas”⁵³. Por lo tanto, la OCDE se encarga de dar asistencia a los gobiernos para enfrentar los desafíos propios de un mundo globalizado.

Esta organización cuya sede es en París, fue creada en 1960, con el fin de continuar y potenciar el trabajo efectuado por la Organización Europea de Cooperación Económica, por sus siglas OECE, constituida con el fin de orientar la implementación del Plan Marshall. Para el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, la OCDE jugó un rol importante, pues su tarea era fomentar la reconstrucción y el desarrollo del continente después de la Segunda Guerra Mundial⁵⁴.

El artículo 1 de la Convención de la OCDE de 1960, establece que la Organización, tiene como objetivo establecer políticas orientadas a los siguientes fines:

*“a. Realizar la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo y a un aumento del nivel de vida en los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y a contribuir así al desarrollo de la economía mundial; b. Contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los no miembros en vías de desarrollo económico; c. Contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, conforme a las obligaciones internacionales”*⁵⁵.

Para el CESIP, la OCDE posee un campo de estudio multidisciplinario, pues sus políticas pueden abarcar desde medio ambiente, gobernanza, biotecnología y política fiscal. Asimismo, los estudios que realiza este foro son empíricos y que llevan a cabo los más de doscientos comités y grupos de trabajo que la conforman⁵⁶.

⁵³ Comisión Especial de Seguimiento de la Incorporación del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (CESIP – OCDE), “¿Qué es la OCDE?”, Congreso de la República del Perú, <https://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/OCDE/QueOCDE/> (Consultada el 15 de diciembre de 2021)

⁵⁴ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, “¿Qué es la OCDE?”, Gobierno de España <https://n9.cl/jpscfc> (Consultada el 14 de diciembre de 2021)

⁵⁵ OCDE, “Convención de la OCDE”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos <https://www.oecd.org/acerca/documentos/convenciondelaoecd.htm> (Consultada el 14 de diciembre de 2021)

⁵⁶ Comisión Especial de Seguimiento de la Incorporación del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (CESIP – OCDE), “¿Qué es la OCDE?”, Congreso de la República del Perú, <https://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/OCDE/QueOCDE/> (Consultada el 15 de diciembre de 2021)

Como se observa, la labor que realiza la OCDE, no solo se enfoca en el mero análisis del desarrollo económico y social, sino que su ámbito abarca diversas cuestiones, como las medioambientales, de energía, industria y servicios, así como comercio y asistencia al desarrollo. He ahí la importancia de ser miembro de una organización como esta, toda vez que, esta plataforma permite a los países comparar sus experiencias en todos estos aspectos e identificar las falencias para buscar la solución a estos problemas comunes.

En la página web oficial de la OCDE, se señala como sus principales características y metas: “fomento de la prosperidad y lucha contra la pobreza mediante el desarrollo económico, estabilidad financiera, comercio, inversión, tecnología, innovación y la cooperación para el desarrollo”⁵⁷. Con ello, se logra asegurar una expansión económica, en paralelo con el desarrollo social y el cuidado del medio ambiente.

Además, la OCDE realiza un trabajo constante con “con representantes de gobiernos, parlamentos, organizaciones internacionales, empresas, sindicatos, sociedad civil, la comunidad académica y ciudadanos de todo el mundo”⁵⁸.

Frías Arce señala que, la OCDE con los representantes de gobiernos, busca el intercambio de experiencias políticas, soluciones a problemas frecuentes, identificación de buenas prácticas, además de la planificación de políticas locales y extranjeras y el desarrollo de modelos de comercio de medio ambiente, agricultura, tecnología, política fiscal, etc. Tal es así, que la presión que se ejerce entre los mismos miembros, es una suerte de incentivo para mejorar las políticas de los países y aplicar leyes flexibles, que en determinadas circunstancias conduce a la celebración de acuerdos formales y negociaciones.

La misma autora respecto a las organizaciones de la sociedad civil señala que, la OCDE ofrece respuestas a consultas sobre inversión, comercio transfronterizo, combate de la corrupción, cuidado del medio ambiente, alimentación, agricultura, información y comunicación, por mencionar algunos.

Como bien mencionamos, la OCDE también colabora con los parlamentarios de los Estados que la integran mediante sus lazos con el Consejo de Europa y su Asamblea

⁵⁷ OCDE, “¿Quiénes somos?,” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos <https://www.oecd.org/acerca/> (Consultada el 16 de diciembre de 2021)

⁵⁸ OCDE, “¿Quiénes somos?,” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos <https://www.oecd.org/acerca/> (Consultada el 16 de diciembre de 2021)

Parlamentaria, relación que se ha visto fortalecida con la puesta en marcha de programas de seminarios de alto nivel parlamentario.

Finalmente, el vínculo de la OCDE con otras organizaciones internacionales, como la OIT, el Foro Monetario Internacional, entre otros, coadyuvan en la orientación y al mejor desarrollo de la labor de la organización en el mundo⁵⁹.

Según Tassano Velaochaga, los miembros de la OCDE representan poco más del 70% del PBI mundial. En ese sentido, que el Perú haya mostrado su interés de ser parte de esta organización indica una madurez económica e institucional y la confianza para recibir más inversiones⁶⁰. Veamos en las siguientes líneas por qué sería importante que nuestro país se integre a esa lista de 38 países miembros.

2.1.2.2. *Importancia de ser miembro de la OCDE*

El Perú ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones su voluntad de pertenecer a la OCDE. Por ello, luego de la visita del presidente Ollanta Humala en el 2012 a la sede de esta organización, se envió una solicitud de incorporación, siendo reiterada en el Foro Económico sobre América Latina y el Caribe de la OCDE, llevada a cabo en París el 30 de junio del 2014. En ese mismo año, el Consejo Ministerial de la OCDE invitó a Kazajistán, Marruecos, Tailandia y al Perú a participar del denominado “Programa País”, del cual hablaremos más adelante.

Aunque hemos sido calificados como país emergente en materia económica, conjuntamente con Kazajistán, Marruecos y Tailandia, cada país representa una realidad distinta, por consiguiente, el programa al cual fuimos invitados, contiene proyectos y recomendaciones distintas, según la realidad de cada Estado. En ese sentido, si bien nos hemos comprometido con el Programa País, ello no nos asegura una aceptación inmediata como país miembro de dicha organización; sin embargo, es una excelente oportunidad para mejorar nuestras políticas de cara al estudio que se hará en cada uno de los sectores que la OCDE considera se debe mejorar.

Por todo lo señalado, es importante continuar nuestra labor de mejora y lograr esa incorporación como país miembro, pues como señala Tassano Velaochaga convertirnos

⁵⁹ María Frías Arce, “Consideraciones sobre la Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal” (tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018), 22.

⁶⁰ Hebert Tassano, “El reto de la OCDE para el Perú,” *Tiempo de Opinión* (diciembre 2015): 58.

en parte de la OCDE es sinónimo de ser un país donde se trabaja día a día por lograr el fortalecimiento de las instituciones y la estabilidad, lo cual se traduce en una reducción del riesgo país, así como una mayor credibilidad y reconocimiento internacional, con lo cual se logrará un aumento de las inversiones⁶¹.

En ese sentido, no desaprovechemos esta oportunidad de ser parte del Programa País, pues es este proyecto nuestro momento de dar a conocer a la OCDE y al mundo entero, que podemos mejorar nuestras políticas públicas y trabajar de la mano con países desarrollados. Por lo tanto, de cumplir con los dieciocho proyectos que conforman el programa, el Perú tendría mayor posibilidad de ser admitido como miembro de la OCDE y beneficiarnos de las grandes oportunidades que lleva consigo el ser parte de una organización internacional de este tipo.

Para Tassano Velaochaga, el ser partícipe del Programa País significa que nos encontramos en buen camino de lograr integrarla y de que nuestros avances en institucionalidad, políticas públicas y crecimiento sostenible, sean reconocidos⁶².

Cabe mencionar que, para el ingreso a la OCDE, el país interesado será sometido a una evaluación de la institucionalidad, se evaluarán también sus políticas públicas, así como el crecimiento económico, estabilidad jurídica y sus indicadores macroeconómicos que guardan una cercana relación con el desarrollo, entre los que se ubican el riesgo país y el grado de inversión, por mencionar solo dos de ellos. Tal evaluación se realiza por un periodo de tiempo y el resultado es útil para decidir la incorporación del país evaluado.

En los últimos años, la OCDE ha permitido el ingreso de países en proceso de desarrollo como Chile y México, para que trabajen en conjunto con economías desarrolladas de Europa, América del Norte y Japón, lo cual beneficiará grandemente a los primeros.

En ese sentido, con una posible incorporación del Perú como país miembro, se generarían los siguientes beneficios:

- a. Estaríamos sujetos a una evaluación continua para mejorar. Por ejemplo, Chile, como actual miembro de la OCDE, se le ha realizado una serie de comparaciones cualitativas como cuantitativas con respecto a otros países, puesto que, al ser un país emergente dentro del grupo, ha sido sujeto de evaluación en distintos ámbitos y que

⁶¹ Hebert Tassano, "El reto de la OCDE para el Perú," *Tiempo de Opinión* (diciembre 2015): 60.

⁶² Hebert Tassano, "El reto de la OCDE para el Perú," *Tiempo de Opinión* (diciembre 2015): 61.

no siempre ha salido bien evaluado. Para la opinión pública es motivo de descontento que salgan a relucir estas diferencias, pero sin lugar a dudas, creemos que es una excelente oportunidad para mejorar.

- b. Gozaríamos de Informes para el desarrollo. Como lo mencionamos líneas arriba, la Organización es un espacio de diálogo constante, a través del cual se discuten temas de tipo social y político. En ese sentido, al ser parte de la OCDE, aprenderíamos de países que ya han transitado y enfrentado problemas similares.

Cabe mencionar que, “la OCDE cuenta con dos “servicios” clave. Primero sirve como foro de discusión y análisis de diferentes temáticas y segundo, realiza informes específicos según la petición de los países”⁶³. Y, al respecto de los dos últimos ingresos, México supo bien aprovechar las recomendaciones hechas por la OCDE, dado que, las grandes reformas incluidas en su plan modernizador, fueron recogidas de las recomendaciones hechas por la Organización. Por su lado, Chile, aún no ha aprovechado esta oportunidad, aun cuando ha solicitado informes a la OCDE.

- c. Un asesor neutral, debido a que, no es una organización con una filosofía específica, toda vez que, es un tercero imparcial. Por ejemplo, de no haber un consenso político, la OCDE muestra resultados basados en evidencia.
- d. Por último, es un distintivo de calidad para la inversión internacional. Gracias a “los estándares que hay que cumplir, hacen que todos los países mejoren la calidad de sus políticas públicas. Los países se miden con altos estándares y eso también lleva a que se incremente la confianza de los inversionistas externos en nuestro país”⁶⁴.

Con todo lo precisado, para una futura adhesión debemos seguir trabajando, tal como lo ha venido haciendo nuestro país desde ya hace algunos años en su relación constante que ha mantenido con la OCDE.

2.1.2.3. La relación Perú - OCDE

Según la CESIP, el acercamiento del Perú con la OCDE se da desde 1998, cuando el Perú buscaba consolidar su sistema democrático y estabilidad macroeconómica. Así, con cada gobierno la relación de cooperación se fue intensificando con el objetivo de dar

⁶³ María Paz, “¿Y de qué sirve ser un país OCDE?,” *Diario El definido*, 19 de agosto de 2014 [¿Y de qué sirve ser un país OCDE? \(eldefinido.cl\)](#) (Consultada el 16 de diciembre de 2021)

⁶⁴ María Paz, “¿Y de qué sirve ser un país OCDE?,” *Diario El definido*, 19 de agosto de 2014 [¿Y de qué sirve ser un país OCDE? \(eldefinido.cl\)](#) (Consultada el 16 de diciembre de 2021)

cumplimiento a estándares y prácticas que facilitarían el aprendizaje hacia el desarrollo económico, buen gobierno, fortalecimiento institucional y del Estado de Derecho⁶⁵.

Como es sabido, la OCDE como organismo internacional, abarca el mayor número de países desarrollados, pues los miembros que la integran generan dos tercios de los bienes y servicios a nivel mundial. Asimismo, también ha admitido a países que se encuentran en proceso de conversión a economías desarrolladas. En ese sentido, el primer contacto con nuestro país, nos permitió intercambiar con las economías más desarrolladas del mundo, experiencias trascendentales para el mejoramiento del Perú, no obstante, será recién con la incorporación como miembro pleno, que lograremos alcanzar aquel panorama anhelado.

Según el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, en adelante CEPLAN, el ser parte de la OCDE:

“No solo asegura la asistencia necesaria para la implementación de las políticas que fomenten la prosperidad y la reducción de la pobreza en el país, sino que además conferiría una suerte de ‘sello de garantía’ a las políticas y lineamientos que llevarían al Perú a ser una economía desarrollada en un futuro próximo”⁶⁶.

Así pues, para el CEPLAN la admisión como miembro de la OCDE asegura la idoneidad y cumplimiento de las políticas públicas, que conducirán a nuestro país a ser una economía desarrollada⁶⁷.

El camino para lograr tal estatus es complejo, en vista de que, existen obstáculos que sortear tales como: la corrupción, infraestructura, institucionalidad, conflictos sociales, redistribución de la riqueza, servicios públicos (salud, educación) y desarrollo sostenible. Si bien el reto es grande, este no es imposible, por lo que se debe seguir trabajando para que logremos nuestra admisión como miembro pleno.

⁶⁵ Comisión Especial de Seguimiento de la Incorporación del Perú a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (CESIP – OCDE), “El Perú y la OCDE”, Congreso de la República del Perú, <https://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/OCDE/?K=21939> (Consultada el 7 de diciembre de 2021)

⁶⁶ Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), “Perú 2021: País OCDE”, <https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/archivos/public/docs/documentoocde.pdf> (Consultada el 7 de diciembre de 2021)

⁶⁷ Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), “Perú 2021: País OCDE”, <https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/archivos/public/docs/documentoocde.pdf> (Consultada el 7 de diciembre de 2021)

Según el CEPLAN, el proceso de acercamiento del Perú a la OCDE ha sido paulatino. Así en el 2004, el Perú decidió someter a revisión sus políticas y leyes de competencia a esta organización internacional. Años después, en el 2008, se incorpora al Estado peruano como observador en el Comité de Inversiones de la OCDE, lográndose un fortalecimiento a nuestra economía generando un clima de confianza para las inversiones en nuestro país. Desde entonces, hemos participado y nos hemos adherido a una serie de Comités y Grupos de Trabajo⁶⁸.

Cuadro 2.1. El Perú participa en Comités y Grupos de Trabajo

COMITÉ O GRUPO DE TRABAJO	INSTITUCIÓN	AÑO
Comité de Inversión y adhesión a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales	Proinversión - MEF	2008
Centro de Desarrollo	MRE	2009
Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales	CAN, PCM	2010
Comité de Competencia	INDECOPI, PCM	2011
Comité de Políticas del Consumidor	INDECOPI, PCM	2013

Fuente: CEPLAN

Elaboración: CEPLAN

En el 2009, el Perú se adhiere al Centro de Desarrollo de la OCDE, un espacio de intercambio de experiencias cuyo fin es brindar asistencia a los países en proceso de desarrollo en la adopción de políticas que fomenten el crecimiento y mejoren la calidad de vida de su población.

Como es de verse, el Perú empezó a trabajar al lado de las más importantes economías del mundo, miembros de la OCDE, con el fin de adoptar políticas que favorezcan el crecimiento de la economía y el desarrollo social del país.

⁶⁸ Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), “Perú 2021: País OCDE”, <https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/archivos/public/docs/documentoocde.pdf> (Consultada el 7 de diciembre de 2021)

2.1.2.4. *El Programa País*

Según la propia OCDE, nuestro país “ha sido uno de los socios más activos y uno de los primeros países en comprometerse con la OCDE a través de su Programa País, que se construyó en torno a cinco áreas clave: crecimiento económico; gobernanza pública, lucha contra la corrupción y transparencia; capital humano y productividad; y medio ambiente”⁶⁹. Así el referido programa abarcó una serie de proyectos de revisión de políticas, participación y adhesión a instrumentos jurídicos de la OCDE.

Con este programa se pretende apoyar al gobierno en una serie de actividades, empezando con la agenda de reformas mediante la participación en Foros, “Comités de la OCDE y adhesión a determinados instrumentos legales”⁷⁰. Así como al estudio y análisis de las políticas públicas y el acceso a importantes bases de datos de este organismo internacional.

Si bien el Programa País no es un mecanismo de adhesión a la OCDE, es un requisito fundamental para aquellos Estados que pretenden ser miembros. Por ello, el 3 y 4 de julio del año 2014 luego de la primera ronda de Sesiones Preparatorias en nuestro país, se obtuvo como resultado ciertas recomendaciones en determinadas áreas propuestas por la OCDE y que debíamos dar cumplimiento.

Por ese motivo, el 2018 fue un año en el que el gobierno tomó importantes medidas para hacerle frente a la corrupción y promover la transparencia e intercambio de información. En ese sentido, reunió los requisitos necesarios para adherirse a instrumentos de la OCDE, pues la misma organización ha referido que:

“La adhesión del Perú a la Convención Anti-Cohecho y a la Convención multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal forma parte de su compromiso más amplio y continuo con la OCDE. Esta extensa colaboración, que se ha acelerado en el contexto del Programa País OCDE-Perú,

⁶⁹ The OECD and Latin America & the Caribbean, “La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Peru - Organisation for Economic Co-operation and Development (oecd.org) (Consultada el 7 de diciembre de 2021) [La traducción es nuestra]

⁷⁰ The OECD and Latin America & the Caribbean, “La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Peru - Organisation for Economic Co-operation and Development (oecd.org) (Consultada el 7 de diciembre de 2021) [La traducción es nuestra]

*ha resultado en un aumento significativo en la participación en órganos y en la adopción de instrumentos de la OCDE por parte del Perú*⁷¹.

A lo anterior cabe añadir la promulgación de 29 decretos legislativos que recogen las recomendaciones de la organización relativos al cuidado del ambiente, transparencia e intercambio de datos tributarios, integridad y desarrollo rural, por señalar algunos.

Según el CEPLAN, el Perú se encuentra encaminado al desarrollo luego de largos años de atraso, pero como todo desarrollo, requiere de referentes concretos que le otorguen contenido. Por ello, con la pertenencia a la OCDE, al igual que los países que la conforman, podremos gozar de una alta calidad de vida, una democracia sólida, infraestructura y tecnología de primer nivel, entre otros. Sin embargo, aun las brechas que nos separan son considerables, pero es posible acercarnos de forma significativa si reunimos esfuerzos. Si bien al 2021, año del Bicentenario de nuestra independencia, no hemos conseguido cerrar esas brechas que nos separan del país OCDE promedio, el Perú se prepara para cuando llegue el día de ser miembro pleno⁷².

Esa preparación implica la adopción y aplicación de instrumentos multilaterales de la OCDE que ha suscrito el Perú, siendo uno de ellos el Convenio multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, y a quien en adelante denominaremos CAAMMT, al cual nos referimos líneas arriba y que es de nuestro interés para el desarrollo de la presente investigación.

Según la OCDE, el referido convenio es el “principal instrumento mundial para fomentar la transparencia y hacer frente a la evasión fiscal transfronteriza”⁷³. Además, señala que la adhesión del Perú a la Convención Multilateral, refleja su compromiso constante y más

⁷¹ OCDE, “Perú se adhiere a dos importantes instrumentos de la OCDE: La Convención Anti-Cohecho y la Convención multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/newsroom/peru-se-adhiere-a-dos-importantes-instrumentos-de-la-ocde-la-convencion-anti-cohecho-y-la-convencion-multilateral-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal.htm> (Consultada el 9 de diciembre de 2021)

⁷² Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), “Perú 2021: País OCDE”, https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1057123/peru_2021_-_pais_ocde-espanol_impresion_09-02-2015_final_020200728-16199-1yav139.pdf (Consultada el 8 de diciembre de 2021)

⁷³ OCDE, “Perú se adhiere a dos importantes instrumentos de la OCDE: La Convención Anti-Cohecho y la Convención multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/newsroom/peru-se-adhiere-a-dos-importantes-instrumentos-de-la-ocde-la-convencion-anti-cohecho-y-la-convencion-multilateral-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal.htm> (Consultada el 9 de diciembre de 2021)

aún con el Programa País OCDE – Perú, siendo que tal colaboración se ha acelerado y su participación en órganos se ha tornado significativa⁷⁴.

2.1.2.5. La adhesión y aprobación del Convenio Multilateral en el Perú

En el Perú, la Convención se aprobó por Resolución Legislativa N° 30774, cuya publicación fue hecha el 23 de mayo de 2018. Así, el Ministro de Economía y Finanzas, David Tuesta, del Gobierno del ex presidente Martín Vizcarra, “depositó el instrumento de ratificación de Perú para la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Tributarios, que entró en vigor el 1 de setiembre del 2018”⁷⁵. En ese sentido, hoy en día la CAAMMT integra nuestro ordenamiento desplegando consecuencias jurídicas y generando en muchos casos la cuestión que detallaremos a continuación.

La CAAMMT, regula las formas de asistencia que podremos solicitar o que estaremos obligados a atender, así como los límites a la obligación de otorgarla y los derechos de los contribuyentes. Sin embargo, podría generarse una discrepancia de intereses entre los fines legítimos del Estado peruano en su afán de dar cumplimiento al convenio, con los intereses de los contribuyentes que valiéndose de su derecho a la intimidad buscan proteger sus informaciones y datos en un procedimiento de fiscalización.

Para Frías Arce, las autoridades del país tendrían dos opciones:

“Adecuar o acomodar el ordenamiento jurídico interno, de modo que no se originen antinomias cuando la Convención se vuelva norma interna. Esta opción implicaría realizar una serie de reformas en las normas de rango legal y reglamentario, de modo que se regulen procedimientos internos que aseguren el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado peruano en el marco

⁷⁴ OCDE, “Perú se adhiere a dos importantes instrumentos de la OCDE: La Convención Anti-Cohecho y la Convención multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/newsroom/peru-se-adhiere-a-dos-importantes-instrumentos-de-la-ocde-la-convencion-anti-cohecho-y-la-convencion-multilateral-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal.htm> (Consultada el 9 de diciembre de 2021)

⁷⁵ MEF, “Perú se adhiere a convenciones de la OCDE para combatir la corrupción e intercambiar información tributaria,” Ministerio de Economía y Finanzas, https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100148&view=article&catid=100&id=5685&lang=es-ES (Consultada el 17 de diciembre de 2021)

*del convenio, y las garantías de los contribuyentes. O armonizar las disposiciones internas con las obligaciones asumidas en la Convención*⁷⁶.

Según la Real Academia de la Lengua Española, armonizar significa “poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo o dos más cosas que deben concurrir al mismo fin”⁷⁷. Lo que para la misma autora mencionada líneas arriba y para nosotros significa que, las autoridades deberán encontrar la manera de no ir contra el derecho interno peruano al momento de la interpretación y aplicación del convenio.

Así pues, precisa Frías Arce que:

*“En los supuestos en que no sea posible armonizar y se haya generado una lesión de los derechos y garantías de los contribuyentes, en un ámbito jurisdiccional, los órganos del poder judicial se encontrarán habilitados para efectuar un test de proporcionalidad, y determinar la reparación de los derechos vulnerados”*⁷⁸.

Al respecto nos atrevemos a decir que, si bien debemos dar cumplimiento al convenio, dado que, ya es parte de nuestro derecho interno, las autoridades pertinentes deben efectuar las reformas necesarias para adecuar este tratado a la realidad peruana, reformas que se han venido realizando; sin embargo, creemos no son suficientes.

El convenio multilateral regula que, “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará los derechos y salvaguardas a favor de las personas, de conformidad con la legislación o práctica administrativa del Estado requerido”⁷⁹. En ese sentido, si el mismo convenio señala tal prohibición, nos preguntamos, por qué el Estado peruano aún no ha efectuado la reforma al inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política que regula el secreto bancario, *¿acaso no es este un derecho fundamental?*

Según la Constitución Política, tanto el secreto y la reserva pueden ser levantadas por determinadas autoridades y bajo ciertos supuestos⁸⁰, no obstante, no son los únicos supuestos donde se posibilite tal acceso. Por lo que, el reformado literal h) del artículo 85

⁷⁶ María Frías Arce, “Consideraciones sobre la Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal” (tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018), 76.

⁷⁷ Real Academia Española 23 ed., “Armonizar”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/armonizar> (Consultada el 17 de diciembre de 2021)

⁷⁸ María Frías Arce, “Consideraciones sobre la Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal” (tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018), 76.

⁷⁹ Conforme al artículo 21.1 de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.

⁸⁰ Constitución Política del Perú (1993), artículo 2, inciso 5.

del Código Tributario, permite a la SUNAT proporcionar a otras Administraciones Tributarias la totalidad de información relacionada a un contribuyente sobre sus Rentas y Patrimonios, en cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales⁸¹.

Por lo expuesto, consideramos que hace falta una reforma al inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política, a efectos de incorporar a la SUNAT como institución apta para levantar el secreto bancario, el cual es reconocido en nuestro país como un derecho fundamental.

Con una reforma al referido artículo, lograremos el respeto íntegro de las garantías de los contribuyentes y un uso medido y justificado del intercambio de información, para que tal instrumento no sea empleado como una regla general y so pretexto se intercambie información de los obligados de forma indiscriminada, lo cual supondría una afectación al derecho del contribuyente.

De esta manera, al adecuar nuestro ordenamiento jurídico interno, se estaría cumpliendo con las disposiciones que dicta el convenio y a la vez garantizando los derechos de los contribuyentes⁸².

2.2. Intercambio De Información

2.2.1. Concepto y Naturaleza del Intercambio de Información

Brindar un concepto al intercambio de información resulta complejo, dado que, si bien la doctrina arduamente se ha pronunciado sobre su importancia y los fines que pretende alcanzar, no existe una claridad en su definición. Asimismo, se ha llegado a emplear indistintamente las acepciones de intercambio de información y asistencia mutua, afirmándose que el primero forma parte del concepto más amplio del segundo.

Autores como Merino y Nocete señalan, “el necesario deslinde entre los conceptos de intercambio de información (entendido como la acción de intercambiar datos con transcendencia tributaria) y de asistencia mutua (entendido como el procedimiento a

⁸¹ María Frías Arce, “Consideraciones sobre la Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal” (tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018), 67 – 69.

⁸² María Frías Arce, “Consideraciones sobre la Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal” (tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018), 92.

través del que se articula dicho intercambio de datos como consecuencia de la cooperación entre Estados”⁸³.

En ese sentido, en nuestro afán de recopilar diversas acepciones, encontramos a Zapatero Gasco quien:

“A la hora de definir el intercambio internacional de información tributaria, por tanto, cobra especial relevancia la calificación del mismo como intercambio efectivo de información. Esto es, aquel intercambio que cumple una serie de requisitos que aseguran su operatividad. Así, para lograr un intercambio de información no es suficiente –aunque sí necesaria– la firma de un Convenio o la articulación de un instrumento que reconozca tal intercambio. Esta articulación debe llevar aparejada una eliminación de cualquier traba u obstáculo a la operatividad del mismo –como por ejemplo el secreto bancario”⁸⁴.

Al respecto de esto último, cierto sector de la doctrina postula la eliminación de trabas a la operatividad del intercambio, siendo la eliminación del secreto una de ellas. Postura que no compartimos, pues al ser un derecho fundamental que ampara nuestra Constitución, no cabría una eliminación de este tipo; sin embargo, si consideramos necesaria una flexibilización de la institución. Retomaremos este punto en el tercer capítulo de nuestro trabajo de investigación.

Merino y Nocete delimitan conceptualmente al intercambio de información a partir del párrafo 2 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE señalándolo como aquellos, “datos referentes a la sujeción fiscal de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, a la actividad económica de determinados sujetos, al período de residencia o estancias de una persona concreta en el territorio de un Estado y a cuestiones contables”⁸⁵. Como se observa, los autores nos brindan un valioso alcance sobre la información a intercambiar; esto es, el objeto del intercambio; sin embargo, no definen propiamente a este instrumento.

⁸³ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” *Instituto de Estudios Fiscales Doc. N°6* (2011): 6.

⁸⁴ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2019), 54.

⁸⁵ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 5.

Rosembuj lo denomina como una “relación comunicacional de carácter unilateral sin apelar a un convenio o tratado, sobre la base de la reciprocidad de intereses”⁸⁶.

El aporte del citado autor evidencia el intercambio de información llevado a cabo a través de la reciprocidad. Para la RAE, esta implica “la correspondencia mutua de una persona o cosa con otra”⁸⁷. Sin embargo, hemos de advertir que es posible un intercambio de información sin la existencia de la reciprocidad entre Estados.

Así pues, Quirós Ortiz identifica que el problema en definir al intercambio de información parte en denominarlo:

“Intercambio de información internacional, debido a que, la palabra “intercambio” supone en sí misma cierta “reciprocidad e igualdad de consideraciones y servicios entre entidades”, sin embargo, las buenas prácticas permiten brindar información aún en los casos en que no exista por parte del Estado que se beneficiará, una garantía de reciprocidad, por lo que quizás más que “intercambio” debiésemos de hablar de provisión internacional de información”⁸⁸.

Al respecto, nos encontramos de acuerdo con Quirós Ortiz, dado que, este puede llevarse a cabo aun cuando no exista el deseo de una mutua cooperación entre Estados, por lo que, es posible el suministro de información por parte de un Estado, aun sabiendo que el Estado que la recibe no hará lo mismo. Sin embargo, queremos enfatizar de que no cabe duda de la importancia de la reciprocidad entre Estados, pues como veremos más adelante una de las funciones primordiales de este instrumento es el combate de las modalidades de fraude fiscal, no siendo ello posible si no se cuenta con la colaboración entre las partes.

Fernández Marín, quien cita a Levine, define al intercambio como “el mecanismo de colaboración internacional por el cual las autoridades competentes se comunican, sobre una base mutua, las informaciones de orden fiscal que son necesarias para la liquidación y para la recaudación de los impuestos cubiertos por el instrumento convencional”⁸⁹.

⁸⁶ Tulio Rosembuj, “Intercambio internacional de información tributaria”, *Servicio de Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona*, (2004): 13.

⁸⁷ Real Academia Española 23 ed., “Reciprocidad”, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, <https://dle.rae.es/reciprocidad> (Consultada el 19 de enero de 2021)

⁸⁸ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 20.

⁸⁹ Fernando Fernández, *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea* (España: Editorial Tirant lo Blanch, 2006), 37.

De la definición citada en el párrafo anterior, percibimos una directa referencia a que el intercambio de información se da sobre una base mutua y bajo el manto de un tratado o convenio suscrito por las partes, siendo ello para Merino y Nocete una incongruencia en la práctica que se le viene dando hoy en día, dado que, para los autores “la asistencia mutua prevé la existencia de un instrumento jurídico bilateral o multilateral, mientras que el intercambio de información puede ser unilateral”⁹⁰.

Por su lado, Valdez Ladrón de Guevara, siguiendo la línea de pensamiento de Merino y Nocete precisa que, “el intercambio de información, supone -como su nombre lo indica- el traslado de información de naturaleza tributaria que está en posesión de una administración tributaria, a la administración tributaria de un tercer país, ya sea de manera unilateral o recíproca”⁹¹. Adicionalmente, refiere que es posible la transmisión oficiosa; esto es, sin que exista algún acuerdo entre los Estados o administraciones tributarias, en adelante AATT.

Sin embargo, nos advierte la autora que una transmisión oficiosa puede acarrear algunos problemas de orden jurídico, dado que, podría poner en duda la obtención de la información, por lo que, nos recomienda “contar con el instrumento jurídico pertinente, mediante acuerdos que permitan a los Estados acceder a la información de ciertos contribuyentes, que de otro modo no podrían ser obtenidas y cuya confirmación resulta necesaria para la correcta aplicación de las normas tributarias”⁹².

Desde una visión más ligada a la cooperación internacional, Cruz Amorós, lo define como el instrumento para solucionar los problemas que enfrentarán los Estados si cuentan tan solo con datos obtenidos dentro de sus jurisdicciones, señalando que:

“El problema de la información a nivel interno se convierte en un problema de intercambio de información, en la medida en que el fraude fiscal no se mantiene en las fronteras internas de los Estados, sino que tiende a apoyarse en las dificultades de obtención de información que resultan de la limitación territorial del poder financiero y en las facilidades de ocultación que proporcionan determinados países y territorios, principalmente por el mantenimiento del

⁹⁰ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” Instituto de Estudios Fiscales (2011): 6.

⁹¹Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad* N°43 (diciembre 2014): 422.

⁹² Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad* N°43 (diciembre 2014): 422.

secreto bancario o simplemente por su negativa a facilitar información sobre bienes y activos financieros situados en sus territorios”⁹³.

A nuestro criterio el comentario del autor es acertado, puesto que, el contar con la sola información generada dentro de las jurisdicciones en un contexto globalizado será insuficiente. En ese sentido, si bien el autor avizora el problema que enfrentarán los Estados si no adoptan la referida herramienta para combatir la evasión tributaria, creemos que no alcanza a brindar una definición completa del instrumento, toda vez que, sólo menciona una de sus funciones, el cual es la lucha contra las formas delictivas y modalidades de fraude fiscal.

Por su parte, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, en el Manual que establece las disposiciones para la aplicación del intercambio de información, agregó la siguiente definición:

“Es un elemento esencial de la cooperación internacional en materia fiscal [...] Éste es un medio eficaz, mediante el cual, los países mantienen su soberanía sobre sus propias bases tributarias y se aseguran la correcta asignación de los derechos a la imposición entre las partes contratantes en los convenios tributarios”⁹⁴.

Como se mencionó al inicio de este capítulo, encontrar un solo concepto al intercambio de información se torna complicado; sin embargo, de la revisión de las definiciones de los autores hasta aquí mencionados, podemos señalar que, el intercambio de información consiste en la remisión de datos relevantes de personas físicas o jurídicas para determinar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Asimismo, se mencionó que es posible llevarlo a cabo sin la existencia de la reciprocidad entre Estados, postura defendida por Quirós Ortiz, Valdez Ladrón de Guevara y por Merino y Nocete quienes admiten la posibilidad del intercambio de información de manera unilateral, pero es también posible que se practique bajo la reciprocidad de Estados, tal como lo defiende Fernández Marín, por lo que, ambas formas son posibles.

⁹³ Miguel Cruz, “El intercambio de información y el fraude fiscal”. *Revista Información Comercial Española, ICE N°825* (2005): 174.

⁹⁴ OCDE, “Manual para la Aplicación de las Disposiciones Relativas al Intercambio de Información con Fines Tributario,” Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE del 23 de enero de 2006. <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814482.pdf> (Consultada el 21 de diciembre de 2021)

Finalmente, respecto a su función, Cruz Amorós destacó que sirve para el combate del fraude fiscal, fenómeno propio de una economía globalizada.

Como se observa, las definiciones hasta aquí expuestas, no son capaces de abordar las modalidades del intercambio de información que existen en la actualidad, como el intercambio previo requerimiento, automático y espontáneo. Que cabe decir, las dos últimas se llevan a cabo en ausencia de la reciprocidad y cumplen de igual manera con el fin de trasladar la información, que bien puede o no ser empleada por la autoridad competente para la determinación y recaudación del tributo.

Por ello, consideramos que una definición de mayor alcance es la planteada por Moreno Gonzales, quien considera que:

“El intercambio de información es una herramienta esencial de la cooperación y colaboración internacional entre Estados, no solo en el ámbito de la lucha contra el fraude fiscal y la denominada planificación fiscal agresiva, sino también para verificar el cumplimiento de los deberes que corresponden a los obligados tributarios”⁹⁵.

Merece destacarse el comentario de Valdez Ladrón de Guevara quien señala que:

“El intercambio de información tributaria constituye una importante herramienta al servicio de las administraciones tributarias, mediante las cuales estas puedan lograr tanto objetivos vinculados con la recaudación como con la lucha contra el fraude y la evasión fiscal; sin embargo, también puede constituirse en una herramienta en beneficio de los contribuyentes, quienes “podrán beneficiarse de todas aquellas ventajas fiscales existentes en países distintos al de su residencia, instando a éste a que le proporcione los datos necesarios para la aplicación de esas ventajas, adecuando el trato fiscal que reciba a sus circunstancias concretas”⁹⁶.

Recogiendo lo expuesto por los diversos autores a lo largo de este punto, brindamos una definición propia del intercambio de información, a este respecto sostenemos que, el intercambio de información es una modalidad de asistencia administrativa, esencial para

⁹⁵ Saturnina Moreno, *El intercambio automático de información tributaria y la protección de datos personales en la Directiva 2011/16/UE. Avances y temas pendientes*. (España: Instituto de Estudios Fiscales, 2017), 242.

⁹⁶ Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad* N°43 (diciembre 2014): 422.

la cooperación internacional, llevada a cabo por las administraciones tributarias de los Estados, donde se provee datos relevantes de personas físicas o jurídicas para lograr una correcta determinación y alcanzar una efectiva recaudación de tributos dentro de sus fronteras y así tener el acceso a datos de contribuyentes sujetos a la soberanía de los Estados, para con ello combatir la evasión tributaria y demás fenómenos propios de un mundo globalizado, verificando el debido acatamiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, pero a la vez protegiendo los derechos de los mismos.

Respecto a la naturaleza de este instrumento, hemos podido advertir que el EOI es llevado a cabo por las administraciones tributarias de cada Estado, en tal sentido concordamos con Carol Quirós Ortiz quien señala que no es otra cosa que una actividad estatal⁹⁷.

Ahora bien, la misma autora refiere que:

“Las actividades llevadas a cabo por los órganos estatales pueden dividirse según su naturaleza en finalistas o instrumentales. Las primeras se caracterizan porque entrañan un fin en sí mismas, como por ejemplo la prestación de un servicio público en aras a lograr el bien común; las segundas son un medio para lograr un fin último es decir son “mediales” o “instrumentales” y sólo tienen sentido cuando sus resultados se dirigen a alcanzar las primeras”⁹⁸.

Siendo el intercambio de información de naturaleza evidentemente instrumental; dado que, es una herramienta que se encuentra al servicio de las administraciones tributarias y con ello se busca dar cumplimiento a los fines del Estado.

De igual manera sostiene Calderón Carrero que esta tiende a “servir de instrumento de control de las obligaciones tributarias de los contribuyentes que realizan operaciones económicas internacionales”⁹⁹. Por lo que podemos afirmar que, la naturaleza del intercambio de información es instrumental, se trata pues de una herramienta de cooperación internacional al servicio de los Estados que procura el cumplimiento de sus sistemas tributarios¹⁰⁰.

⁹⁷ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 46.

⁹⁸ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 46.

⁹⁹ José Calderón Carrero, Intercambio de Información y asistencia mutua, (Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea, 2012), 47.

¹⁰⁰ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 48.

2.2.2. *Objeto del Intercambio de Información*

El objeto es la “*información*” que será materia de intercambio; sin embargo, no toda información será conocida por la autoridad competente, dado que, se podría afectar la esfera íntima del contribuyente. Entonces, *¿qué clase de información está permitida intercambiar que no afecte los derechos de los contribuyentes?*

Patricia Valdez Ladrón de Guevara señala que, “el objeto de los acuerdos de intercambio de información está relacionado con la información de naturaleza tributaria”¹⁰¹, por lo que, ésta debe tener el mayor alcance posible; esto es, que abarque tanto a los impuestos directos e indirectos.

Para la autora, es esta característica la que lo diferencia con las cláusulas de EOI que se prevén en los convenios para evitar la doble tributación, donde el intercambio solo se da en base a los tributos que comprende el convenio, en tanto que, los acuerdos de intercambio que adoptan el Modelo de Convenio OCDE, abarcan impuestos de naturaleza idéntica o análoga, inclusive aquellos previstos de forma posterior a la suscripción del convenio¹⁰².

Esta amplitud de la cual hace referencia la autora se relaciona con la redacción del artículo 1 del Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria de la OCDE donde se precisa que, “las autoridades competentes de las Partes contratantes se prestarán asistencia mediante el intercambio de la información que previsiblemente pueda resultar de interés para la administración y la aplicación de su Derecho interno”¹⁰³. Además, de abarcar “aquella que previsiblemente pueda resultar de interés para la determinación, liquidación y recaudación de dichos impuestos, el cobro y ejecución de reclamaciones tributarias, o la investigación o enjuiciamiento de casos en materia tributaria”¹⁰⁴

¹⁰¹ Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad N°43* (diciembre 2014): 424.

¹⁰² Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad N°43* (diciembre 2014): 424.

¹⁰³ OCDE, “Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria”, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/37975122.pdf> (Consultada el 30 de diciembre de 2021)

¹⁰⁴ OCDE, “Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria”, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/37975122.pdf> (Consultada el 30 de diciembre de 2021)

Por su parte Merino y Nocete señalan que, el objeto se entiende como aquel contenido que comprende aquella información y documentos con relevancia fiscal que serán materia de intercambio entre las administraciones¹⁰⁵.

Si bien no cabe duda que, “la información” se torna en el objeto de este instrumento internacional; sin embargo, creemos necesaria una delimitación por parte de la doctrina de los estándares que debe reunir para su intercambio.

Así pues, de la revisión de las modificaciones al Modelo de Convenio OCDE e inclusive la del comienzo del presente siglo se advierte que, “la información a intercambiar debía ser la necesaria y/o relevante”¹⁰⁶.

En la misma línea Hortalá señala que, “el intercambio de información se articula en torno a los siguientes requisitos: que se trate de impuestos cubiertos por el Convenio, que la información sea necesaria o se prevea relevante y que la imposición no sea contraria al Convenio”¹⁰⁷.

Palao y Casado aproximándose al significado de información necesaria señalan que, el presupuesto de necesidad concurre cuando para el Estado requirente aun empleando los medios de los que dispone no le ha sido posible obtener la información, que considera son de trascendencia tributaria¹⁰⁸.

Los distintos autores analizados concuerdan que el objeto de este instrumento es “la información”, la misma que debe tener relevancia tributaria, no contravenir el convenio y que el Estado que la requiere, haya agotado previamente sus propios medios para obtenerla. Siendo su tendencia que la información materia de intercambio sea más vasta. Sin embargo, Valdez Ladrón de Guevara nos alerta al señalar que, “se busca que la información a requerir sea amplia, pero evitando lo que se conoce como *“fishing expeditions”*, es decir, que los Estados busquen información que no sea relevante para los asuntos tributarios de un contribuyente”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ María del Prado Merino y Francisco Nocete, coord. Gemma Patón, María Sánchez, Miguel Collado, *El objeto de intercambio internacional de información*, (2011), 62.

¹⁰⁶ OCDE, Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. IEF. Artículo 26.

¹⁰⁷ Joan Hortalá, Comentarios a la red española de convenios de doble imposición (España: Thomson Arazandi, 2007), 798.

¹⁰⁸ Citado por José Calderón, *El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información* (España: Instituto de Estudios Económicos de Galicia Barrié de la Maza, 2000), 11.

¹⁰⁹ Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad* N°43 (diciembre 2014): 424.

Ahora bien, el MC OCDE, versión del 2005, “hace referencia en el artículo 26.1 a la información previsiblemente pertinente, y desde entonces la OCDE dejó por sentado su criterio de que el estándar de *“pertinencia previsible”* busca que se intercambie información, en materia tributaria, en la medida más amplia posible”¹¹⁰. Pero, también el referido artículo señala la prohibición de que los Estados soliciten información cuando ésta no guarda ningún nexo con la investigación, lo que para nosotros es como lanzar las redes y esperar a que el Estado envíe información que muchas veces no guarda relación alguna con el contribuyente que es sujeto de una investigación de tipo fiscal.

Hemos de precisar que, en la época donde primaba el presupuesto de necesidad y se requería de información necesaria, hubo una flexibilización con relación a la necesidad de la información. Calderón Carrero afirma que ello permitió “que solamente se requiera que la información solicitada [...] pueda tener relevancia [...] para el Estado requirente o *“iluminar”* la declaración tributaria del sujeto investigado”¹¹¹.

Así, por ejemplo, como precisa Quirós Ortiz, hoy en día “en los instrumentos jurídicos europeos, la necesidad o la previsible pertinencia de la información, tiene como presupuesto determinante, tal como lo señala Sánchez López, la trascendencia tributaria”¹¹². Con lo cual, los datos requeridos serán de utilidad para aplicar impuestos o para la inspección de determinado contribuyente.

En esa línea, Patón García afirma que, la sustitución del término *“información necesaria”* por *“información previsiblemente relevante”*, importa la decisión propia de la administración tributaria de conservar el principio de autonomía procedimental¹¹³, toda vez que, será esta la que considere que información es o no de trascendencia tributaria.

2.2.3. Funciones del Intercambio de Información

Para el desarrollo de este punto tomaremos en cuenta lo expuesto por Lasarte, Merino y Nocete, autores que han reconocido una triple función de este instrumento.

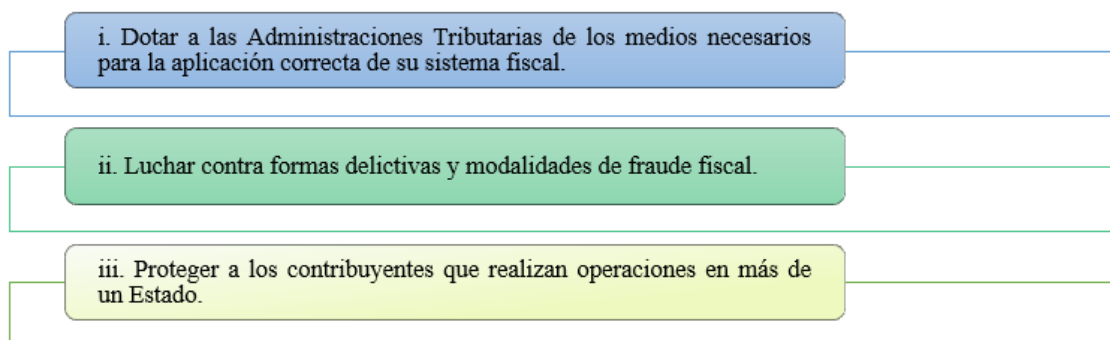
¹¹⁰ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 66.

¹¹¹ José Calderón Carrero, coord., *Intercambio de Información y asistencia mutua en la obra colectiva Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (España: CISS, 2010), 672.

¹¹² María Esther Sánchez, *Intercambio de Información Tributaria entre Estados* (España: J.M Bosch Editor, 2011), 27.

¹¹³ Gemma Patón, *La Dimensión del Intercambio de Información en los Convenios Fiscales Internacionales*, (España: Thomson Reuters, 2011), 198-199.

Figura 2.1. Funciones del intercambio de información



Fuente: Realizado a partir de la información de Lasarte y Merino y Nocete.

Elaboración: Propia

i. Aplicación correcta del sistema fiscal

Citando a Merino y Nocete en Zapatero, “la función básica del intercambio de información entre Administraciones tributarias es la de obtener todos aquellos datos que permitan realizar una correcta determinación de las obligaciones fiscales de sus administrados”¹¹⁴, teniendo la información un rol importante en esta determinación, dado que, se constituye como precisa Zapatero Gasco “en el punto de partida y requisito *sine qua non* a la hora de establecer las obligaciones que atañen a cada contribuyente”¹¹⁵.

Como expone Luis Martínez, “en un ámbito nacional, las Administraciones pueden ejercer sus facultades para exigir el cumplimiento del deber de colaborar de los ciudadanos, de modo que éstos aporten a la Hacienda Pública aquellos datos necesarios para determinar el gravamen al que deben ser sometidos”¹¹⁶. No obstante, debido a la globalización, la consecución de dichos datos se torna complejo, pues los mismos se pueden encontrar en jurisdicciones donde las administraciones tributarias no ejercen competencia. Por lo tanto, se vuelve necesaria la articulación de mecanismos que permitan la recopilación de tales datos.

En ese sentido, concordamos con Zapatero Gasco quien aduce que:

¹¹⁴ María Merino y José Nocete, “El Intercambio de información tributaria: Entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses,” en Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 123.

¹¹⁵ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 123.

¹¹⁶ Luis Martínez, *La protección jurídica del contribuyente* (España: IUSTEL, 2008), 29

“El intercambio de información tiene un rol central, permitiendo a las Administraciones el acceso a la información relevante para la aplicación del ordenamiento tributario que de otra forma no podrían conseguir. El intercambio de información se ha convertido en una herramienta indispensable a la hora de garantizar una tributación acorde a Derecho y preservar la eficacia de los ordenamientos fiscales nacionales. A través del mismo, las Administraciones pueden contar con los datos necesarios para verificar el cumplimiento de las obligaciones que atañen a aquellos contribuyentes que tienen intereses transnacionales”¹¹⁷.

En ese sentido, no cabe duda que la implementación de este instrumento en el ordenamiento peruano permitirá que nuestras autoridades apliquen correctamente nuestro sistema tributario y que los obligados no rehúyan al cumplimiento de sus obligaciones.

ii. Luchar contra formas delictivas

La segunda función es la de contribuir a la persecución de infracciones administrativas y actividades delictivas a través del empleo de la información intercambiada¹¹⁸.

Martínez Giner señala que, “el intercambio de información resulta fundamental para la determinación de las responsabilidades por infracciones administrativas derivadas de la evasión o fraude fiscal internacional, al permitir a la Administración la determinación exacta de los hechos de los que se derivan estas responsabilidades”¹¹⁹.

Para Zapatero Gasco, este instrumento no solo posibilita determinar las responsabilidades por infracciones administrativas, sino que también resulta de utilidad en el plano penal. Así pues, el referido autor citando a McAuley señala que “puede ayudar a la persecución de ciertas figuras delictivas cuya conducta típica no coincide plenamente con el

¹¹⁷ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 123.

¹¹⁸ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 128.

¹¹⁹ Luis Martínez Giner, *Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la Unión Europea* (España: Universidad de Alicante (UA), 2014), 281.

incumplimiento de obligaciones tributarias, pero que tienen una estrecha relación con la distracción de activos al fisco – delitos económicos como el blanqueo de capitales”¹²⁰.

Cabe mencionar que, aunque existen autoridades dedicadas en exclusiva a la persecución de estos ilícitos, el intercambio de información facilita tal labor llegando a lugares donde las redes policiales o judiciales muchas veces no llegan.

Sobre esto último, Merino y Nocete sostienen que, el intercambio “ofrece la posibilidad de localizar el origen de cantidades de dinero de forma más eficaz que las organizaciones o agencias policiales internacionales. Puede conseguirse así rastrear fondos que financian a organizaciones terroristas o descubrir actividades de organizaciones criminales a través de sus intereses económicos”¹²¹.

Tomando en cuenta la opinión de los autores antes mencionados, coincidimos en que es cierto que al momento de localizar dinero proveniente de actividades delictivas resulta más eficaz valerse del intercambio, toda vez que, los delitos fiscales al ubicarse en el plano internacional, generan la necesidad de una mayor cooperación entre autoridades cuya responsabilidad es la investigación de delitos. Por ejemplo, somos conscientes que, sin una debida cooperación no podría advertirse el empleo de una jurisdicción extranjera para esconder activos o ingresos o mantener en el extranjero el producto de transacciones ilícitas, siendo que ello tiene una respuesta y es porque los poderes de las instituciones encargadas de investigar se encuentran restringidas por límites jurisdiccionales.

En ese sentido, la misma OCDE precisa que, es necesaria una cooperación entre agencias de investigación, pudiendo esta cooperación adoptar cualquier forma de intercambio de información, así como la facilitación en la toma de declaraciones de testigos, servicio de documentos, obtención de pruebas y la investigación en su conjunto. Claro está, que para dar lugar a tal cooperación deberá existir previamente un acuerdo jurídico que precise las condiciones, requisitos de procedimiento y sobre todo la confidencialidad de los datos a intercambiar de los obligados¹²².

¹²⁰ B. McAuley, “Role de la organización internacional en el intercambio de información” en Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 129.

¹²¹ María Merino y José Nocete, “El Intercambio de información tributaria: Entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses,” *Crónica Tributaria N°139* (2011): 140.

¹²² OCDE, *Lucha contra los delitos fiscales: los diez principios globales*. E-book. (París: OCDE, 2019), www.oecd.org/tax/crime/lucha-contra-los-delitos-fiscales-los-diez-principios-globales.pdf

iii. Proteger a quienes realizan operaciones en más de un Estado

El intercambio de información no solo contribuye a la correcta aplicación del sistema fiscal de los Estados y el combate del fraude fiscal, sino que también protege y favorece a los contribuyentes, atribuyéndosele esta tercera función o como lo precisa Calderón Carrero y Fernández Marín, “una función del intercambio internacional de información tributaria que tendería a la protección de los derechos de los obligados tributarios”¹²³.

Esta tercera función según Merino y Nocete guarda una relación con la primera, “ello es así porque si la correcta determinación de la obligación tributaria es de gran utilidad para el Estado, ésta también puede serlo para aquel contribuyente que esté siendo tratado –de forma incorrecta- más gravosamente de lo que debería”¹²⁴.

Ahora bien, esta función surge de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE¹²⁵, donde se proscribe cualquier tipo de trato discriminatorio por motivo de las operaciones realizadas en más de un Estado.

Sobre el particular, Zapatero Gasco comenta que, producto de la necesidad de realizar operaciones económicas en distintos Estados miembros de la UE y ante la carencia de una única autoridad tributaria, el control de tales operaciones recayó sobre las AATT de cada Estado. Es así que, las operaciones de carácter transnacional de los obligados y el control de cada una de las administraciones dentro de sus jurisdicciones, generó un riesgo en la efectividad de la gestión de estas últimas y de sus controles fiscales. Como consecuencia, se produjo discriminación por la denegatoria de ciertos regímenes de residencia¹²⁶.

Ante esta situación, el TJUE señaló que, toda denegación debe encontrarse justificada con razones objetivas convincentes, toda vez que, los derechos reconocidos en los Tratados de la Unión no pueden ser vulnerados.

¹²³ Fernando Fernández, *La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el intercambio de información tributaria* (España: Ed. Atelier, 2007), 90 y 97.

¹²⁴ María Merino y José Nocete, “El Intercambio de información tributaria: Entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses,” *Crónica Tributaria* N°139 (2011): 140.

¹²⁵ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 133.

¹²⁶ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 134.

Por su parte, los Estados miembros alegaron que para garantizar la eficacia de los controles fiscales en situaciones transnacionales requieren de información necesaria, que bajo sus propios medios es imposible obtener¹²⁷.

En este escenario, el TJUE precisó que “la restricción de las libertades comunitarias no puede establecerse tomando como justificación la necesidad de proteger la eficacia de los controles fiscales, y por el hecho de que la información necesaria para ejercitar dicho control pueda encontrarse más allá de las fronteras del Estado”¹²⁸. En ese sentido, para ejercer el control de forma efectiva y sin discriminación, los países miembros cuentan con las siguientes alternativas:

- La primera es que, el Estado miembro recurra a la colaboración por parte de otro Estado para obtener los datos necesarios.
- La segunda opción es que, los Estados soliciten los datos necesarios al propio obligado tributario para otorgarle o denegarle el disfrute del régimen procurado¹²⁹.

Por lo anterior, el intercambio de información tiende a lograr la igualdad entre contribuyentes residentes o no residentes, no solamente logrando que con la información obtenida se someta a los obligados a un mejor control tributario, sino que también tiende a la protección de sus intereses, dado que, no se puede rehusar la aplicación de determinada ventaja tributaria argumentando la no residencia del sujeto o la falta de conocimiento de datos del mismo.

Así las cosas, bien tenía razón Calderón Carrero quien “llegó a describir el intercambio de información en la UE como un “*escudo*” del contribuyente frente a las discriminaciones entre residentes de distintos EEMM en el plano fiscal”¹³⁰.

¹²⁷ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 133.

¹²⁸ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 134.

¹²⁹ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 135.

¹³⁰ José Calderón, *Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributaria* (España: IEF, 2001), 8.

2.2.4. Modalidades del Intercambio de Información

Las administraciones tributarias pueden emplear las formas de intercambio que se hayan previsto en el convenio, pudiendo ser un intercambio de información por solicitud o previo requerimiento, automático o espontáneo.

2.2.4.1. Intercambio de Información por Solicitud

De acuerdo a la definición de la OCDE, también se le denomina intercambio de información específico o a solicitud. Y refiere al intercambio de información entre países que han celebrado un acuerdo para tal propósito, por lo que, intercambiarán la información a solicitud expresa de uno de los Estados sobre determinado contribuyente y respecto de un caso específico¹³¹.

Claudino Pita agrega que se trata de un “*recurso suplementario*” del Estado requirente, toda vez que, acudirá a esta modalidad siempre que haya revisado previamente sus fuentes de información propias en su jurisdicción. Asimismo, en su solicitud deberá precisar sobre quien se está requiriendo la información, que tipo de información y con qué fin se está solicitando, todo ello con el objeto de evitar requerir cualquier información de dudosa o insuficiente conexión con la situación fiscal de un contribuyente dado, en otras palabras, evitar los “*fishing expeditions*”¹³² o lo que en español podríamos denominar como “*expediciones de pesca*”.

Sobre esto último, el Manual del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, llevar a cabo “*expediciones de pesca*” significa atender pedidos de información meramente de especulación sin ninguna relación con la investigación en curso¹³³.

Así, por ejemplo, en el caso peruano para solicitar información a otra administración tributaria, la SUNAT deberá agotar la búsqueda interna de datos acudiendo a fuentes diversas y sólo en caso no haya tenido éxito, podrá acudir a esta herramienta colaborativa del intercambio de información a solicitud. En ese sentido, la SUNAT preparará la solicitud en específico, citará los hechos más importantes de la fiscalización y establecerá

¹³¹ OCDE, *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes*. (París: OECD Publishing, 2006)

¹³² Claudino Pita, “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional,” *Banco Interamericano de Desarrollo* (enero 2007): 27.

¹³³ Isaac Arias, “Intercambio de información y las expediciones de pesca”, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, <https://www.ciat.org/intercambio-de-informacion-y-las-expediciones-de-pesca/> (Consultada el 3 de enero de 2022)

la relevancia previsible de la información que está solicitado a otra administración tributaria, con el fin de que esta solicitud no sea calificada como una expedición de pesca; esto es, trasladar nuestra tarea de búsqueda de información a otro país, dado que, una solicitud no bien sustentada y catalogada como “*fishing expedition*” puede generar una calificación negativa al Perú que promueve el intercambio de información a solicitud.

Ahora bien, en el supuesto que la autoridad encargada del Estado a quien se requiere, no logre encontrar la información solicitada, éste realizará las actuaciones pertinentes para la consecución de la información acorde a su normativa interna, aun cuando la información no sea en pro de sus intereses e inclusive no podrá valerse de la existencia del secreto o la reserva como instituciones para alegar una imposibilidad ante el requerimiento.

En el mismo sentido, Valdez Ladrón de Guevara señala que:

*“La administración tributaria deberá realizar todas las acciones necesarias para poder obtener la información solicitada, de modo que esta no se limite a la revisión de sus propios archivos, sino que pueda llevar a cabo todas las medidas pertinentes para recabar la información, por ejemplo, efectuar fiscalizaciones, solicitar declaraciones de testigos, recabar información en posesión de terceros, como aquella en poder de los bancos (cumpliendo en todo caso los procedimientos internos que existan en cada país)”*¹³⁴.

Si bien los Estados que reciben la solicitud de información deben desplegar toda actuación necesaria para la obtención de la información requerida, dicha solicitud no debe implicar una carga al Estado que la recibe. En ese sentido, Rodríguez Bereijo precisa que, “las solicitudes de información realizadas en un período determinado no deben suponer una carga administrativa desproporcionada a la autoridad requerida”¹³⁵.

Con ello se quiere decir que, esta modalidad es una de las más equilibradas, debido a que, respeta el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, pues responde al deber que tienen los Estados de realizar las investigaciones necesarias y/o haber acudido previamente a diversas fuentes información antes de solicitarla a otro Estado.

¹³⁴ Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad* N°43 (diciembre 2014): 424.

¹³⁵ María Rodríguez, “El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria”: *In Dret Revista para el análisis del derecho*, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/918.es.pdf> (consultada el 31 agosto de 2021)

2.2.4.2. *Intercambio de Información Automático*

Bustamante Esquivias explica que, el intercambio automático “supone transmitir sistemáticamente información sobre una o varias categorías de datos”¹³⁶.

En esa misma línea Valdez Ladrón de Guevara señala que “consiste en que las autoridades tributarias de los países contratantes acuerdan transmitirse de manera sistemática y periódica información sobre una o más categorías de rentas o datos”¹³⁷. Asimismo, destaca la autora que con esta se dejan atrás algunos de los problemas presentados en el intercambio por solicitud, como el esfuerzo del Estado requirente a obtener la información antes de hacer su petición en el escenario internacional.

María Garde, refrenda la opinión de Valdez al afirmar que, se requiere de un “acuerdo previo entre administraciones, donde se detallen las categorías de renta, los sujetos afectados, la periodicidad, los plazos para la remisión y el formato de envío”¹³⁸. De lo que podemos advertir que, a diferencia del intercambio a requerimiento, no hace falta una solicitud, ni un agotamiento de medios previos, pero si exige un pacto con anterioridad entre los Estados.

A juicio de Merino y Nocete:

*“El intercambio automático (o sistemático) implica la transmisión «en masa» de datos relativos a contribuyentes, de forma periódica, por el país de la fuente al país de residencia, en relación con diversas categorías de renta (dividendos, intereses, cánones, salarios o pensiones, por ejemplo). El intercambio automático también se puede utilizar para transmitir otros datos que pueden resultar útiles, tales como cambios de residencia, la compra o disposición de bienes inmuebles o devoluciones de IVA, entre otros”*¹³⁹.

En este punto cabe traer a colación el comentario de Urteaga Goldstein para quien, los países que han optado por practicar un intercambio de información automático, tienen como objetivos: “a) Que el país de residencia del contribuyente pueda revisar sus registros

¹³⁶ María Bustamante Esquivias, *Intercambio de Información* (España: 3ª Edición. IEF, 2007),946.

¹³⁷ Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad* N°43 (diciembre 2014): 425.

¹³⁸ María Garde, *Eficacia del intercambio de información tributaria entre Estados*, (España: Ed. Atelier,2012), 256.

¹³⁹ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 17.

para verificar que los ingresos y/o activos del exterior hayan sido debidamente reportados.
b) Generar un efecto disuasivo y, por ende, el cumplimiento voluntario”¹⁴⁰.

Para Urteaga, el intercambio automático de información busca que los Estados recuperen sus ingresos fiscales perdidos y alcancen una mayor transparencia. Así, para la autora “esta modalidad tiene la ventaja de generar beneficios secundarios al incrementar revelaciones voluntarias de activos ocultos y alentar a los contribuyentes a reportar toda la información pertinente”¹⁴¹. Por ello, existe hoy en día una clara tendencia a implementar esta modalidad de intercambio de forma amplia.

Así pues, el Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales, en la actualidad con 165 países miembros, desde el 2014, año en el que adoptó la norma sobre intercambio automático de información, en adelante AEOI, logró que 90 países miembros se comprometieron a implementarlo a partir del 2017 o 2018, siempre que hayan dado cumplimiento a los procedimientos legislativos internos¹⁴², en el caso peruano fue recién a partir del 2020.

Este nuevo modelo, como bien señala Valdez Ladrón de Guevara, abarca dos componentes:

“La primera referida a un modelo de Acuerdo entre Autoridades Competentes (CAA por sus siglas en inglés) que deberá ser aplicado por los países que deseen implementar el nuevo estándar global de intercambio automático de información; el segundo componente está referido al Estándar Común de Información (CRS por sus siglas en inglés) que contempla los estándares de reporte y debida diligencia que deberán aplicarse para efectos del intercambio automático de información de cuentas en entidades financieras”¹⁴³.

¹⁴⁰ Clara Urteaga Goldstein, “La Implementación de un efectivo Intercambio de Información Fiscal en el Perú” (tesis de maestría, Universidad de Lima, 2017), 12.

¹⁴¹ Clara Urteaga Goldstein, “La Implementación de un efectivo Intercambio de Información Fiscal en el Perú” (tesis de maestría, Universidad de Lima, 2017), 13.

¹⁴² Foro Global de la OCDE sobre Transparencia e Intercambio de Información, “Foro Global sobre Transparencia Fiscal impulsa la cooperación internacional contra la evasión de impuestos”, OCDE, <https://www.oecd.org/newsroom/el-foro-global-sobre-transparencia-fiscal-impulsa-la-cooperacion-internacional-contr-la-evasion-de-impuestos.htm> (consultada el 26 de enero de 2022)

¹⁴³ Patricia Valdez, “Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú,” *Revista Derecho & Sociedad* N°43 (diciembre 2014): 425.

Por todo lo anterior hemos de precisar que, con la aplicación del intercambio automático, se busca combatir con más efectividad la evasión tributaria¹⁴⁴. Para muchos ello supone el final del secreto bancario, en la medida que, se insta a acceder información localizada en instituciones bancarias e intercambiarlas de forma automática y anual, comprendiendo la identificación de los obligados tributarios y las cuentas que poseen.

En esa línea Pecho Trigueros sostiene que, “el intercambio automático de información permite a las jurisdicciones de la residencia verificar si sus contribuyentes han incluido correctamente las rentas obtenidas en el exterior en países relacionados de la misma región geográfica, socios comerciales o países donde sus contribuyentes usualmente invierten”¹⁴⁵.

Qué duda cabe que estamos frente a una de las formas más eficaces para luchar contra la evasión y elusión tributaria, pues es sabido que cuanto más tarde se determinen las deudas, más complicado será su recupero, por lo que, obtener la información con inmediatez, facilitaría la labor de nuestras autoridades, y, por tanto, la recaudación. Por otro lado, es innegable el efecto disuasivo o preventivo que presenta.

2.2.4.3. Intercambio de Información Espontáneo

Por intercambio espontáneo podemos entender a la transmisión de información del cual un Estado tiene conocimiento y que a su juicio considera es de interés para otro Estado, por lo que, la transmite sin necesidad de un requerimiento previo.

En palabras de Soto Figueroa, este intercambio permite transmitir los datos que conoce un Estado producto de investigaciones y que para otro Estado resulta de especial interés¹⁴⁶.

Para Merino y Nocete este intercambio:

“Consiste en facilitar información que sea previsiblemente relevante para la otra parte contratante, que no haya sido previamente solicitada. Asimismo, por su naturaleza, implica una participación y cooperación activa de los agentes

¹⁴⁴ Clara Urteaga Goldstein, “La Implementación de un efectivo Intercambio de Información Fiscal en el Perú” (tesis de maestría, Universidad de Lima, 2017), 13.

¹⁴⁵ Miguel Pecho, “El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional”, *Revista Derecho PUCP* N°72 (2014): 37.

¹⁴⁶ Mario Soto, *Derecho tributario internacional* (México: Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2017), 156.

*responsables. El suministro de este tipo de información tiene lugar, normalmente, con motivo de una actividad investigadora (por ejemplo, una auditoría u otro tipo de investigación tributaria)”*¹⁴⁷.

Claudino Pita lo ejemplifica al señalar que, un funcionario durante una fiscalización puede hallar datos que, a su criterio, son relevantes para la aplicación de impuestos en otro Estado, pudiendo versar sobre la situación de un residente o de operaciones vinculadas a sus obligaciones tributarias¹⁴⁸.

Según el Manual de la OCDE la información de la que ha tenido conocimiento el Estado parte a través de su propia gestión se considera “*relevante*”, debido a que, puede servir para los fines fiscales de otro, transmitiéndolo sin necesidad que medie solicitud previa¹⁴⁹.

En nuestra opinión, nos encontramos frente a un margen de discrecionalidad de las administraciones tributarias, al considerar la relevancia fiscal que dicha información tiene para con otras.

Es conveniente destacar el comentario de Soto Figueroa, para quien las modalidades de intercambio de información no suelen darse de forma aislada, ya que, en numerosas ocasiones se han combinado y complementado entre sí. Por ejemplo, es común que el Estado requerido, luego de un pedido de información, suministre de forma voluntaria información que suplemente a la solicitada, dado que, estima que puede ser empleada para el caso materia de investigación¹⁵⁰.

Así pues, de la revisión de los comentarios de los distintos autores citados advertimos que, en efecto el intercambio espontáneo de información resulta una valiosa herramienta para el Perú, siempre que luego de iniciado el procedimiento de fiscalización contra determinado contribuyente e inclusive luego de haber solicitado por escrito determinados datos a otro Estado, se remita a la autoridad competente información previsiblemente relevante, respetándose con ello los derechos y garantías mínimas del contribuyente.

¹⁴⁷ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 17.

¹⁴⁸ Claudino Pita, “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional,” *Banco Interamericano de Desarrollo* (enero 2007): 28.

¹⁴⁹ OCDE, *Manual para a aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributario* (2006), 7.

¹⁵⁰ Mario Soto, *Derecho Tributario Internacional* (México: Instituto mexicano de contadores públicos, 2017), 156.

Sin embargo, sería distinto el escenario, si el otro Estado de forma espontánea remite información a la SUNAT sobre determinado obligado, sin que se haya iniciado una investigación en nuestro país. En ese sentido, creemos pertinente se regulen algunos procedimientos en aras de proteger los derechos de los obligados tributarios.

2.3. Límites al Intercambio de Información

El intercambio de información (EOI), es una valiosa herramienta al servicio de las AATT. En esa línea apunta Pablo Porporatto que, “es a partir de esta herramienta colaborativa, que las Administraciones tributarias, limitadas en su accionar a las fronteras del respectivo país, pueden acceder a información disponible en otros países para controlar a sus propios contribuyentes por operaciones, actividades e inversiones extranjeras”¹⁵¹.

Sin embargo, como toda herramienta su uso no es irrestricto, puesto que, subyacen principios y límites, en el marco de los convenios suscritos y tomando en cuenta fundamentalmente los derechos y garantías de los contribuyentes regulado en las legislaciones internas de los Estados.

A este respecto, partiremos el desarrollo de este punto citando a Merino y Nocete quienes señalan que, “los límites al uso e intercambio de la información se traducen, en consecuencia, en auténticas garantías para el obligado tributario que han quedado plasmadas en lo que se ha dado en llamar «derechos del contribuyente»”¹⁵².

Por esta razón, creemos que es conveniente tratar en las líneas siguientes los límites al EOI, empezando por señalar los principios rectores de este instrumento, los límites al uso y al intercambio, entendido como los supuestos donde no existe la obligación legal de suministrar información, para luego abordar los derechos del contribuyente y finalizar con los principios que inspiran al sistema tributario peruano.

¹⁵¹ Pablo Porporatto, “Derechos y garantías de los contribuyentes en relación al intercambio de información de índole tributaria y sus nuevos paradigmas. Parte I,” Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, <https://www.ciat.org/derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i/> (consultada el 2 de febrero de 2022).

¹⁵² María Merino y José Nocete, “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses,” *Crónica Tributaria* N°139 (2011): 160.

Figura 2.2. Límites al intercambio de información



Elaboración: Propia

2.3.1. Principios rectores del Intercambio de Información

El EOI ha tenido un desarrollo progresivo desde fines del siglo pasado, por lo que, el uso de esta herramienta ha sido cada vez mayor entre las administraciones tributarias de los Estados a fin de hacerle frente a los fenómenos surgidos a causa de la cada vez crecida globalización.

Como consecuencia, han aparecido limitaciones al intercambio y principios rectores que han conducido la actuación de los sujetos partícipes, incorporándose a los distintos instrumentos bilaterales o multilaterales, con el fin de contar con un único estándar a la hora del empleo de este instrumento.

Así las cosas, los principios son una suerte de guía de actuación para las autoridades competentes al momento de recibir y enviar datos tributarios, imponiendo, por una parte, la obligación de remitir determinados datos siempre que los requisitos previos hayan sido debidamente acreditados y, por otra parte, previenen su empleo abusivo.

Para Zapatero Gasco “los principios se configuran como un elemento legitimador del intercambio internacional de información tributaria”¹⁵³. A nuestro criterio no es para menos lo precisado por el mencionado autor, pues es a través del EOI que las autoridades tributarias ceden lo más importante, es decir, los datos tributarios, debiéndose confiar en el adecuado empleo de la misma. Por consiguiente, son los principios los que hacen legítima la actuación de la autoridad tributaria.

i. Principio de obligatoriedad

Zapatero Gasco, considera que constituye el principio básico del intercambio de información, pues es “la exigencia que tienen las Autoridades de un Estado de suministrar la información requerida por las Autoridades de otro Estado, en base a una norma que reconozca el intercambio”¹⁵⁴.

El propio Manual de la OCDE en el apartado referente a la obligación del intercambio de información, ha establecido que “It is important to stress that the exchange of information is mandatory”¹⁵⁵, que se traduce como “Es importante destacar que el intercambio de información es obligatorio”.

En esa misma línea, Calderón Carrero señala que, “la forma más común de establecer la obligación de intercambiar información es la celebración de un Tratado, Convenio, o Acuerdo internacional”¹⁵⁶. Agregando el autor, que la celebración de estos acuerdos se justifica también en el carácter confidencial de la información¹⁵⁷.

Para la OCDE, la obligatoriedad también se extiende a la ejecución de las acciones suficientes por parte de las autoridades, en aras de conseguir la información solicitada y enviarla según las especificaciones formales del Estado requirente¹⁵⁸. Lo que significa a

¹⁵³ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 313.

¹⁵⁴ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 317.

¹⁵⁵ OCDE, “Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/36647823.pdf> (consultada el 2 de febrero de 2022) [La traducción es nuestra]

¹⁵⁶ José Calderón, *Intercambio de información y fraude fiscal internacional* (España: Centro de Estudios Financieros, 2000), 52.

¹⁵⁷ José Calderón, *Intercambio de información y fraude fiscal internacional* (España: Centro de Estudios Financieros, 2000), 35-38.

¹⁵⁸ OCDE, “Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/36647823.pdf> (consultada el 18 de agosto de 2021)

nuestro juicio que, en virtud de la obligación internacional se puede negar la aplicación del secreto bancario para permitir el flujo de información.

Al respecto Zapatero Gasco refrenda lo expuesto por la OCDE al señalar que:

“Las obligaciones aparejadas al intercambio de información no se agotan con el mero envío de la misma, sino que se proyectan además sobre las acciones encaminadas a la obtención de la información. En consecuencia, todos los instrumentos dedicados al reconocimiento del intercambio de información internacional entre Estados contienen en su articulado expresiones que refuerzan el carácter vinculante de dicho intercambio”¹⁵⁹.

La CAAMMT por su parte, consagra en su artículo 4 la obligatoriedad del intercambio al establecer que “Las Partes intercambiarán cualquier información, en particular de la forma prevista en esta sección [...]”¹⁶⁰, con lo cual no cabe duda sobre su incondicionalidad. Adicionalmente, los comentarios al artículo reflejan la obligación de intercambiar datos por parte de todos los firmantes con el objetivo de lograr la aplicación de sus ordenamientos tributarios.

De lo antes expuesto, entendemos que la obligatoriedad se extiende al deber de intercambio, la confidencialidad de la AT que la recibe y a la realización de las acciones necesarias a fin de obtenerla.

ii. Principio de proporcionalidad

Para María Rodríguez este principio “juega un papel de primer orden en la valoración y medición de toda la actividad de intervención pública exigiendo que sea útil en relación con su fin, necesaria en relación con el resto de posibles medios y equilibrada en los costes y perjuicios que entraña”¹⁶¹. Así, para la autora se trata de un “criterio modulador de la actividad probatoria en los procedimientos tributarios”¹⁶².

¹⁵⁹ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 318.

¹⁶⁰ OCDE, “Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal Art. 4”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ESP-Amended-Convention.pdf> (consultada el 18 de agosto de 2021)

¹⁶¹ María Rodríguez, “El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria,” *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (julio 2012): 12.

¹⁶² María Rodríguez, “El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria,” *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (julio 2012): 12.

Ruiz García por su lado, entiende al principio de proporcionalidad como “la prohibición de que la administración en el ámbito de su discrecionalidad ordene algo que puede considerarse excesivo, exorbitante o desmesurado”¹⁶³. Lo que, para Alberto Muñoz quiere decir, que habiendo otros medios que hacen posible aplicar correctamente los tributos, se emplee el que supone una afectación más gravosa al contribuyente¹⁶⁴.

Rozas y Villar plantean un concepto similar a Ruiz García, pero difieren al señalar que este principio debe ser comprendido como “la prohibición de que la norma ordene algo excesivo o desmesurado”¹⁶⁵. Ahora bien, la desmesura también puede provenir de su aplicación efectiva; esto es, del organismo a quien se encomendó tal ejecución.

En tal sentido, el titular de un apoderamiento público en el ejercicio de sus facultades, legislativas, ejecutivas o judiciales, debe comprender que no es un señor del derecho, sino que, es más bien, un servidor del común, que no puede imponer de forma injustificada el abuso de su arbitrio. Por el contrario, ha de buscar siempre el beneficio máximo para todos con el sacrificio de los menos¹⁶⁶.

Como se observa, este postulado es fundamental, dado que, al ser el intercambio de información una actuación pública, la autoridad competente en el margen de su discrecionalidad no deberá actuar de forma desmesurada o excesiva. Por lo que, a decir de Zapatero Gasco desde el contenido del principio de proporcionalidad “la Autoridad competente de turno debe cuestionarse la pertinencia de cualquier posibilidad de requerir información, o bien de cualquier requerimiento de información recibido”¹⁶⁷.

El propio TJUE ha precisado que este postulado puede delimitarse a través del criterio de idoneidad, que implica evaluar cualitativamente si esta herramienta es la adecuada; del criterio de necesidad, que supone plantearse si es necesaria la aplicación de la medida y si es esta la más viable entre las demás; y el de razonabilidad, donde la injerencia sobre

¹⁶³ José Ruiz, *Secreto bancario y hacienda pública: (el deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria)*, (España: Civitas, 1988), 114.

¹⁶⁴ Alberto Muñoz, “Límites al intercambio internacional de información tributaria,” *Muñoz Arribas abogados*: 5.

¹⁶⁵ José Rozas y Marta Villar, “La Asistencia mutua tributaria a la luz del principio de proporcionalidad”, *Noticias de la Unión Europea* (setiembre 2004): 75.

¹⁶⁶ José Rozas y Marta Villar, “La Asistencia mutua tributaria a la luz del principio de proporcionalidad”, *Noticias de la Unión Europea* (setiembre 2004): 75.

¹⁶⁷ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 328.

los intereses de particulares tenga una relación razonable con la ventaja obtenida por la colectividad¹⁶⁸.

iii. Principio de reciprocidad

Para Debelva y Diepvens, se trata de un principio inherente a los tratados que se puede resumir como la relación entre dos o más Estados en la que uno concede derechos al otro Estado contratante a condición de que este último, a su vez proporcione beneficios iguales, pero no necesariamente idénticos¹⁶⁹.

Quirós Ortiz considera que, por el principio de reciprocidad “el Estado requerido está obligado a colaborar en la medida en que el Estado requirente también cumpla con esa obligación cuando se le solicite, se trata de un principio “*específico del Derecho Internacional*” aplicado, adaptado, al ámbito de la asistencia tributaria”¹⁷⁰.

En la misma línea Martínez Giner refiere que, con este principio el intercambio se supedita a que el Estado que solicita la información pueda intercambiar, en un escenario similar, el mismo tipo de información, evitándose que exista un aprovechamiento por parte del Estado requirente, toda vez que, desde su normativa doméstica, tal obtención de información se encuentra prohibida para aquel¹⁷¹.

De lo anterior, es evidente que a través de la reciprocidad se asegura la colaboración del Estado que recibe la información, evitándose un aprovechamiento indebido del instrumento. Por ello, para Alberto Muñoz, “el objetivo de este principio es que la parte requirente no pueda abusar del sistema de obtención de información de la otra parte, si éste es más amplio”¹⁷².

De la misma forma Merino y Nocete señalan que, “la reciprocidad en el intercambio información implica una contraprestación de las mismas características y con el mismo

¹⁶⁸ María Sánchez, *La tutela del contribuyente en relación con las actuaciones de intercambio de información tributaria en el ámbito internacional* (2011), 152-153.

¹⁶⁹ Filip Debelva y Niels Diepvens, “Exchange of Information. An Analysis of the Scope of Article 26 OECD Model and Its Requirements: In Search for an Efficient but Balanced Procedure,” *Intertax*, Issue 4 (2016): 304. [La traducción es nuestra]

¹⁷⁰ Carol Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 387.

¹⁷¹ Luis Martínez, *La protección jurídica del contribuyente* (España: IUSTEL, 2008), 94-95.

¹⁷² Alberto Muñoz, “Límites al intercambio internacional de información tributaria,” *Muñoz Arribas abogados*: 6.

alcance”¹⁷³, existiendo la posibilidad de que el Estado requerido se rehúse a remitir los datos cuando advierta que la otra parte no puede obtenerla o facilitarla según su norma interna, o cuando las propias prácticas administrativas del Estado requirente denoten una ausencia de reciprocidad. Sin embargo, advierten que, una aplicación excesiva del principio podría generar se frustré el efectivo intercambio de información¹⁷⁴.

Sobre esto último, sostenemos que habrá que tener sumo cuidado con la aplicación estricta de esta regla, puesto que, podría afectar la confianza entre AATT, comprometiendo la eficacia de la herramienta. En tal sentido, se promueve una interpretación pragmática de este principio y una actuación solidaria frente a las solicitudes de información, de tal forma que no se frustré el objetivo del intercambio.

Así, por ejemplo, Bustamante Esquivias señala que:

“No es bueno ni conveniente, ser "cicatero" a la hora de atender las peticiones de quien las solicita en función de unos instrumentos que precisamente se construyen sobre la base de la buena fe y la confianza mutua. La regla general que debería servir para resolver los casos de duda, es la generosidad, tanto en el fondo, (entregar los datos solicitados), como en la forma (rapidez, claridad y adecuación a lo solicitado), y pasa por no entrar en la dinámica de dudar sistemáticamente de las posibilidades internas que manifiesta tener el solicitante, y ni mucho menos, exigirle expresa o tácitamente que nos justifique estas posibilidades internas que dice tener”¹⁷⁵.

Ahora bien, Debelva y Diepvens definen en una segunda vertiente al principio de reciprocidad, quienes la denominan como la reciprocidad “de hecho”, la misma que se encuentra en los casos donde a la hora de atender las solicitudes de información, los recursos empleados por una parte y la otra son muy diferentes, de forma que, los costes en una de ellas son más elevados que el de su contraparte en una situación similar¹⁷⁶.

¹⁷³ Francisco Nocete y María del Prado Merino, “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 21-22.

¹⁷⁴ Francisco Nocete y María del Prado Merino, “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 21-22.

¹⁷⁵ María Bustamante, “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (impuestos indirectos e IVA),” *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales N°23* (2002): 8-9.

¹⁷⁶ Filip Debelva y Niels Diepvens, “Exchange of Information. An Analysis of the Scope of Article 26 OECD Model and Its Requirements: In Search for an Efficient but Balanced Procedure,” *Intertax*, Issue 4 (2016): 305.

Este otro aspecto del referido principio lo podemos ubicar en el artículo 21.2 literal g) de la CAAMMT o en el artículo 27 del MC OCDE.

En ese sentido, concordamos con Bustamante Esquivias, para quien “nos encontramos pues ante un principio que demuestra varias expresiones, si bien todas ellas se traducen en una misma consecuencia práctica: la exoneración del deber de intercambiar información en determinadas circunstancias”¹⁷⁷. Incluso, para la propia OCDE tal exención reposa sobre la razón de que en los supuestos donde determinados Estados no se encuentren habilitados para disponer con cierta información de acuerdo a su norma interna, no deberán sacar provecho de regulaciones más flexibles¹⁷⁸.

A lo antes precisado, añadiríamos que este principio viene a ser reconocido como señala Zapatero, “el postulado básico para lograr la confianza necesaria dentro del intercambio de información entre Administraciones tributarias”¹⁷⁹, constituyéndose como una garantía para estas últimas, así como para los propios obligados tributarios, debido a que, impide que la autoridad tributaria de un Estado parte solicite a otra, datos que no podría conocer acorde a su derecho interno, además de impedir el uso indiscriminado de esta herramienta.

iv. Principio de subsidiariedad

Merino y Nocete sostienen que, este principio precisa el deber que tienen los Estados de llevar a cabo las investigaciones suficientes antes de solicitar la información a otro Estado¹⁸⁰. Lo que en otras palabras podemos entender cómo, “la necesidad de que el Estado requirente haya agotado previamente todo medio a su disposición para obtener la información solicitada (*exhaustion rule*)”¹⁸¹

¹⁷⁷ María Bustamante, “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (impuestos indirectos e IVA)”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales N°23* (2002): 8.

¹⁷⁸ OCDE, “Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/36647823.pdf> (consultada el 8 de febrero de 2022)

¹⁷⁹ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 328.

¹⁸⁰ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 5.

¹⁸¹ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 5.

Para la OCDE, dicho agotamiento no se limita a las fuentes internas del Estado que requiere, toda vez que, su actuación está orientada a ir más allá de estas¹⁸². Por tal razón, como una forma de ayuda al personal de las AATT a recabar datos en el exterior, la organización ha desarrollado un manual donde se ubican variadas bases de información en diversas jurisdicciones.

El objetivo del referido principio, según Debelva y Diepvens no es otro que el de proteger a los Estados ante el uso indiscriminado de esta herramienta por otros Estados, por lo que, deberán intentar utilizar primero sus propios mecanismos antes de pedir información¹⁸³.

A nuestro criterio, el referido principio además de constreñir al Estado requerido, quien debe realizar todas las actuaciones pertinentes para lograr la información al recibir una solicitud por parte de otro Estado, el principio de subsidiariedad obliga también al Estado requirente el cumplimiento de las obligaciones de manera previa al inicio del intercambio.

No obstante, autores como Merino y Nocete advierten un inconveniente con relación a la aptitud del Estado solicitado de advertir si efectivamente el Estado solicitante ha empleado los recursos con los que dispone previo a la solicitud. En este contexto, el Estado requirente puede proporcionar al Estado requerido pruebas sobre su actividad investigadora, pero quedará en manos de este último determinar si su actuación fue la necesaria para el agotamiento de todos sus recursos¹⁸⁴.

Nos encontramos nuevamente ante un supuesto de discrecionalidad, en este caso del Estado requerido, quien determinará si el Estado que solicita la información realmente agotó los recursos internos con los que cuenta para obtener la información. A este respecto, tal como se señaló en el principio de reciprocidad y de conformidad con lo precisado por Bustamante Esquivias en Zapatero “en estos casos la buena fe debe imponerse como la máxima a seguir, tratando de poner en duda lo menos posible las acciones de la otra Administración implicada”¹⁸⁵

¹⁸² OCDE, “Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/36647823.pdf> (consultada el 8 de febrero de 2022)

¹⁸³ Filip Debelva y Niels Diepvens, “Exchange of Information. An Analysis of the Scope of Article 26 OECD Model and Its Requirements: In Search for an Efficient but Balanced Procedure,” *Intertax*, Issue 4 (2016): 305.

¹⁸⁴ María Merino y José Nocete, “El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español,” *Instituto de Estudios Fiscales* (2011): 5.

¹⁸⁵ María Bustamante, “Instrumentos de Asistencia Mutua”, en Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 341.

2.3.2. Límites al Uso y al Intercambio

Partiremos el desarrollo de este punto citando a Merino y Nocete para quienes “los límites al uso e intercambio de la información se traducen, en consecuencia, en auténticas garantías para el obligado tributario que han quedado plasmadas en lo que se ha dado en llamar «*derechos del contribuyente*»”¹⁸⁶.

a. Límites al uso

a.1. Uso de la información para fines distintos

Este postulado implica que la información obtenida mediante este instrumento no podrá emplearse para fines diferentes a los fiscales y mucho menos para perseguir delitos no tributarios. De hallarse indicios de comisión de delitos distintos a los fiscales, se empleará las herramientas propuestas para tal fin. No obstante, ciertos países consideran necesario transmitir dicha información con el órgano judicial y legal destinado a la prevención de ilícitos, para lo cual, los Comentarios al Modelo Convenio OCDE ponen a disposición enunciados que pueden incorporarse en el convenio.

a.2. Confidencialidad y protección de datos personales

Este límite implica que la información recibida con motivo del EOI, debe ser develada solo a los sujetos y autoridades competentes a quienes se les ha encomendado la labor de recaudación y aplicación de los impuestos contemplados en los acuerdos suscritos.

Ahora bien, es posible la comunicación al contribuyente sobre la información recibida, no obstante, no existe una obligación sobre la misma. Por lo tanto, la autoridad encargada que remite la información deberá indicar si subyace alguna excepción a la comunicación de los datos a los sujetos involucrados.

En lo referente a la protección de datos Pablo Porporatto nos recuerda que:

¹⁸⁶ María Merino y José Nocete, “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses,” *Crónica Tributaria* N°139 (2011): 160.

“La información suministrada sólo debe emplearse para los fines estipulados en el convenio o instrumento en cuestión, y en el supuesto de que se diese una inobservancia de normas que prevén reglas rígidas de confidencialidad y protección de datos personales, que afectan a un determinado obligado tributario, esta persona podría invocar la ilegalidad de las pruebas ante los tribunales del Estado receptor de los datos transmitidos, y reclamar la responsabilidad penal o administrativa del funcionario que reveló los datos de manera indebida y eventualmente exigir una responsabilidad patrimonial del Estado”¹⁸⁷

Para nosotros es totalmente acertado lo referido por Porporatto, toda vez que, si no existe una obligación de informarle al contribuyente respecto de sus datos que han sido transmitidos, imperando solamente la decisión de la autoridad competente, es necesario brindarle la oportunidad de defensa ante una posible vulneración a modo de proteger sus intereses.

b. Límites al intercambio

El artículo 21 regula 8 literales cuya redacción tiende a proteger a los sujetos vinculados a un procedimiento de EOI y refiere a los supuestos donde se exime la obligación de otorgar asistencia. A tal efecto, tomaremos en cuenta a Martínez Giner quien, recogiendo los postulados de instrumentos como el Modelo Convenio OCDE y la CAAMMT, desarrolla cuatro límites a esta herramienta.

b.1. Imposibilidad de hecho o de derecho para obtener la información

En palabras de Merino y Nocete:

“Una imposibilidad de hecho, es decir, aquella que estriba en la necesidad de incurrir, por parte del Estado requerido, en esfuerzos desproporcionados para intentar obtener y después facilitar la información solicitada (bien por falta de medios administrativos suficientes o por incurrir en costes excesivos, por ejemplo); mientras que, por el otro, resulta evidente que se refiere a razones de

¹⁸⁷ Porporatto, “Derechos y garantías de los contribuyentes [...], <https://www.ciat.org/derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i/>

derecho o, en definitiva, a lo que se ha dado en llamar, por gran parte de la doctrina, la no obligación de actuar contra legem (esto es, infringiendo las propias leyes internas o contraviniendo la práctica administrativa habitual en el Estado en cuestión) ”¹⁸⁸.

En otras palabras, la imposibilidad de hecho evidencia la ausencia de recursos o el costo elevado para atender la solicitud de información; en tanto que, por imposibilidad de derecho, la atención de la solicitud de información resultaría vulneradora de la norma interna del Estado requerido, por lo que, en tales supuestos, existirá una exención a la obligación de asistencia.

Tomando en cuenta lo mencionado en el principio de reciprocidad, ya Debelva y Diepvens se habían referido a este aspecto como la reciprocidad de hecho, donde los recursos empleados por una parte son más elevados que el de su contraparte en una similar situación¹⁸⁹. De lo que se extrae que, en tales situaciones el EOI se verá restringido precisamente por tal imposibilidad.

Diversos instrumentos normativos como el artículo 26.3.b) del MC OCDE han establecido la posibilidad de que el Estado contratante pueda rehusarse a suministrar información, así también, lo ha precisado el artículo 21.2.a) y 21.2.c) de la CAAMMT.

¹⁸⁸ María Merino y Francisco Nocete, “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español,” Instituto de Estudios Fiscales Doc. N°6 (2011): 21.

¹⁸⁹ Filip Debelva y Niels Diepvens, “Exchange of Information. An Analysis of the Scope of Article 26 OECD Model and Its Requirements: In Search for an Efficient but Balanced Procedure,” Intertax, Issue 4 (2016): 305.

Cuadro 2.2. Instrumentos normativos y la imposibilidad de vulnerar la legislación interna para obtener la información

CONVENIO	ARTÍCULO
MC OCDE	26.3.b) del MC OCDE <i>“En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:</i> <i>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”</i>
CAAMMT	21.2.a) y 21.2.c) del Convenio Multilateral <i>[...] “Lo dispuesto en esta Convención no será interpretado en el sentido de imponer al Estado requerido la obligación de:</i> <i>a. llevar a cabo medidas contrarias a su legislación interna o práctica administrativa, o a la legislación o práctica administrativa del Estado requirente</i> <i>c. suministrar información que no pueda obtenerse de conformidad con su propia legislación o práctica administrativa o de conformidad con la legislación o práctica administrativa del Estado requirente”.</i>

Fuente: A partir de los datos del MC OCDE y de la CAAMMT

Elaboración: Propia

Resulta interesante, que tanto el MC OCDE y la CAAMMT contemplan que ninguna de las partes podrá alegar la institución del secreto bancario o un interés nacional como fundamento para oponerse a suministrar la información solicitada. Así como tampoco podrá rehusarse una solicitud por encontrarse la información en poder de una entidad financiera, agente, fiduciario, etc. Con lo cual, se evidencia que ambos instrumentos conducen básicamente a resultados iguales.

Cuadro 2.3. Instrumentos normativos y la imposibilidad de negarse a suministrar información

CONVENIO	ARTÍCULO
MC OCDE	26.5 del MC OCDE <i>“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”.</i>
CAAMMT	21.4 del Convenio Multilateral <i>“En ningún caso las disposiciones de esta Convención, incluyendo específicamente las de los párrafos 1 y 2, deberán ser interpretadas en el sentido de permitir al Estado requerido negarse a proporcionar información únicamente porque dicha información esté en posesión de un banco, otra institución financiera, agente o persona que actúe como agente o fiduciario o porque se relaciona con los derechos de propiedad de una persona”.</i>

Fuente: A partir de los datos del MC OCDE y de la CAAMMT

Elaboración: Propia

b.2. Reciprocidad

Seremos breves en la explicación de este punto, debido a que, el principio de reciprocidad ya ha sido abordado anteriormente. Sin embargo, podemos añadir que:

“La parte requerida puede rehusar suministrar la información cuando la parte requirente no pueda obtener o facilitar la información por ley, o cuando las prácticas administrativas de la parte requirente (por ejemplo, falta de recursos administrativos suficientes; esfuerzos desproporcionados; actuaciones contra legem) determinen una falta de reciprocidad”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ María Merino y Francisco Nocete, “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español,” Instituto de Estudios Fiscales Doc. N°6 (2011): 22.

b.3. Prohibición de revelar secretos empresariales, industriales y profesionales

El artículo 26.3.c) del Modelo Convenio OCDE, así como el artículo 21.2.d) de la CAAMMT, señalan que no existe una obligación de suministrar información cuando implique la revelación del secreto comercial, industrial, profesional o procedimiento comercial.

Sobre el particular, el comentario en el apartado 19.2 al artículo 26.3 del Modelo Convenio OCDE, nos proporciona una definición de secreto empresarial o comercial, precisando que este “debe involucrar hechos y circunstancias de una importancia económica considerable y que podrían ser explotados de forma práctica y cuyo uso no autorizado podría conllevar un serio perjuicio (por ejemplo, podría traer consigo graves perjuicios financieros)”¹⁹¹.

Sin embargo, Martínez Giner advierte un problema y es el relativo a quién identifica si nos encontramos ante un secreto empresarial, apostando el autor por la contribución del propio sujeto involucrado para que sea él el que determine si la remisión de la información revela algún secreto de tipo comercial o empresarial, excepto en los casos donde medie sospecha de fraude fiscal por el particular¹⁹².

Pablo Porporatto avala la idea del citado autor, toda vez que, a su juicio:

*“Si la parte requerida decide facilitar la información, debería indicar que un secreto comercial u otros se encuentran involucrados, de manera que permita a la parte requirente adoptar cualquier medida adicional que pudiera ser apropiada para asegurar la más estricta confidencialidad”*¹⁹³.

¹⁹¹ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio Versión Abreviada* (Instituto de Estudios Fiscales, 2010), <https://www.gloabal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf>

¹⁹² Luis Martínez, *La protección jurídica del contribuyente* (España: IUSTEL, 2008), 105.

¹⁹³ Porporatto, “Derechos y garantías de los contribuyentes [...], <https://www.ciat.org/derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i/>

Cuadro 2.4. Instrumentos normativos y la prohibición de revelar secretos comerciales, industriales, profesionales

CONVENIO	ARTÍCULO
MC OCDE	26.3.c) del MC OCDE <i>“En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:</i> c. <i>“suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público”.</i>
CAAMMT	21.2.d) del Convenio Multilateral <i>“A excepción de lo previsto en el Artículo 14, lo dispuesto en esta Convención no será interpretado en el sentido de imponer al Estado requerido la obligación de:</i> d. <i>suministrar información que pudiera revelar cualquier secreto comercial, empresarial, industrial, mercantil o profesional o un procedimiento comercial, o información cuya revelación pueda resultar contraria al orden público (ordre public)”.</i>

Fuente: A partir de los datos del MC OCDE y de la CAAMMT

Elaboración: Propia

b.4. Imposibilidad de vulnerar el orden público del Estado requerido

Otra de las alegaciones que el Estado requerido puede invocar para rehusarse a suministrar la información solicitada, es la imposibilidad de vulnerar el orden público, la cual constituye una auténtica garantía para el contribuyente.

Así pues, el comentario en el apartado 19.5 al artículo 26 del Modelo Convenio OCDE, señala que:

“Un caso de este tipo podría darse si una investigación tributaria en el Estado solicitante tuviera motivaciones de persecución política, racial o religiosa. La limitación podría invocarse también cuando la información constituyera un secreto de Estado, por ejemplo, información sensible en poder de los servicios secretos cuya revelación sería contraria a los intereses vitales del Estado

requerido. Así las cosas, las cuestiones de orden público raramente surgen en el marco del intercambio de información entre socios convencionales”¹⁹⁴.

Por su parte, Martínez Giner, comenta el artículo 21.2.b) de la CAAMMT, el cual regula tal aspecto, señalando que este articulado hace una distinción entre orden público e intereses vitales del Estado, el que incluye la soberanía fiscal, la seguridad del Estado o secretos de Estado, etc., y agrega que los casos donde exista riesgo para la vida humana o donde medien sanciones desmesuradas constituirían, de igual modo, un motivo para alegar la denominada “cláusula de orden público”¹⁹⁵.

2.3.3. Derechos del contribuyente

Desde la década de los 90 la OCDE ha emitido una serie de reportes como “Taxpayers' Rights and Obligations a study of the legal situation in OECD countries”, enfatizando en los principios que guían la actuación entre administración tributaria y contribuyente. Así, en el 2001 emitió un nuevo reporte denominado “Principles of Good Tax Administration – Practice Note” y en el 2003 el reporte “Taxpayers Rights and Obligations – Practice Note”, enfocado en el aumento del nivel de cumplimiento tributario a través de una amplia red de derechos¹⁹⁶.

La emisión de reportes de la OCDE responde a la desconfianza entre el contribuyente y la autoridad tributaria ante posibles filtraciones de información de carácter personal, produciendo en los obligados una renuencia a entregar sus datos, pues temen que sean empleados para fines distintos a los impositivos.

En este escenario, surge una incesante necesidad de lograr una relación equilibrada entre autoridades tributarias y contribuyentes, pues como precisa Urteaga Goldstein:

“Este desequilibrio se evidencia al revisar la operatividad del intercambio de información automático, en el que el contribuyente no es consultado sobre la posibilidad de que su información financiera sea compartida con otros Estados y, que incluso dicha información pueda ser utilizada con propósitos distintos a

¹⁹⁴ OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio Versión Abreviada* (Instituto de Estudios Fiscales, 2010), <https://www.gloabal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf>

¹⁹⁵ Luis Martínez, *La protección jurídica del contribuyente* (España: IUSTEL, 2008), 111.

¹⁹⁶ Clara Urteaga Goldstein, “La Implementación de un efectivo Intercambio de Información Fiscal en el Perú” (tesis de maestría, Universidad de Lima, 2017), 30.

los tributarios en tanto así esté previsto en los instrumentos jurídicos al amparo de los cuales se realiza el intercambio”¹⁹⁷

En tal sentido, organizaciones internacionales han propuesto la adopción de un código de los contribuyentes que reconozca sus derechos frente a los nuevos mecanismos de control tributario; sin embargo, aún no existe ninguna norma de carácter internacional que abarque estos postulados, siendo los propios contribuyentes quienes se están agrupando en asociaciones de ámbito internacional para proteger sus derechos, como la “Asociación Mundial de Contribuyentes” (WTA), que conecta grupos de protección de contribuyentes de más de 60 países¹⁹⁸, dentro del cual el Perú con la “Asociación de Contribuyentes”, participa como miembro.

Como bien señalan Merino y Nocete:

“Como en todo procedimiento, los sujetos afectados son titulares tanto de derechos como de obligaciones que se transforman, en función del caso y de la posición jurídica de los propios obligados, en garantías propiamente dichas o en la afirmación y defensa de una serie de derechos que, en definitiva, derivan de los límites al uso y al intercambio de información”¹⁹⁹.

Por su parte, Romero y Cruz definen los derechos del contribuyente como obligaciones y/o deberes que debe cumplir el Estado para con los obligados tributarios, a través de su administración tributaria en cuanto a las funciones de recaudación y control tributario²⁰⁰.

Así las cosas, el artículo 21.1 de la CAAMMT prevé una cláusula general al señalar que, “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará los derechos y salvaguardas a favor de las personas, de conformidad con la legislación o práctica administrativa del Estado requerido”²⁰¹. Con lo cual, según Córdón Ezquerro, se abre la probabilidad de que,

¹⁹⁷ Clara Urteaga Goldstein, “La Implementación de un efectivo Intercambio de Información Fiscal en el Perú” (tesis de maestría, Universidad de Lima, 2017), 31.

¹⁹⁸WTA, “Sobre nosotros,” World Taxpayers Associations, [Sobre Nosotros» World Taxpayers Associations](#) (consultada el 9 de febrero de 2022).

¹⁹⁹ María Merino y Francisco Nocete, “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español,” Instituto de Estudios Fiscales Doc. N°6 (2011): 19.

²⁰⁰ Jessica Romero y Mario Cruz, “Acceso al derecho a la justicia con la implementación del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en la tutela de los derechos del contribuyente”, *Ciencia Jurídica Vol.5, N°10* (agosto 2016): 191-192.

²⁰¹ Conforme al artículo 21.1 de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.

previo al suministro de información al Estado que solicita, informe al sujeto involucrado en el procedimiento de EOI que su información será materia de intercambio²⁰².

Los Comentarios al MC OCDE van en igual sentido, debido a que, prevé la posibilidad de notificar al contribuyente, pero sin que ello implique entorpecer o retrasar la aplicación efectiva de EOI.

Por lo antes expuesto podemos decir que, la notificación además de suponer una garantía para el contribuyente reconocido por la normativa interna, podría coadyuvar a prevenir posibles equivocaciones en la identificación del sujeto cuyos datos se intercambian. Asimismo, podría facilitar el intercambio en la medida que los contribuyentes notificados decidan colaborar de forma voluntaria. Sin embargo, advierte Porporatto que, en los casos de que el requerimiento de datos sea muy apremiante o que la notificación al contribuyente pudiera disminuir las posibilidades de éxito en una investigación iniciada por el Estado que la solicita, deberían admitirse excepciones previas²⁰³.

Sobre esto último, creemos que el autor se refiere a aquellos casos donde existan indicios de la comisión de ilícitos, siendo en tales supuestos que cabría la excepción de notificar a los titulares de los datos.

Llegado a este punto, nosotros reafirmamos de que es latente la necesidad de que se establezca un balance que coadyuve a prevenir una posición de indefensión del sujeto frente a la administración, sin que ello implique entorpecer el EOI. Asimismo, sostenemos que, ante la carencia de un código que ampare todas las garantías y derechos del contribuyente, resulta evidente que la salvaguarda de los mismos quedará al arbitrio de cada uno de los Estados, quienes deben empezar a actuar de inmediato de cara a la cada vez mayor aplicación del intercambio de información.

Al respecto, Zapatero Gasco señala que, “la legitimidad de esta institución jurídica depende en gran medida de las garantías que la misma ofrezca a los obligados tributarios a los que concierne”²⁰⁴. Sin embargo, observa que “esta protección no puede depender de

²⁰² Teodoro Córdón, “Los Derechos de los contribuyentes en el intercambio de información entre Administraciones tributaria” *Revista de la facultad de Derecho PUCP* N°72 (marzo 2014): 15.

²⁰³ Porporatto, “Derechos y garantías de los contribuyentes [...], <https://www.ciat.org/derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i/>

²⁰⁴ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2019), 427.

la protección que uno u otro Estado haya considerado necesario reconocer²⁰⁵, porque como es evidente, no todos reconocerán de forma uniforme lo mismo, lo que para el autor y para nosotros se traduciría en un desequilibrio entre sujetos que resulta difícil de aceptar.

La OCDE además del ya mencionado derecho de notificación, el cual permite informar al obligado tributario la información que será remitida con motivo del intercambio de información, así como el país que lo solicitó, los tributos afectados y la regulación aplicable, el mismo que es amparado en legislaciones como la de Alemania, Suecia, Suiza, Países Bajos y Portugal, reconoce otros dos derechos más garantistas, el derecho a consulta o audiencia y el derecho a intervención, este último sometiéndolo a un proceso administrativo o judicial²⁰⁶.

Si bien es cierto que la OCDE pretende lograr un balance de todos los componentes en conflicto, también es cierto que centra su preocupación en el combate del fraude fiscal internacional, por lo que, como se comentó anteriormente será labor de cada Estado velar por la protección de los derechos de los contribuyentes en su normativa interna.

En tal sentido, listaremos algunos de los derechos legales primarios que, según la clasificación de Duncan Bentley, “son los fundamentos que subyacen al sistema tributario y que constituyen límites a los poderes legislativo y ejecutivo”²⁰⁷, por lo que, cualquier combinación de estos permitirá determinar si tal actuación se halla acorde con los principios que detallaremos en el siguiente punto.

Así por ejemplo, que la imposición de impuestos debe ser por ley o por norma con rango de ley, lo que responde al principio de Legalidad y Reserva de Ley; el derecho de que la carga tributaria sea de conformidad con la capacidad contributiva del sujeto, lo que responde al principio de Igualdad; el derecho a que los contribuyentes no paguen más de lo que deberían o sufran doble imposición, lo que responde al principio de No confiscatoriedad; el derecho a no ser discriminado, a la confidencialidad y privacidad, que responde al principio del Respeto a los derechos fundamentales, entre otros.

²⁰⁵ Alejandro Zapatero Gasco, “El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2019), 427.

²⁰⁶ OECD, *Tax Information Exchange between OECD Member Countries: A Survey of Current Practices*. París, 1994.

²⁰⁷ Duncan Bentley, “Revisiting rights theory and principles to prepare for growing globalization and uncertainty,” (International Conference on Taxpayer Rights, Washington DC, November 18-19, 2015), citado por Clara Urteaga, “La implementación de un efectivo intercambio de información fiscal en el Perú,” (tesis de maestría, Universidad de Lima, 2017), 34-35.

2.3.4. *Principios del Sistema Tributario Peruano*

Según el CIAT “se suele afirmar que un sistema tributario es un conjunto de tributos vigentes en un país, en un momento determinado”²⁰⁸, siendo los principios los que inspiran y sirven de sustento al mismo.

En el caso peruano, conforme el artículo 74 de la Constitución Política de 1993, “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 carácter confiscatorio”²⁰⁹.

Actualmente el sistema tributario del Perú reposa sobre los principios que recoge nuestra Constitución, siendo estos un verdadero límite a la potestad tributaria, que no es otra que el poder que cuenta el Estado para crear, modificar o derogar tributos.

A. Principio de Legalidad – Reserva de Ley²¹⁰

Que precisa que toda disposición con implicancia en materia tributaria, así como cualquier exoneración o beneficio tributario, procedimientos, establecimiento de infracciones y sus consecuentes sanciones, privilegios y la extinción de la deuda tributaria, deberá sustentarse en un marco legal legítimo.

Ahora bien, cabe mencionar lo expuesto por el Tribunal Constitucional que, “mientras el principio de legalidad implica la subordinación de los poderes públicos al mandato de la ley, el de reserva de ley, es un mandato constitucional sobre aquellas materias que deben ser reguladas por esta fuente normativa”²¹¹, o lo que es, los tributos serán fijados por las autoridades encargadas para tal caso, siendo esta dada por el Gobierno Central, Regional y Locales.

²⁰⁸ Alfredo Collosa, “Sistemas Tributarios y Reformas Tributarias. Algunas ideas del tema (i),” CIAT, <https://ciat.org/sistemas-tributarios-y-reformas-tributarias-algunas-ideas-del-tema-parte-1/#:~:text=Se%20suele%20afirmar%20que%20un,pa%C3%ADs%20en%20un%20momento%20determinado>, (consultada el 1 de marzo de 2022).

²⁰⁹ Constitución Política del Perú (Perú, 1993), artículo 74, capítulo IV.

²¹⁰ Conforme a la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario y al artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

²¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0042-2004-AI/TC, 12 de agosto de 2005.

B) Principio de Igualdad²¹²

Este principio invoca la igualdad horizontal y vertical, pues a través de la primera todos los sujetos en un mismo nivel de riqueza económica, deberán soportar el mismo nivel de carga impositiva, en tanto que, a través de la segunda todos los sujetos en un diferente nivel de riqueza económica, deberán soportar diferentes cargas impositivas.

En palabras de Mendoza Pérez, “la igualdad como base de los tributos, como medida de la obligación, significa que cada uno deberá contribuir en forma proporcional y progresiva a su capacidad económica”²¹³.

C) Principio de No confiscatoriedad²¹⁴

Este principio supone no afectar la fuente generadora de ingresos imponibles. Así, desde dos puntos de vista, es confiscatorio un impuesto cuando para realizar su pago, el obligado tributario se desprende de una parte significativa de su capital (cuantitativo). También será confiscatorio cuando para la creación de un tributo se vulnera otros principios o derechos, como la afectación a la propiedad privada (cualitativo).

D) Principio de Respeto de los Derechos Fundamentales de la Persona²¹⁵

El referido principio trae a colación los derechos que reconoce el artículo 2 de la Constitución Política. Por ello, es pertinente citar a Zavaleta Álvarez, quien a su vez cita al Tribunal Constitucional precisando que:

“Al respecto cabe señalar que el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical –frente a los poderes del Estado– y horizontal –frente a los particulares–. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia,

²¹² Conforme al artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

²¹³ Raúl Mendoza, “El principio tributario de igualdad, generalidad, proporcionalidad y la sociedad en el Perú,” *Revista Quipuramayoc de la Facultad de Ciencia Contables de la UNMSM Vol 22 N°42* (octubre 2014): 106.

²¹⁴ Conforme al artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

²¹⁵ Conforme al artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

igualdad, pluralismo, democracia, entre otros– recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional”²¹⁶.

E) Otros principios no explícitos en la Constitución

Hemos considerado también al principio de Neutralidad, que implica que no se deben generar distorsiones en la economía; el de Simplicidad, en la identificación del sujeto pasivo y la base imponible; el de Solidaridad, donde los ciudadanos deben colaborar con el Estado en su función recaudadora; el de Buena fe y Presunción de veracidad, pues los contribuyentes en sus declaraciones juradas para el procedimiento de intercambio de información deben obrar con la verdad; el de Publicidad, por el cual toda documentación que constituya norma exigible a los contribuyentes y/o usuarios debe ser publicado; y por último el de Economía de la recaudación, donde el monto de los tributos debe ser mayor a los costos que conlleve su recaudación.

2.4. Implementación del Intercambio de Información en el Perú

Conforme se mencionó en el apartado sobre el Perú y la OCDE, fuimos uno de los primeros en comprometernos con el Programa País de la OCDE a fines del 2014, siendo considerados como uno de los socios más activos.

A través del programa, nuestro país emprendió una serie de proyectos de revisión de políticas, implementación y quizás lo más importante, la adhesión a instrumentos jurídicos²¹⁷. Es así que, en el 2018 con motivo de hacer frente al fraude fiscal, el gobierno peruano reunió los requisitos necesarios para adherirse al Convenio multilateral de la OCDE considerado como el “principal instrumento mundial para fomentar la transparencia y hacer frente a la evasión fiscal transfronteriza”²¹⁸.

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 10087-2005-PA/TC, 18 de diciembre de 2007 citado en Michael Zavaleta, “Tax constitution and tax power- peruvian perspective” (conferencia presentada en el Centro de Estudios Parlamentarios del Congreso de la República sobre “Tax Constitution & Tax Power”, Lima, junio del 2018).

²¹⁷ The OECD and Latin America & the Caribbean, “La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Peru - Organisation for Economic Co-operation and Development (oecd.org) (Consultada el 7 de diciembre de 2021)

²¹⁸ OCDE, “Perú se adhiere a dos importantes instrumentos de la OCDE: La Convención Anti-Cohecho y la Convención multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/newsroom/peru-se-adhiere-a-dos->

La adhesión a la CAAMMT significa para el Perú un paso más en su camino de pertenecer a la OCDE como Estado miembro. Por esa razón, a fines del 2021 según el Diario Oficial El Peruano, el presidente de la República, Pedro Castillo Terrones, “remitió una misiva al secretario general de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Mathias Cormann, para ratificar el deseo del Perú de ser miembro de este organismo multilateral”²¹⁹.

En ese sentido, el Perú ha venido desarrollando una serie de acciones desde mucho antes de la suscripción de la Convención Multilateral, entre las que incluyen algunas modificaciones genéricas al ordenamiento jurídico, con el fin de adecuarse a los estándares internacionales que exige la OCDE. De ahí que este punto tenga como propósito explicar sobre la implementación del EOI en el Perú y los efectos jurídicos que devienen de tal implementación y consecuente aplicación.

A través de la Ley N.º 30506²²⁰, cuya publicación fue hecha el 9 de octubre de 2016, se facultó al Poder Ejecutivo para que adecue el ordenamiento jurídico interno “a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la OCDE sobre el intercambio de información para fines tributarios, fiscalidad internacional, erosión de bases imponibles, precios de transferencia y combate contra la elusión tributaria”²²¹. Además de la facultad para mejorar la regulación del secreto y reserva tributaria, en aras de cumplir con los acuerdos internacionales suscritos.

Por esta razón, en el mes de diciembre del mismo año, el Poder Ejecutivo en virtud de la delegación de facultades conferidas por la Ley citada, aprueba el Decreto Legislativo N.º 1311, que modifica el Código Tributario, y que dota a la SUNAT de facultades para que coopere con otras AATT sobre el intercambio de datos, apoyo en la fiscalización, recaudación y notificación. Adicionalmente, se introdujeron modificaciones sobre las infracciones y sanciones para aquellos que inobserven la regulación.

[importantes-instrumentos-de-la-ocde-la-convencion-anti-cohecho-y-la-convencion-multilateral-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal.htm](#) (Consultada el 9 de diciembre de 2021)

²¹⁹ El peruano, “Perú ratifica firme aspiración de ser miembro de OCDE,” Diario oficial El Peruano, 10 de octubre de 2021, sección Política, <https://elperuano.pe/noticia/130858-peru-ratifica-firme-aspiracion-de-ser-miembro-de-ocde> (consultada el 10 de febrero de 2022)

²²⁰ Ley N.º 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. (Perú: Congreso de la República, 2016), artículo 2, numeral 1, literal a.7.

²²¹ Clara Urteaga Goldstein, “La Implementación de un efectivo Intercambio de Información Fiscal en el Perú” (tesis de maestría, Universidad de Lima, 2017), 45.

Posteriormente, se emitieron otros dos Decretos Legislativos, ambos vigentes a partir de 2017, con el fin de efectivizar el intercambio de información. De este modo, mediante el Decreto Legislativo N.º 1313 se modifica la Ley N.º 26702 – “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, en lo sucesivo LGSF, y mediante el Decreto Legislativo N.º 1315 se modifica el Código Tributario.

De esta manera, se incluye en la normativa nacional, entre otros, disposiciones sobre las empresas dedicadas a la actividad bancaria y financiera con relación a los datos que deben suministrar a la autoridad tributaria, ampliando además, las facultades de esta última en la medida que la SUNAT es la autoridad competente en el Perú para llevar a cabo la actividad y procesamiento de atención y requerimiento de asistencia, de ahí que se diga que “la SUNAT presta y solicita asistencia administrativa mutua en materia tributaria”²²², en adelante AAMMT, siendo una forma de asistencia, el intercambio de información, todo ello en el marco del Convenio multilateral (CAAMMT) del cual somos parte desde el 2018.

2.4.1. Incorporaciones al Título Preliminar

El Decreto Legislativo N.º 1315 incorpora a la Norma II del Título Preliminar, referido al Ámbito de Aplicación, estableciendo que el Código 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”²²³.

De igual modo, sobre la incorporación del párrafo tercero de la Norma XI, referido a las personas sometidas al Código Tributario, en adelante C.T., y demás normas tributarias, se precisa que comprenderá a los sujetos vinculados a un procedimiento tributario con motivo de la AAMMT que deba prestar la SUNAT a la autoridad competente, entendiéndose a esta última como aquella del otro Estado con el que nuestro país tiene suscrito un convenio internacional sobre dicha materia.

²²² Conforme al artículo 102-A primer párrafo del Código Tributario.

²²³ Conforme a la Norma II del Código Tributario.

2.4.2. Modificaciones al Libro Segundo

El Decreto Legislativo N.º 1315 también modificó el título del Libro Segundo del Código Tributario, denominándolo “La Administración Tributaria, los Administrados y la Asistencia Administrativa Mutua en materia tributaria” y diversos artículos del referido Libro, los que serán comentados en las siguientes líneas.

a. Sobre la competencia de la SUNAT

El modificado artículo 50 del C.T., referido a la “Competencia de la SUNAT”, precisa que esta es la autoridad correspondiente para llevar a cabo los actos y procesos que corresponda con el fin de prestar y solicitar la AAMMT.

b. Sobre la facultad de Fiscalización de la SUNAT

El artículo 62 del C.T., en su numeral 10 establece que, la SUNAT podrá requerir información a las empresas financieras sobre las operaciones pasivas con sus clientes, incluyendo aquellos vinculados con los hechos bajo investigación. Además, la información deberá también ser proporcionada respecto de los beneficiarios finales. Este último aspecto será motivo de comentario al finalizar este punto.

En ese sentido, con motivo de cumplir el EOI y que requiera el develamiento del secreto bancario, la administración efectuará una solicitud al juez la misma que, “deberá ser motivada y resuelta en el término de cuarentaiocho (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”²²⁴, cabiendo prórroga por un período similar cuando exista un motivo que así lo justifique, a juicio del juez.

Cabe mencionar, que respecto de la información financiera que requiera la SUNAT para el intercambio con otras administraciones según los tratados suscritos, se tendrá en cuenta la LGSF.

²²⁴ Conforme al artículo 62 numeral 10 del Código Tributario.

c. Sobre las obligaciones de los administrados

El actual texto del artículo 87 del C.T. establece que, los administrados se encuentran constreñidos a contribuir en las actividades que lleve a cabo la SUNAT en la fiscalización, determinación, “incluidas aquellas labores que la SUNAT realice para prestar y solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria”²²⁵, dentro de ellas concurrir a las oficinas de la SUNAT, presentar declaraciones informativas, registros, libros contables, entre otros documentos, esto último con razón de la incorporación del numeral 15 al citado artículo.

d. Sobre los derechos de los administrados

El encabezado del artículo 92 del C.T. refiere que, los administrados gozan de derechos, lo que evidencia una extensión de los derechos de los contribuyentes, toda vez que, se busca cautelar los derechos de aquellos que no tienen tal condición en nuestro sistema tributario peruano, los mismos que podrán gozar además de los derechos señalados en el C.T., los conferidos por la Constitución y leyes específicas.

Así pues, garantizar tales derechos también implica que el personal de la SUNAT mantenga en confidencialidad la información proporcionada, caso contrario podría devenir en una responsabilidad penal por su empleo no permitido.

Adicionalmente, conforme lo estipula el artículo 85 del C.T., la información reservada que sea materia de EOI con otros Estados, mantendrá dicha condición y por ende el Estado que la recibe deberá desplegar las medidas necesarias para que mantenga tal calidad.

e. Sobre las obligaciones de terceros

El primero párrafo del artículo 96 del C.T. señala que, son obligaciones de terceros, entre ellos, de funcionarios del Poder Judicial, Ministerio Público, Notarios, entre otros, el comunicar a la SUNAT sobre información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias y aquellas necesarias para prestar y solicitar AAMMT y que en el curso de sus labores tengan conocimiento. Cabe precisar, que de igual manera “se

²²⁵ Conforme al artículo 87 primer párrafo del Código Tributario.

encuentran obligados a cumplir con lo solicitado expresamente por la Administración Tributaria, así como a permitir y facilitar el ejercicio de sus funciones”²²⁶.

f. Sobre los órganos competentes para la resolución de reclamaciones, apelaciones y atención de quejas

El numeral 1 del artículo 133 del C.T. precisa que, “conocerá de la reclamación en primera instancia 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”²²⁷. A propósito de las Resoluciones de Multa, la modificación al segundo párrafo del artículo 77 del C.T. exige que dichas resoluciones, con motivo del incumplimiento de las obligaciones vinculadas a la normativa de AAMMT, indicará a los administrados que deberán cumplir con tal obligación.

Por otro lado, el numeral 1 del artículo 101 del C.T. señala que, el Tribunal Fiscal “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”²²⁸. Asimismo, el numeral 5 del referido artículo, también confiere al citado órgano la facultad de atender las quejas que presenten los administrados cuando se les afecte directamente con actuaciones o procedimientos o se infrinja lo estipulado en el C.T.

g. Sobre las infracciones y sanciones

Según el numeral 7 y 8 del artículo 175 del C.T., constituyen infracciones la inobservancia de las obligaciones relacionadas con la AAMMT como, “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 [...]”²²⁹. Así como no

²²⁶ Conforme al artículo 96 segundo párrafo del Código Tributario.

²²⁷ Conforme al numeral 1 del artículo 133 del Código Tributario.

²²⁸ Conforme al numeral 1 segundo párrafo del artículo 101 del Código Tributario.

²²⁹ Conforme al numeral 7 del artículo 175 del Código Tributario.

conservar el sistema o soporte que almacena la información que permita sustentar “el cumplimiento de los procedimientos de debida diligencia que respalden las declaraciones juradas informativas para la asistencia administrativa mutua en materia tributaria”²³⁰.

Del mismo modo, el numeral 2 y 15 del artículo 177 del C.T., estipulan que constituye infracción el “ocultar o destruir bienes, libros y registros contables, documentación sustentatoria [...]”²³¹, así como no proporcionar o comunicar “hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que sustenten el cumplimiento de los procedimientos de debida diligencia que respalden las declaraciones informativas para la asistencia administrativa mutua en materia tributaria [...]”²³².

Por otro lado, el sexto párrafo del literal b) del artículo 180 del C.T., fija que ante el incumplimiento de las obligaciones relacionadas a la AAMMT la sanción será equivalente al (40%) de la UIT.

2.4.3. Incorporación del Título VIII al Libro Segundo

El Decreto Legislativo N.º 1315 incorpora el Título VIII al Libro Segundo, titulado “Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria” que va desde los artículos 102-A hasta el 102-H. Es así que, a través de sus 8 artículos establece las distintas formas de asistencia, dentro de las cuales figura el intercambio de información, al que le brindaremos una especial atención en las siguientes líneas, al ser la materia que nos ocupa.

a. Sobre las formas de asistencia

Acorde al primer párrafo del texto del artículo 102-A del C.T., se establece que “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”²³³.

²³⁰ Conforme al numeral 8 del artículo 175 del Código Tributario.

²³¹ Conforme al numeral 2 del artículo 177 del Código Tributario.

²³² Conforme al numeral 2 del artículo 177 del Código Tributario.

²³³ Conforme al artículo 102-A del Código Tributario.

Asimismo, en su segundo párrafo se precisa que, proporcionará la información solicitada a otra administración tributaria, aun si para sus propios fines carece de utilidad, asumiendo que ésta es relevante para el otro Estado.

Por su parte, el tercer párrafo del citado artículo señala las formas de asistencia administrativa que a continuación enunciamos: “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”²³⁴.

En el penúltimo párrafo se establece que, la SUNAT para solicitar AAMMT se debe dirigir a la autoridad tributaria del otro Estado parte tomando en cuenta los plazos de prescripción previstos en el artículo 43 del C.T., debido a que, no se podría realizar la asistencia si el tributo hubiere prescrito.

Finalmente, el último párrafo del mismo artículo señala que, la información o documentación obtenida en virtud del EOI en el curso de la AAMMT puede emplearse en procedimientos tributarios o procesos judiciales por la SUNAT como medio probatorio, salvo se disponga lo contrario.

b. Sobre las características generales del intercambio de información

El primer párrafo del artículo 102-B del C.T., refiere que la información a intercambiar con el otro Estado parte tiene carácter de reservada, acorde al artículo 85 del mismo código.

Asimismo, se considera como parte del EOI, según el literal b) del citado artículo, la información presentada por las empresas bancarias y financieras, según lo dispuesto por el numeral 15.3 del artículo 87 del C.T.

Sobre este aspecto, tales empresas están obligadas a suministrar 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

²³⁴ Conforme al tercer párrafo del artículo 102-A del Código Tributario.

identifique a los clientes”²³⁵, de conformidad con el artículo 143-A de la LGSF modificada por el Decreto Legislativo N.º 1313 y este a su vez por el Decreto Legislativo N.º 1434.

Así pues, acorde al artículo 87 del C.T. modificado por el Decreto Legislativo N.º 1315, las empresas bancarias y financieras “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 [...]”²³⁶, en aras de cumplir con lo acordado en los convenios internacionales o Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

El literal c) del artículo 102-B del C.T. por su parte, nos remite a la Ley N.º 29733 – “Ley de Protección de Datos Personales”, al señalar que cuando la SUNAT transfiera información a la autoridad tributaria del otro Estado y esta equivalga a información calificada como datos personales según la citada ley, no se requerirá el asentimiento del titular para el empleo de sus datos, puesto que, serán transferidos como parte de las acciones encomendadas a la administración tributaria en el ámbito de su competencia²³⁷.

Conforme al literal d) del artículo 102-B, respecto a la información proporcionada por otra autoridad tributaria a la SUNAT a causa del EOI, esta deberá ser empleada en principio para los fines propios de la administración tributaria, conforme a sus competencias y facultades; salvo existan excepciones plasmadas en el acuerdo o convenio respectivo y/o previa autorización, según el procedimiento correspondiente del Estado que remite la información, para que esta sea destinada para otros fines.

Concordamos en este extremo con Alva Matteucci quien señala que, tal disposición “constituye un mecanismo de seguridad jurídica a favor del contribuyente”²³⁸, debido a que, impide que la información proporcionada se emplee para otros fines.

²³⁵ Conforme al numeral 2 del artículo 143-A de la LGSF.

²³⁶ Conforme al segundo párrafo del numeral 15.4 del artículo 87 del Código Tributario.

²³⁷ Conforme al numeral 1 del artículo 14 de la Ley N.º 29733

²³⁸ Mario Alva, “¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?”, *Blog de Mario Alva Matteucci*, 15 de febrero de 2017, [http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2017/02/15/en-que-consiste-la-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-tributaria-por-parte-de-sunat/#:~:text=c\)%20La%20asistencia%20en%20el,a%20la%20fecha%20de%20notificaci%C3%B3n](http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2017/02/15/en-que-consiste-la-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-tributaria-por-parte-de-sunat/#:~:text=c)%20La%20asistencia%20en%20el,a%20la%20fecha%20de%20notificaci%C3%B3n).

De conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 102-B del C.T. sobre la mención a deudor tributario se señala que:

“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”²³⁹.

Asimismo, se considerará el domicilio informado por la autoridad del otro Estado en el supuesto que “el sujeto o tercero del cual se deba obtener la información no hubiera o no se encuentre obligado a fijar domicilio fiscal”²⁴⁰.

Por último, el literal f) del artículo 102-B del C.T. indica que nuestra administración tributaria no se encuentra obligada a requerir información a la autoridad del otro Estado cuando un administrado así se lo solicite, por lo que queda claro que el intercambio se realizará a petición y sólo entre AATT señaladas en el convenio suscrito por el Perú.

c. Sobre las formas de intercambio de información y su operatividad

A continuación, nos referiremos a las formas de EOI, regulados en los artículos 102-C; 102-D y 102-E del C.T.

i. Intercambio de información a solicitud

El artículo 102-C del C.T., regula dos supuestos, el primero es la posibilidad de que la SUNAT suministre información que ostenta a la autoridad tributaria del otro Estado teniendo en cuenta lo dispuesto en los convenios internacionales.

El segundo supuesto que regula el referido artículo es cuando la SUNAT no cuenta con la información requerida por la autoridad del otro Estado. En ese sentido, se valdrá de su facultad de fiscalización previsto en el artículo 62 del C.T. para requerírsela directamente al sujeto o a algún tercero.

²³⁹ Conforme al primer párrafo del literal e) del artículo 102-B del Código Tributario.

²⁴⁰ Conforme al segundo párrafo del literal e) del artículo 102-B del Código Tributario.

Recordando que el artículo 62 del código regula que “el ejercicio de la función fiscalizadora incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios”²⁴¹.

Según Alva Matteucci, en los casos de intercambio de información previo requerimiento, obligatoriamente debe existir una petición de información por parte de la autoridad competente de un Estado a otro, con el fin de que las autoridades de este último cumplan con enviar la información peticionada acorde a los criterios en ella indicados²⁴².

Como anteriormente se comentó, en el punto referido a esta forma de intercambio de información, en el cual citamos a Claudino Pita, para quien el intercambio de información a solicitud se trata de “un recurso suplementario de los que dispone internamente la administración que la requiere”²⁴³. Sin embargo, se debe evitar solicitar información que no guarde una vinculación con la investigación de determinado contribuyente, evitando así los “*fishing expeditions*”, lo que se traduce como “expediciones de pesca”.

ii. Intercambio automático de información

Conforme al artículo 102-D del C.T., de forma periódica “la SUNAT comunica periódicamente, mediante intercambio automático, a la autoridad competente, la información y los datos que se acuerden en los convenios internacionales”²⁴⁴. De esto último podemos entender que serán los tratados internacionales celebrados por el Perú, los que determinen qué debe incluir esa remisión de información automática.

El párrafo final del artículo en comento señala que, “esta forma de intercambio incluye al intercambio automático de información financiera”²⁴⁵. En tal caso, Alva Matteucci precisa que, dicha información podría incluir movimientos bancarios, depósitos,

²⁴¹ Conforme al artículo 62 del Código Tributario.

²⁴² Mario Alva, ¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?, <https://n9.cl/9brmq>

²⁴³ Claudino Pita, “El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional,” *Banco Interamericano de Desarrollo* (enero 2007): 27.

²⁴⁴ Conforme al primer párrafo del artículo 102-D del Código Tributario.

²⁴⁵ Conforme al segundo párrafo del artículo 102-D del Código Tributario.

transferencias, entre otros, desapareciendo prácticamente el secreto bancario o atenuado en cuanto a la protección de los titulares de las cuentas²⁴⁶.

A este respecto, podemos destacar que a través de esta modalidad se puede obtener datos de forma instantánea, empleando para ello el avance tecnológico y la conexión. Cabe mencionar, que el Estado peruano el pasado 29 y 30 de octubre de 2015 tuvo una participación con motivo de la octava reunión del “Foro Global sobre la transparencia y el intercambio de información con fines fiscales” (FG), llevada a cabo en Bridgetown (Barbados), y a pesar de que nuestro país no aparece en la parte del documento sobre la aceptación de compromisos para lograr el AEOI, el haber modificado el Código Tributario permitiría interpretar que desde el 2017 ya lo está logrando; sin embargo, como precisa Alva Matteucci es tarea pendiente se emita la normatividad reglamentaria que permita su ejercicio sin obstáculos²⁴⁷.

iii. Intercambio de información espontáneo

El texto del artículo 102-E del C.T. precisa que, la SUNAT suministra a la autoridad competente de forma espontánea información que considera es de su interés.

Acorde a una conferencia de la OCDE llevada a cabo en México en el pasado 2013, la información transmitida de forma espontánea se da, toda vez que, el funcionario presume que la información detectada es de interés para el otro país. Asimismo, se considera que la información remitida suele ser efectiva, toda vez que, contiene aspectos que se conocen en el curso o de forma posterior en una auditoría u otra investigación de tipo fiscal²⁴⁸.

Alva Matteucci ha ejemplificado esta forma de EOI, al señalar que:

“El funcionario de un país A puede detectar algún hecho anómalo o extraño en su territorio, que podría afectar la tributación en el territorio B, por lo que

²⁴⁶ Mario Alva, ¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?, <https://n9.cl/9brmq>

²⁴⁷ Mario Alva, ¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?, <https://n9.cl/9brmq>

²⁴⁸ OCDE, Material elaborado por la OCDE en una conferencia en México en el año 2013, correspondiente a la sesión 8 del segundo día, citado por Mario Alva, “¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?”, *Blog de Mario Alva Matteucci*, 15 de febrero de 2017, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2017/02/15/en-que-consiste-la-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-tributaria-por-parte-de->

procede a informar al funcionario de la administración tributaria del otro territorio, con la finalidad que pueda utilizar esta información en la verificación correcta de la imposición tributaria del otro territorio”²⁴⁹.

Uno de los casos más ejemplares es el mencionado en diversos foros por la autoridad mexicana, la cual toma conocimiento de información por parte de la administración de los Estados Unidos, informándole que un ciudadano mexicano había ganado un premio en aquel Estado; sin embargo, tras la fiscalización por parte de la administración mexicana se advierte que este sólo declaró un pequeño porcentaje de su ingreso²⁵⁰.

d. Sobre el intercambio de información mediante fiscalizaciones simultáneas en el extranjero

En lo concerniente a las “Fiscalizaciones Simultáneas y en el Extranjero” regulado en el artículo 102-F del C.T., la SUNAT podrá acordar con más de una autoridad tributaria, las pautas y las actuaciones de fiscalización a llevar a cabo, en su propio Estado y de acuerdo a la legislación interna de cada uno, para el examen de determinados sujetos con el fin de intercambiar información relevante.

e. Sobre la asistencia en el cobro y establecimiento de medidas cautelares

En relación con las otras formas de asistencia administrativa, como la “Asistencia en el cobro y Establecimiento de Medidas Cautelares” regulado en el artículo 102-G del C.T., la SUNAT pondrá en marcha las respectivas acciones para recuperar deudas tributarias que determinados contribuyentes adeuden a las AATT extranjeras, incluido sus intereses y que la autoridad competente haya consignado en el documento oficial.

Al respecto de la aplicación de medidas cautelares previas a la cobranza coactiva, se aplicarán si ello fuera anterior y explícitamente solicitado por la autoridad tributaria,

²⁴⁹ Mario Alva, ¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?, <https://n9.cl/9brmq>

²⁵⁰ Federico Aguilar, “Intercambio de información en materia tributaria”, *El Financiero*, 5 de junio de 2015, <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/imcp/intercambio-de-informacion-en-materia-tributaria/>

fundándose tal solicitud en argumentos que hagan suponer que la cobranza podría devenir en infructuosa, acorde a lo dispuesto por el artículo 56 del CT.

f. Sobre la asistencia en la notificación

De la revisión del artículo 102-H del C.T., se señala que los documentos que hubiera emitido la SUNAT podrán ser notificados por la autoridad competente, según su norma interna, teniendo la misma consecuencia legal que la llevada a cabo por la propia SUNAT. Por su parte, nuestra administración tributaria también podrá notificar documentos provenientes de la autoridad competente, en el idioma que sean recibidos, salvo se exprese lo contrario en los convenios internacionales.

No queremos culminar el desarrollo de este acápite sin antes comentar el Decreto Legislativo N.º 1372 del 2 de agosto de 2018, que “Regula la obligación de las personas jurídicas y/o entes jurídicos de informar la identificación de los beneficiarios finales”.

Ahora bien, se entenderá por beneficiario final a “la persona natural que efectiva y finalmente posee o controla personas jurídicas o entes jurídicos”²⁵¹ y a “la persona natural que finalmente posee o controla un cliente o en cuyo nombre se realiza una transacción”²⁵².

El mismo Decreto Legislativo nos señala cuales son los “Criterios para determinar el beneficiario final de las personas jurídicas y entes jurídicos”²⁵³, considerándose los siguientes:

“a) La persona natural que directa o indirectamente a través de cualquier modalidad de adquisición posee como mínimo el diez por ciento (10%) del capital de una persona jurídica [...]; b) Una persona natural que, actuando individualmente o con otros como una unidad de decisión, o a través de otras personas naturales o jurídicas o entes jurídicos, ostente facultades, por medios distintos a la propiedad, para designar o remover a la mayor parte de los órganos de administración, dirección o supervisión, o tenga poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten, o que ejerza

²⁵¹ Conforme al literal a.1) del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1372.

²⁵² Conforme al literal a.2) del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1372.

²⁵³ Conforme al artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1372.

otra forma de control de la persona jurídica [...]; c) Cuando no se identifique a ninguna persona natural bajo los criterios señalados en los literales a) o b), se considerará como beneficiario final a la persona natural que ocupa el puesto administrativo superior”²⁵⁴.

Por su parte, para identificar al beneficiario final de los entes jurídicos, se consideran los siguientes criterios:

“a) En el caso de fideicomisos o fondo de inversión, las personas naturales que ostenten la calidad de fideicomitente, fiduciario, fideicomisario o grupo de beneficiarios y cualquier otra persona natural que teniendo la calidad de partícipe o inversionista ejerza el control efectivo final del patrimonio, resultados o utilidades en un fideicomiso o fondo de inversión, según corresponda.; b) En otros tipos de entes jurídicos, beneficiario final es la persona natural que ostente una posición similar o equivalente a las mencionadas en a); y en el caso del trust constituido de acuerdo a las fuentes del derecho extranjero, además la persona natural que ostente la calidad de protector o administrador”²⁵⁵.

Finalmente, acorde al texto del literal b) del artículo 3 del mismo cuerpo normativo, se hace referencia a la obligación de los administrados de presentar la “declaración jurada informativa prevista en el numeral 15.3 del artículo 87 del Código Tributario, que contiene la información del beneficiario final”²⁵⁶, la misma que deberá presentarse ante la SUNAT sobre los datos que identifiquen al beneficiario final.

²⁵⁴ Conforme al numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1372.

²⁵⁵ Conforme al numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1372.

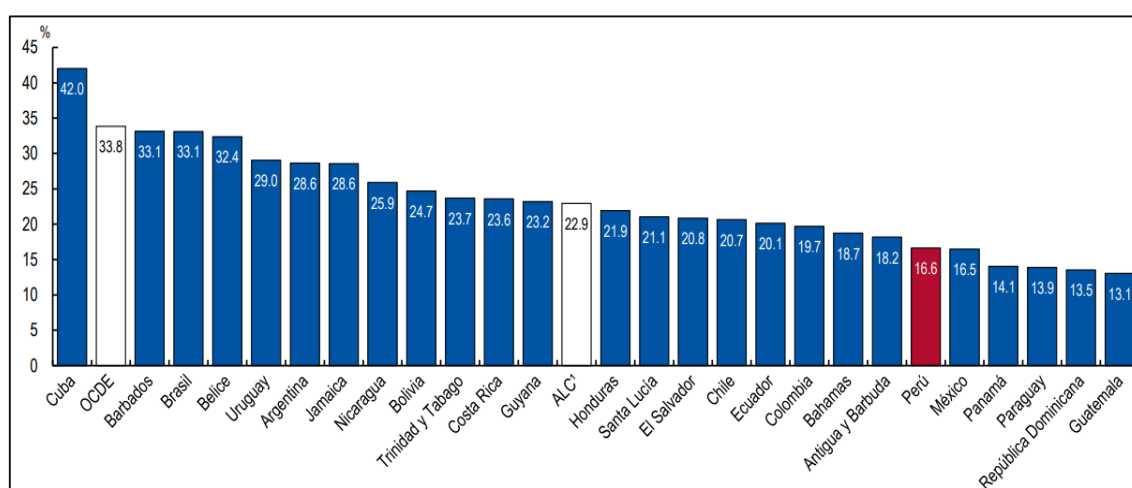
²⁵⁶ Conforme al literal b) del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1372.

2.4.4. Efectos jurídicos de la aplicación del Intercambio de Información en el Estado Peruano

Durante los últimos años la economía peruana, influida por un entorno externo favorable, ha presentado importantes períodos de crecimiento económico, destacándose como uno de los países con una mayor dinámica en Latinoamérica.

Históricamente la recaudación tributaria es y ha sido la fuente principal de recursos del Estado peruano; sin embargo, como porcentaje del Producto Bruto Interno, en adelante PBI, que en el pasado 2019 fue de 16.6%, se situó por debajo del promedio de países de Latinoamérica y el Caribe cuyo porcentaje fue de 22.9% y abajo del promedio de la OCDE con 33.8%²⁵⁷.

Gráfico 2.1. Estadísticas fiscales en países del Caribe y América Latina



Fuente: BID/OCDE/CEPAL/CIAT (2021).

Elaboración: BID/OCDE/CEPAL/CIAT

En el 2021, a pesar de la pandemia de la COVID-19, la recaudación tributaria en agosto creció un 88.2%, alcanzando 13.987 millones de soles en la recaudación tributaria del Gobierno Central. Tal importe es mayor en seis millones novecientos siete mil soles al registrado en el mismo mes del año 2020. En ese sentido, el crecimiento que se registró

²⁵⁷ BID, CIAT, OCDE, CEPAL, *Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2021* (París: OCDE, 2021) <https://doi.org/10.1787/96ce5287-en-es>. (consultada el 25 de febrero de 2022)

en comparación del período enero - agosto del 2020 fue de 46.7% y de 16.8% respecto del 2019²⁵⁸.

De lo que se extrae que, tales resultados fueron producto de los pagos extraordinarios logrados en agosto de 2021, debido principalmente a pagos de empresas mineras; así como del restablecimiento de las actividades económicas a nivel nacional.

Adicionalmente, dicho incremento se explica también por los mayores pagos relativos al Impuesto a la Renta, en adelante IR, por empresas dedicadas a la actividad minera, y del Impuesto Especial a la Minería, en lo sucesivo IEM, reflejando un buen momento en la cotización internacional del cobre²⁵⁹.

Otro aspecto positivo que contribuyó a tal resultado fue la mayor recaudación de tributos aduaneros en un 15% vinculado al alza en el tipo de cambio y a la importación que, según la administración tributaria, aumentaron en un 55% aproximadamente en agosto del mismo año²⁶⁰.

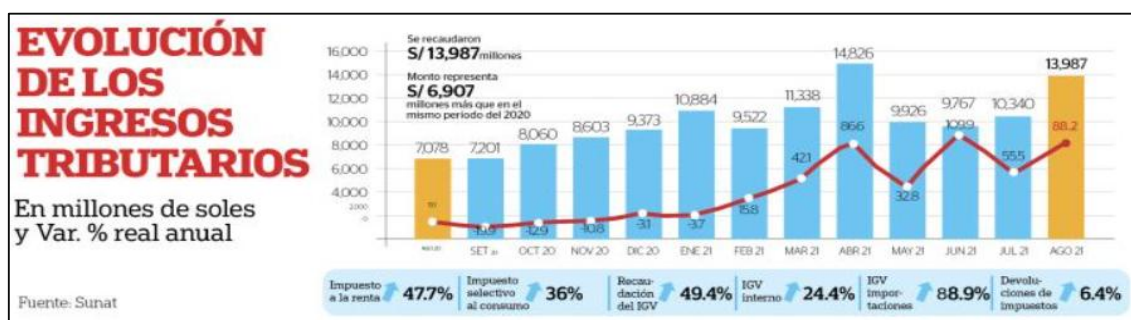
De lo antes mencionado, qué duda cabe de la importancia que tiene para nuestro país la recaudación tributaria para el sostenimiento y financiamiento de los gastos públicos. Por lo que, es necesario que todos cumplamos con tal obligación, dado que, de no hacerlo, el Estado no tendría disponibilidad financiera para llevar a cabo obras y atender las demandas sociales, viéndonos afectados todos, pero en mayor medida los sectores más necesitados.

²⁵⁸ El peruano, “Recaudación tributaria creció 88.2% en agosto”, El Peruano, 3 de setiembre de 2021, sección Economía, <https://elperuano.pe/noticia/128255-recaudacion-tributaria-crecio-882-en-agosto#:~:text=02%2F09%2F2021%20En%20agosto,Aduanas%20y%20de%20Administraci%C3%B3n%20Tributaria> (consultada el 16 de marzo de 2022).

²⁵⁹ El peruano, “Recaudación tributaria creció 88.2% en agosto”, El Peruano, 3 de setiembre de 2021, sección Economía, <https://elperuano.pe/noticia/128255-recaudacion-tributaria-crecio-882-en-agosto#:~:text=02%2F09%2F2021%20En%20agosto,Aduanas%20y%20de%20Administraci%C3%B3n%20Tributaria> (consultada el 16 de marzo de 2022).

²⁶⁰ El peruano, “Recaudación tributaria creció 88.2% en agosto”, El Peruano, 3 de setiembre de 2021, sección Economía, <https://elperuano.pe/noticia/128255-recaudacion-tributaria-crecio-882-en-agosto#:~:text=02%2F09%2F2021%20En%20agosto,Aduanas%20y%20de%20Administraci%C3%B3n%20Tributaria> (consultada el 16 de marzo de 2022).

Gráfico 2.2. Ingresos tributarios y su evolución

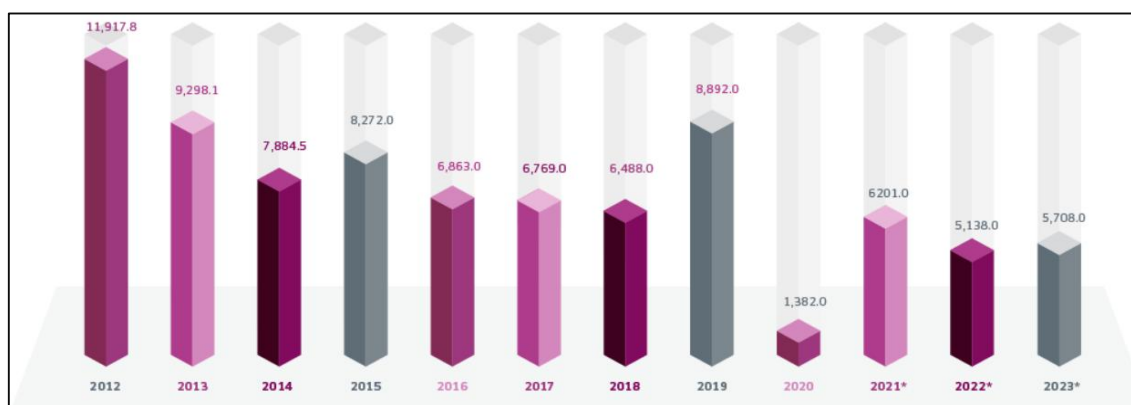


Fuente: Diario Oficial El Peruano

Elaboración: Sunat

Ahora bien, la inversión extranjera directa y las políticas tributarias y económicas para la atracción de capitales, juegan un papel clave en nuestra economía. Así pues, según el Banco Central de Reserva del Perú, en lo sucesivo BCRP, en el 2021 se reportó un flujo de seis millones doscientos un mil dólares de inversión extranjera directa, superando en cuatro millones ochocientos diecinueve mil dólares al importe obtenido en el 2020. Mientras que, para este año se espera cerrar con un flujo de cinco millones ciento treinta y ocho mil millones de dólares y para el año entrante se avizora alcanzar cinco millones setecientos ocho mil dólares de inversión extranjera directa²⁶¹.

Gráfico 2.3. Estadística Flujos de Inversión Extranjera Directa



Fuente: BCRP

Elaboración: ProInversión

²⁶¹ Proinversión, "Inversión Extranjera Directa," Banco Central de Reserva del Perú, [https://www.investinperu.pe/es/clima/inversion-extranjera/inversion-extranjera-directa#:~:text=El%20Banco%20Central%20de%20Reserva%20del%20Per%C3%BA%20\(BCRP\)%20report%C3%B3%20para,emergencia%20por%20la%20COVID%2D19.](https://www.investinperu.pe/es/clima/inversion-extranjera/inversion-extranjera-directa#:~:text=El%20Banco%20Central%20de%20Reserva%20del%20Per%C3%BA%20(BCRP)%20report%C3%B3%20para,emergencia%20por%20la%20COVID%2D19.) (consultada el 25 de febrero de 2022)

Tal parece nos encontramos frente a un escenario alentador, pues el mismo Ministerio de Economía y Finanzas, en lo sucesivo MEF, ha precisado que:

“La economía mantendrá su dinamismo y se proyecta que crecería 4,8%, impulsada por el incremento del gasto privado, el avance de las exportaciones y la mejora de la demanda externa, en un entorno de mayor control de la pandemia y vacunación masiva de la población. De esta manera, para 2022 se proyecta que se alcanzarán niveles de PBI previos a la pandemia (en términos anuales)”²⁶².

No obstante, no debemos ser ajenos a los problemas que nos enfrentamos desde hace años como producto de la apertura de nuestro mercado peruano al mundo, puesto que, al surgir una gran variedad de contratos y operaciones, frente a un insuficiente control de riesgos de estas, se pone en peligro nuestra base tributaria, que en ocasiones podría devenir en una evasión o elusión.

En ese sentido, según el MEF, en el 2019 la evasión tributaria supuso el 34% de la potencial recaudación por Impuesto General a las Ventas, en lo sucesivo IGV, y en el caso del IR, el 50%, situándonos por sobre encima de los niveles de incumplimiento de Chile y Colombia²⁶³.

En ese contexto, la SUNAT ha señalado que, entre las razones de una baja recaudación se encuentra el planeamiento tributario agresivo, ejecutado por grandes empresas de ámbito multinacional, que paradójicamente, son los contribuyentes más importantes del país, por lo que, como ha precisado el MEF, “la forma de incrementar la recaudación, sin incrementar las tasas o bases imponibles, es reduciendo la evasión y mejorando el control”²⁶⁴.

A tal efecto, el Perú “en términos de política tributaria y de colaboración entre las administraciones tributarias, en el marco de la lucha contra la evasión y elusión que

²⁶² MEF, “La economía peruana registrará uno de los mayores crecimientos a nivel mundial entre el 2021 y 2022 y fortalecerá sus cuentas fiscales,” Nota de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas, https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101108&view=article&catid=100&id=7134&lang=es-ES (consultada el 25 de febrero de 2022)

²⁶³ Instituto Peruano de Economía, “¿Cómo incrementar los ingresos del Estado?,” Informe IPE – El Comercio <https://www.ipe.org.pe/portal/como-incrementar-los-ingresos-del-estado/> (consultada el 25 de febrero de 2022)

²⁶⁴ MEF, “El Perú ha adoptado las mejores prácticas y estándares internacionales en el marco de la lucha contra la evasión y elusión,” Nota de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas, https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101108&view=article&catid=100&id=6850&lang=es-ES (consultada el 25 de febrero de 2022)

enfrentan muchos a nivel mundial”²⁶⁵, ha venido adoptando los estándares internacionales de la OCDE.

Como se comentó líneas arriba, entre los estándares internacionales que el Perú ha adoptado, se encuentra la adhesión a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, cuya entrada en vigor para el Perú fue a partir del 1 de setiembre de 2018 y aplicable a partir del periodo tributario 2019, siendo ello un acontecimiento importante en la relación con la Organización.

Por ello, Atencio y Rimachi enfatizan que la CAAMMT es “el instrumento clave para la implementación rápida de la Norma para el intercambio automático de información de cuentas financieras en asuntos fiscales”²⁶⁶, pudiéndose intercambiar información con más de cien jurisdicciones de cuentas ubicadas fuera del territorio peruano.

Agregan también que:

“El estándar es una piedra angular para la implementación del intercambio automático de informes país por país sobre las actividades de las empresas multinacionales, en el marco del Proyecto de Erosión de Bases y Beneficios (BEPS) de la OCDE / G20, y es una herramienta poderosa en la lucha contra flujos financieros ilícitos”²⁶⁷

De ahí que este punto tenga como propósito explicar sobre los “Efectos jurídicos de la aplicación del intercambio de información en el Estado peruano” como consecuencia de nuestra adhesión a la CAAMMT.

Para ello, primero partiremos señalando que el objeto y ámbito subjetivo de la convención es la AAMMT, entendiéndose que esta debe ser la más amplia posible; por lo que, incluirá “el intercambio de información, incluyendo auditorías fiscales simultáneas y

²⁶⁵ MEF, “El Perú ha adoptado las mejores prácticas y estándares internacionales en el marco de la lucha contra la evasión y elusión,” Nota de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas, https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101108&view=article&catid=100&id=6850&lang=es-ES (consultada el 25 de febrero de 2022)

²⁶⁶ Lizz Atencio Espíritu y Karen Rimachi Rivera, “La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua y sus Efectos en Materia Tributaria Fiscal entre el Perú y O.C.D.E - Periodo 2018” (tesis para optar el título de Contador Público, Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, 2019), 28-29.

²⁶⁷ Lizz Atencio Espíritu y Karen Rimachi Rivera, “La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua y sus Efectos en Materia Tributaria Fiscal entre el Perú y O.C.D.E - Periodo 2018” (tesis para optar el título de Contador Público, Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, 2019), 29.

participación en auditorías en el extranjero; asistencia en el cobro, incluyendo el establecimiento de medidas cautelares; y la notificación o traslado de documentos”²⁶⁸.

De otro lado, los impuestos que abarca la convención son tanto los directos e indirectos e inclusive aquellos de “naturaleza idéntica o substancialmente similar que se establezca en un Estado Contratante con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención, con respecto a dicha Parte [...]”²⁶⁹.

Al respecto, mediante Resolución Legislativa N.º 30774 que aprueba la mencionada Convención, expedida por el Congreso de la República y publicada el 23 de mayo de 2018, se establece en el “Anexo A, los impuestos a los que se podrá aplicar la Convención” en el Perú, que a continuación se enuncian:

*“Impuesto a la Renta; Contribuciones a la seguridad social – ESSALUD y Aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones – ONP; Impuesto General a la Ventas; Impuesto Selectivo al Consumo; Impuesto a las Embarcaciones de Recreo; Impuesto a las Transacciones Financieras; Impuesto Temporal a los Activos Netos”*²⁷⁰.

En lo relativo al artículo 4 de la CAAMMT, que regula la disposición general sobre el intercambio de información, materia de nuestro interés, se precisa que “las partes intercambiarán cualquier información, que sea previsiblemente relevante para la administración o aplicación de su legislación interna con respecto a los impuestos comprendidos en esta Convención”²⁷¹.

Asimismo, en el numeral 3 del presente artículo, se regula la opción de que cualquier parte mediante una declaración dirigida a uno de los depositarios, entendiendo como depositarios al Secretario General del Consejo de Europa o al Secretario General de la OCDE, indique que acorde a su norma nacional, “sus autoridades podrán informar a sus residentes o nacionales antes de transmitir información relacionada con ellos”²⁷², en concordancia con los artículos 5 y 7 que regulan el intercambio por solicitud y espontáneo respectivamente.

²⁶⁸ Conforme al párrafo 2 del artículo 1 de la CAAMMT.

²⁶⁹ Conforme al numeral 4 del artículo 2 de la CAAMMT.

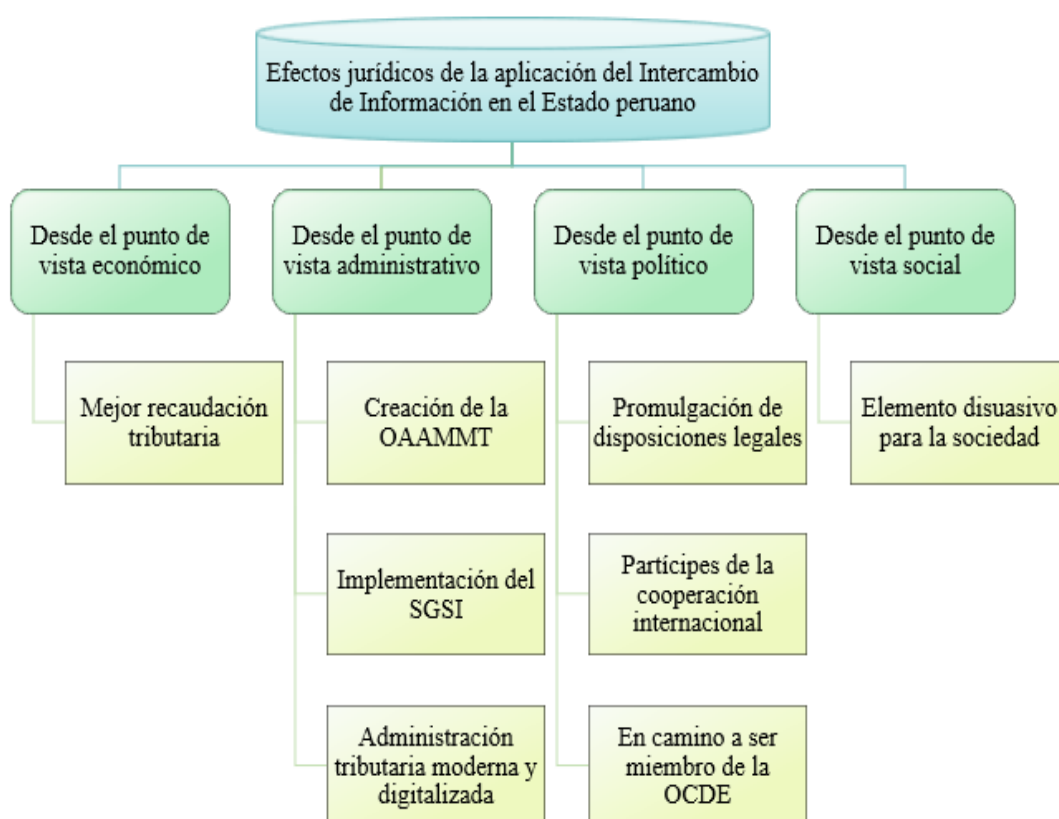
²⁷⁰ Conforme al Anexo A de la Resolución Legislativa N.º 30774.

²⁷¹ Conforme al numeral 1 del artículo 4 de la CAAMMT.

²⁷² Conforme al numeral 3 del artículo 4 de la CAAMMT.

Una vez precisado ello, sostenemos que, de la aplicación del intercambio de información en nuestro país se producen efectos jurídicos económicos, administrativos, políticos y sociales, que a nuestro juicio no son excluyentes, sino por el contrario, se relacionan entre sí.

Figura 2.3. Intercambio de información en el Estado peruano y los efectos jurídicos de su aplicación



Elaboración: Propia

A. Desde el punto de vista económico

a. El intercambio de información propicia una mejor recaudación tributaria

Partiendo de que la recaudación de tributos es la fuente esencial de recursos del país, afirma la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en adelante CEPAL, que “la evasión tributaria ha sido y es el principal obstáculo que enfrentan las finanzas

públicas en los países de América Latina y el Caribe”²⁷³, siendo los casos de incumplimiento considerables y alarmantes.

A propósito, los análisis destinados a la cuantificación de la evasión tributaria parten brindando una acepción a este fenómeno. Así, para la CEPAL la brecha tributaria, entendida como:

*“La diferencia entre el monto total de recaudación potencial bajo las reglas generales de la ley tributaria (es decir, sin tener en cuenta las concesiones, los tratamientos especiales y las desviaciones de las reglas generales) y el monto teórico de recursos si todos los contribuyentes cumplieran debidamente sus obligaciones tributarias”*²⁷⁴.

Tal brecha puede estar vinculada a falencias o negligencias involuntarias de los contribuyentes, muchas veces por el nivel de complejidad del sistema tributario, por la imprecisión o poca claridad de la legislación o por una falta de concordancia a la capacidad contributiva del sujeto.

Sin embargo, advierte la CEPAL que:

“La parte restante y más relevante de la brecha entre la recaudación teórica y la recaudación efectiva suele derivarse de las acciones deliberadas de los contribuyentes que tienen el objetivo de reducir la carga impositiva enfrentada de acuerdo a lo establecido en la legislación correspondiente. Aquí se suele distinguir entre la evasión como tal, considerada ilegal en todas sus modalidades, y la elusión tributaria. Esta última, aunque no contravenga la letra de la legislación, plantea un conflicto con el espíritu de los principios y normas que rigen un sistema tributario (sobre todo, la equidad) y suele manifestarse, por ejemplo, en la transferencia intencional de utilidades hacia países de baja o nula

²⁷³ Juan Gómez y Dalmiro Morán, *Estrategias para abordar la evasión tributaria en América Latina y el Caribe: Avances en su medición y panorama de las medidas recientes para reducir su magnitud serie Macroeconomía del Desarrollo, N° 215* (Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020), 7.

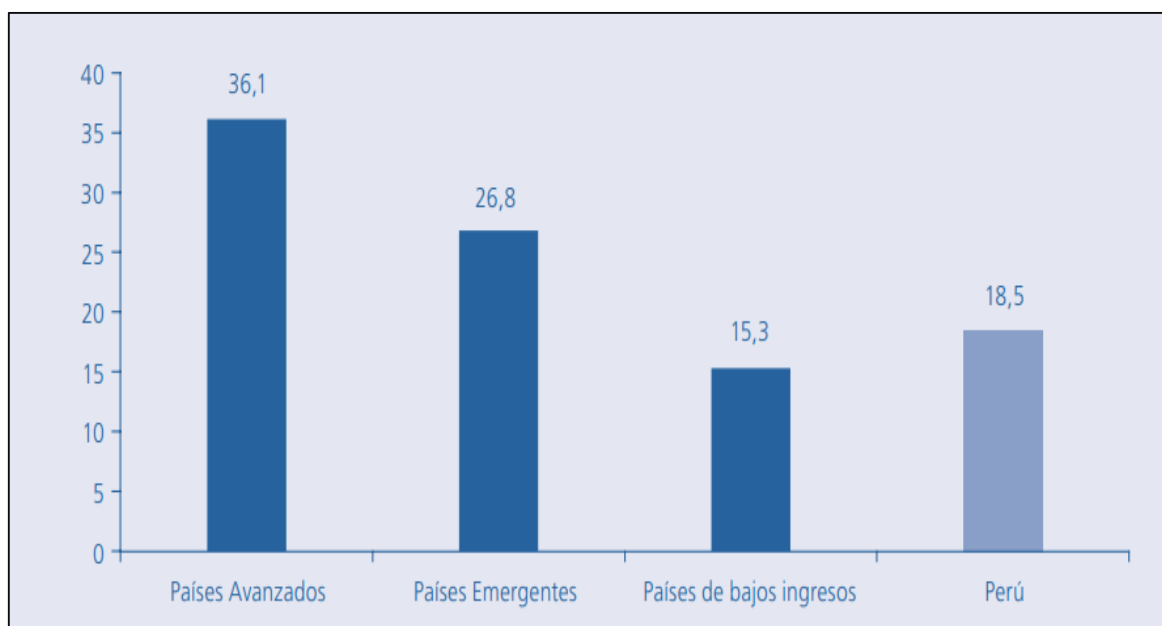
²⁷⁴ Juan Gómez y Dalmiro Morán, *Estrategias para abordar la evasión tributaria en América Latina y el Caribe: Avances en su medición y panorama de las medidas recientes para reducir su magnitud serie Macroeconomía del Desarrollo, N° 215* (Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020), 15.

tributación y el manejo abusivo de los precios de transferencia entre empresas vinculadas”²⁷⁵.

En el Perú, según el Reporte de Inflación Setiembre 2017 del BCRP, acorde a la información del Fiscal Monitor del Fondo Monetario Internacional se señala que, “la presión fiscal en el Perú en 2016 (medida como la ratio de ingresos corrientes del gobierno general al PBI) resulta menor al promedio de países emergentes y avanzados, siendo más cercana al promedio observado en países de bajos ingresos”²⁷⁶, tal como se aprecia en el gráfico 2.4.

Lo que refleja el alto nivel de incumplimiento de gasto tributario, que incluyen exoneraciones y beneficios tributarios, que según el Marco Macroeconómico Multianual (MMM) estos ascendieron en 2017 a un nivel potencial de quince millones cuatrocientos noventa y tres mil millones de soles o lo que es el 2.2% del PBI.

Gráfico 2.4. Ingresos al Gobierno General (2016) es menor a países emergentes



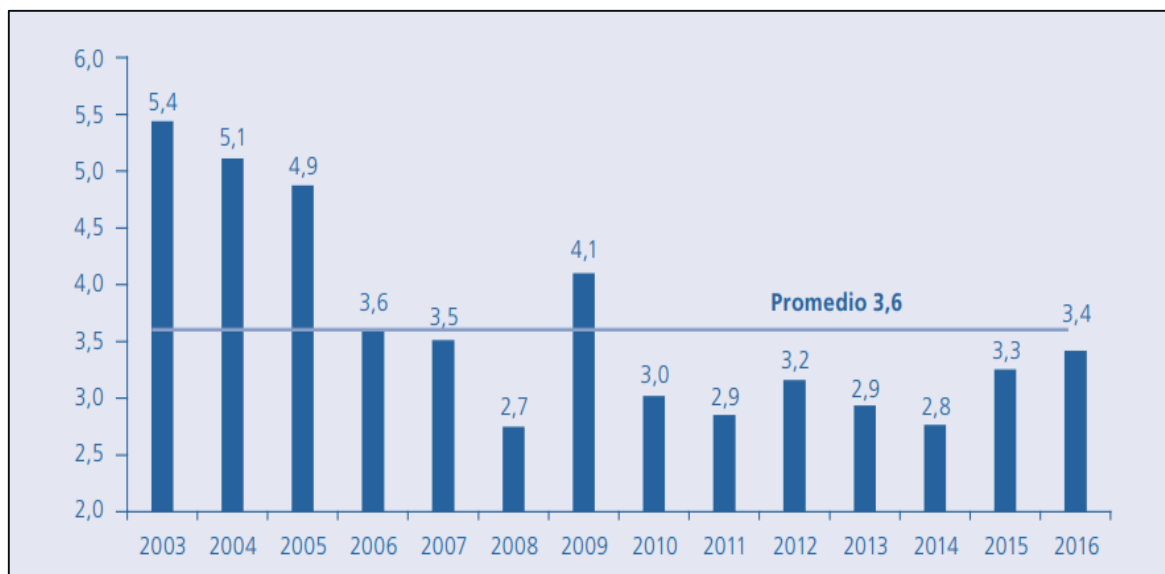
Fuente: BCRP
Elaboración: BCRP

²⁷⁵ Gómez y Morán, “Estrategias para abordar la evasión tributaria en América Latina y el Caribe: Avances en su medición y panorama de las medidas recientes para reducir su magnitud serie Macroeconomía del Desarrollo, N° 215,” 12.

²⁷⁶ BCRP, “Reporte de Inflación,” setiembre 2017, 67.

Según estimaciones de la SUNAT, el incumplimiento en el pago oportuno del IGV en el periodo 2003 a 2016 fue de gran magnitud, siendo este alrededor de 3.6% del PBI.

Gráfico 2.5. Incumplimiento del IGV (Porcentaje del PBI)



Fuente: BCRP

Elaboración: SUNAT

Así las cosas, según el MEF en el 2018 alcanzó “la evasión tributaria en el Perú el 36% en el (IGV) y el 57% en el Impuesto a la Renta, por lo que existe una cantidad de personas naturales y jurídicas que no están pagando lo que deberían en impuestos”²⁷⁷.

Sean las causas del incumplimiento, la informalidad, la carencia de una conciencia tributaria o el bajo riesgo de detección, entre otros, lo cierto es que las diferentes razones por parte de los contribuyentes para evadir sus impuestos, trae como consecuencia inmediata grandes pérdidas dinerarias que podrían ser empleadas en los servicios públicos básicos.

Al respecto, merece destacarse el comentario de Palmer de la Cruz, actual Intendente Nacional de Estrategias y Riesgos de la SUNAT, quien señala que:

“El estándar AEOI representa para el Perú una forma muy efectiva de acceder a información que permite y mejora los esfuerzos contra la evasión y la elusión

²⁷⁷ Norman Córdova, “MEF: evasión tributaria alcanza el 36% del IGV y el 57% del Impuesto a la Renta,” Agencia peruana de noticias Andina, <https://andina.pe/agencia/noticia-mef-evasion-tributaria-alcanza-36-del-igv-y-57-del-impuesto-a-renta-719696.aspx> (consultada el 26 de febrero de 2022).

*fiscal. Como el estándar AEOI proporciona información financiera de los residentes peruanos que tienen cuentas bancarias en el extranjero, complementa la información tributaria que ya posee la SUNAT y permite identificar las rentas no declaradas*²⁷⁸.

Agrega que, fomentar en las AATT la difusión de los mecanismos de intercambio de información es trascendental, siendo los auditores y otros usuarios involucrados en el proceso quienes podrán valerse de esta valiosa herramienta en sus investigaciones fiscales cotidianas y así comprender la importancia del intercambio de información en sus investigaciones, logrando se envíe un número mayor de solicitudes y, por ende, se logre recaudar más ingresos²⁷⁹.

A propósito, “el intercambio automático de reportes País por País permite a Perú tener una perspectiva más amplia y completa de los grupos multinacionales con presencia en el país, incluyendo los países donde operan, los ingresos generados en cada jurisdicción y las actividades realizadas”²⁸⁰. Como se observa, se trata de información muy útil para detectar la traslación de beneficios desde nuestra jurisdicción a otras de baja tributación, obteniéndose una mejor fiscalización de estas empresas que operan en más de un Estado por parte de la SUNAT²⁸¹.

En definitiva, ante el aumento de operaciones transfronterizas, el EOI, se torna en el mejor instrumento para el Perú en el combate del fraude fiscal, con lo cual de aplicarse efectivamente lograremos mejorar nuestros niveles de recaudación procedentes de operaciones transnacionales.

En cuanto a la región, la OCDE señala que, América Latina entre los años 2014 y 2020 ha enviado 3949 solicitudes y recibido 2343, siendo un transmisor puro de solicitudes de EOI. Así, “desde 2014, se han identificado al menos 12.000 millones de euros en ingresos

²⁷⁸ Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE, *Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este* (Uruguay: Foro Global de la OCDE, 2021), 59.

²⁷⁹ Foro Global, “Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este”, 59.

²⁸⁰ Foro Global, “Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este”, 59.

²⁸¹ Foro Global, “Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este”, 59.

adicionales (impuestos, intereses y sanciones) en América Latina a través de programas de divulgación voluntaria e investigaciones fiscales offshore utilizando EOI²⁸².

El escenario nos muestra que se está construyendo una sólida infraestructura y redes de EOI; sin embargo, aún queda por mejorar muchas áreas y que los países de la región, entre ellos el nuestro, hagan pleno uso de esta herramienta, sobre todo del AEOI, que aún no se ha explorado ampliamente.

B. Desde el punto de vista administrativo

a. La creación de una Oficina de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria (OAAMMT)

Según el artículo 187-C del Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAT (ROF), la “Oficina de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria”, a quien en adelante llamaremos OAAMMT, “es una unidad orgánica de cuarto nivel organizacional, dependiente de la Intendencia Nacional de Estrategias y Riesgos, encargada de la gestión del proceso de asistencia administrativa mutua en materia tributaria”²⁸³.

Previo a su surgimiento, las funciones de intercambio de información, eran llevadas a cabo por otro departamento; sin embargo, viendo la imperiosa necesidad de conceder más soporte al EOI, se creó la OAAMMT en el año 2017.

Acorde al artículo 187-D del ROF de la SUNAT, que precisa sobre las funciones de la unidad, se encuentra la función de “evaluar, procesar y canalizar las solicitudes de asistencia administrativa mutua en materia tributaria formuladas por los órganos y unidades orgánicas correspondientes”²⁸⁴, así como atender aquellas que solicitan otras jurisdicciones. Asimismo, la unidad gestiona las tres modalidades de intercambio de

²⁸² OCDE, “Primera edición del informe Transparencia Fiscal en América Latina 2021,” <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/transparencia-fiscal-y-intercambio-de-informacion-ayudan-gobiernos-latinoamericanos-a-combatir-los-delitos-financieros-y-movilizar-recursos.htm> (consultada el 26 de febrero de 2022).

²⁸³ Reglamento de Organización y Funciones (Perú: Superintendencia de Administración Tributaria y Adunas), artículo 187-C.

²⁸⁴ Reglamento de Organización y Funciones (Perú: Superintendencia de Administración Tributaria y Adunas), artículo 187-D.

información, asegurando que estas se lleven bajo estrictos estándares de confidencialidad²⁸⁵.

Para el economista Arias Minaya, la implementación de la unidad “es una acción importante para que se establezcan mecanismos de trabajo técnico conjunto y de cooperación entre naciones”²⁸⁶, pues para el ex jefe de la SUNAT, “en un mundo más globalizado, es bueno ver un intercambio de prácticas tributarias y aprender de ello”²⁸⁷.

Nosotros refrendamos la opinión de Arias, toda vez que, la creación de la OAAMMT de la SUNAT, denota el liderazgo de nuestra administración tributaria, generando que el Perú sea considerado como un país garante y de confianza para practicar un efectivo intercambio de información con otras jurisdicciones.

De lo antes expuesto, no cabe duda que la creación de la OAAMMT es uno de los hitos claves que ha logrado el Estado conjuntamente con el desarrollo e implementación de un “Sistema de Gestión de Seguridad de la Información”, el cual será motivo de comentario en el siguiente punto.

b. La implementación del Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI)

La OCDE ha señalado que el carácter confidencial y la protección a los datos son pilares del intercambio de información tributaria y que los contribuyentes esperan que los gobiernos que intercambian información personal de estos, la traten con el cuidado máximo.

En ese sentido, el Intercambio Automático de Información o AEIOI, partiendo del Estándar para el Intercambio de Información previa Petición, en lo sucesivo EOIR, requiere que las jurisdicciones prevean obligaciones de confidencialidad y seguridad para con los datos de los contribuyentes.

²⁸⁵ Foro Global, “Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este”, 59.

²⁸⁶ Infolaney, “Sunat crea nueva unidad para cumplir parámetros de la OCDE,” Laney Business Management Solutions, 11 de julio de 2017, <https://www.bloglaney.com/blog/2017/07/11/sunat-crea-nueva-unidad-cumplir-parametros-la-ocde/> (consultado el 27 de febrero de 2022)

²⁸⁷ Infolaney, “Sunat crea nueva unidad para cumplir parámetros de la OCDE,” Laney Business Management Solutions, 11 de julio de 2017, <https://www.bloglaney.com/blog/2017/07/11/sunat-crea-nueva-unidad-cumplir-parametros-la-ocde/> (consultado el 27 de febrero de 2022)

Esta exigencia se plasma en la existencia de un marco jurídico que asegure la confidencia y el empleo correcto de la información materia de intercambio y de un “Sistema de Gestión de la seguridad de la información”, en adelante SGSI²⁸⁸.

En ese contexto, los países en desarrollo que participen del AEOI, deberán cumplir con tales exigencias, siendo el Perú uno de los países que ha implementado su propio Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI) que cubre los procedimientos de negocio relevantes de la administración tributaria, entre estos, los procedimientos de EOIR y AEOI, garantizando que los datos en poder de la autoridad tributaria peruana se gestionen bajo rigurosos parámetros de confidencialidad.

Así pues, del Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este se precisa que:

“El Perú recibió asistencia técnica del Foro Global y del WBG. Expertos técnicos de ambas organizaciones evaluaron junto con el personal de la SUNAT, todos los aspectos relacionados con la GSI, incluyendo entre otros (i) marco legal; (ii) políticas de gestión de la seguridad de la información; (iii) gestión de riesgos; (iv) continuidad operativa del negocio; (v) gestión de recursos humanos; (vi) relaciones con proveedores y prestadores de servicios; (vii) desarrollo de sistemas de información; (viii) ciclo de vida de la información; y (ix) establecimiento de responsabilidades y sanciones. Esta amplia asistencia técnica en todos los aspectos de la GSI fue crucial para que Perú fuera autorizado por el Foro Global para el AEOI recíproco, tras ser considerado un país seguro y confiable”²⁸⁹.

En nuestra opinión el haber sido asistidos por tan grandes actores de la transparencia fiscal demuestra nuestro compromiso con esta herramienta y que pese a las brechas que existen en nuestro país, estamos logrando sortearlas y aplicar sistemas que vienen siendo empleados por las más altas administraciones tributarias de Estados que forman parte de la OCDE.

²⁸⁸ Foro Global, “Guía práctica sobre Confidencialidad y Gestión de la Seguridad de la Información”, 5.

²⁸⁹ Foro Global, “Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este”, 60.

c. Una Administración Tributaria moderna y digitalizada

No cabe duda que el intercambio de información trae consigo avances y modernidad a las jurisdicciones que la practican, pues genera que las AATT perfeccionen sus sistemas informáticos, en el caso peruano la SUNAT no ha sido ajena a tales avances.

Hoy en día nos encontramos en un momento donde la digitalización de las AATT se torna imperiosa, más aún por la existencia de la pandemia del coronavirus en la que aún nos encontramos, pues esta emergencia sanitaria, social y económica nos obligó a realizar cambios en aras de mejorar la recaudación, motivo por el cual muchos Estados se encuentran “planificando reformas tributarias y procesos de modernización”²⁹⁰ a sus administraciones.

La CIAT ha señalado que, “en los procesos de reforma tributaria se deben considerar todos los aspectos vinculados a la digitalización, la cual debería tener como norte siempre al ciudadano buscando la simplificación, la disminución de la burocracia y mayor transparencia frente a la corrupción”²⁹¹. Lo que para nosotros es totalmente acertado, toda vez que, en los últimos dos años hemos advertido lo útil que son las redes, el internet y la virtualidad en general al haber estado limitados físicamente; sin embargo, teníamos que seguir cumpliendo con nuestras obligaciones tributarias. Por esta razón concordamos con la CIAT de que:

“Todo proceso de digitalización y modernización de las AATT debe realizarse considerando siempre su objetivo estratégico básico cual es elevar los niveles de cumplimiento voluntario por parte de los contribuyentes mediante dos líneas principales de actuación: dando facilidades a los que quieren cumplir y realizando una lucha radical contra el fraude, y que estas dos líneas son totalmente complementarias y deben estar hoy ambas al servicio de la aceptación del sistema tributario”²⁹².

²⁹⁰ Alfredo Collosa, “Digitalización de las Administraciones Tributarias y la necesaria simplificación de los sistemas tributarios,” Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, <https://www.ciat.org/digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-la-necesaria-simplificacion-de-los-sistemas-tributarios/> (consultada el 28 de febrero de 2022).

²⁹¹ Alfredo Collosa, “Digitalización de las Administraciones Tributarias y la necesaria simplificación de los sistemas tributarios,” Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, <https://www.ciat.org/digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-la-necesaria-simplificacion-de-los-sistemas-tributarios/> (consultada el 28 de febrero de 2022).

²⁹² Alfredo Collosa, “Digitalización de las Administraciones Tributarias y la necesaria simplificación de los sistemas tributarios,” Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT,

Claro está que, ello no debe significar el descuido del impacto de estas en los derechos y garantías de los contribuyentes.

Así pues, entre las ventajas de las AATT digitalizadas se encuentra una “mayor transparencia, menores costos y mayores ingresos, incrementar la eficiencia y eficacia, mejorar los controles, luchar contra la corrupción, cooperación electrónica con otras AATT, interoperabilidad (capacidad de intercambiar información y utilizarla)”²⁹³.

En el caso peruano el “Comité de Gobierno Digital” de la SUNAT, como “mecanismo de gobernanza digital es responsable de dirigir, evaluar y supervisar, por un lado, el proceso de transformación digital y Gobierno Digital en la entidad, y, por otro lado, el uso actual y futuro de las tecnologías digitales acorde a los cambios tecnológicos”²⁹⁴, destacando entre sus actuaciones la promoción del intercambio de datos, información, la colaboración en proyectos de digitalización entre instituciones, elaboración de informes anuales sobre la medición del avance de la implementación del Plan de Gobierno Digital y la evaluación del desempeño del SGSI, además de su conducción, mantenimiento y documentación²⁹⁵.

La SUNAT es una institución que ha venido remodelando y modernizando su arquitectura de forma permanente y hoy por hoy nos muestra un nivel alto de modernidad en su infraestructura tecnológica de cara a la aplicación del EOI.

C. Desde el punto de vista político

a. Promulgación de disposiciones legales

El consenso entre los poderes del Estado peruano permitió que se tomaran acciones específicas para cumplir con los estándares y recomendaciones de la OCDE, así como que se promulguen disposiciones legales para la implementación del EOI en nuestro país.

<https://www.ciat.org/digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-la-necesaria-simplificacion-de-los-sistemas-tributarios/> (consultada el 28 de febrero de 2022).

²⁹³ Alfredo Collosa, “Digitalización de las Administraciones Tributarias y la necesaria simplificación de los sistemas tributarios,” Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, <https://www.ciat.org/digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-la-necesaria-simplificacion-de-los-sistemas-tributarios/> (consultada el 28 de febrero de 2022).

²⁹⁴ SUNAT, *Plan de Gobierno Digital 2020-2022 versión 1.0* (Perú: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, 2020), 45-46.

²⁹⁵ SUNAT, *Plan de Gobierno Digital 2020-2022 versión 1.0* (Perú: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, 2020), 45-46.

Como se comentó anteriormente, a través de la Ley N.º 30506²⁹⁶, se facultó al Poder Ejecutivo para que adecue el ordenamiento jurídico interno según los estándares de la Organización. En ese sentido, el Poder Ejecutivo en su afán de dar cumplimiento a tales estándares, aprueba el Decreto Legislativo N.º 1311 que modifica el Código Tributario y que dota a la SUNAT de facultades para que coopere con otras AATT sobre el intercambio de datos, en la fiscalización, recaudación y notificación, introduciéndose también, modificaciones a las infracciones y sanciones.

De forma posterior, se emitieron los Decretos Legislativos N.º 1313 y N.º 1315. El primero modifica la Ley N.º 26702 – “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros” (LGSF), en tanto que, el segundo modifica el Libro Segundo del Código Tributario, denominándolo “La Administración Tributaria, los Administrados y la Asistencia Administrativa Mutua en materia tributaria” e incorpora el Título VIII que titula “Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria” que va desde los artículos 102-A hasta el 102-H.

Como precisa Palmer de la Cruz en una entrevista efectuada por el Foro Global, la promulgación de disposiciones legales “requiere de un fuerte compromiso a nivel nacional para alcanzar este nivel de logros, especialmente en lo que respecta a las organizaciones gubernamentales vinculadas a la aplicación de las reformas”²⁹⁷. Precisa también que, es esencial contar con una planificación adecuada que garantice la aplicación de todas las reformas en los plazos establecidos²⁹⁸.

b. El intercambio de información nos hace partícipes de la cooperación internacional

Según la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, en adelante APCI, la cooperación implica obrar conjuntamente con otros para un mismo fin. Así, “cooperación internacional es un concepto amplio que comprende todo tipo de actividades realizadas

²⁹⁶ Ley N.º 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. (Perú: Congreso de la República, 2016), artículo 2, numeral 1, literal a.7.

²⁹⁷ Foro Global, “Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este”, 60.

²⁹⁸ Foro Global, “Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este”, 60.

conjunta y coordinadamente por dos o más Estados y/o por éstos y organizaciones internacionales cualquiera que sea su ámbito u objetivo”²⁹⁹.

Como se comentó anteriormente, el acelerado crecimiento en la actividad económica trae como consecuencia el incremento del riesgo de temas tributarios internacionales entre los que se incluye la evasión y elusión tributaria transfronteriza. Es por ello, que la OCDE “ha venido tomando la iniciativa de impulsar la transparencia y el intercambio de información”³⁰⁰.

En ese contexto, la aprobación de la convención multilateral le permite al Estado peruano cooperar internacionalmente con otras AATT, empleando para ello las diversas formas de asistencia, entre ellas el EOI.

Así pues, gracias a la cooperación internacional se comparten experiencias y se proponen soluciones a problemas comunes, además de permitir el descubrimiento de fraudes, que sin el surgimiento de convenios que promueven tal colaboración, no sería posible.

Acorde a lo precisado por Frías Arce, con quien estamos de acuerdo, “los mecanismos que articulan la cooperación internacional se han convertido en los medios más adecuados para proteger la soberanía fiscal y, así, ser capaces de obtener la información necesaria para cumplir con las funciones asignadas por el Estado”³⁰¹.

Por ello, la CAAMMT, con la serie de ventajas que ofrece entre ellas, su mayor alcance, flexibilidad y uniformidad, fomenta una mayor cooperación en materia tributaria. En consecuencia, “el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados mejora las facultades de las autoridades tributarias, ampliando el área geográfica en la que pueden ser efectivas”³⁰².

²⁹⁹ Agencia Peruana de Cooperación Internacional, “Concepto de Cooperación Internacional,” APCI, <http://portal.apci.gob.pe/index.php/cooperacion-tecnica-internacional2/conceptos> (consultada el 1 de marzo de 2022).

³⁰⁰ Satoru Araki, “La Cooperación Regional y el Intercambio de Información entre las Administraciones Tributarias,” CIAT <https://www.ciat.org/la-cooperacion-regional-y-el-intercambio-de-informacion-fiscal-entre-las-administraciones-tributarias/> (consultada el 1 de marzo de 2022).

³⁰¹ María Frías Arce, “Consideraciones sobre la Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal” (tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura, 2018), 18.

³⁰² Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 81.

c. En camino a ser miembro de la OCDE

Este punto ha sido comentado al inicio de este capítulo cuando nos referimos a la importancia de ser miembro de la OCDE, por lo que, podemos agregar que el cumplimiento de las mejores prácticas internacionales para formar parte de la Organización traería consigo grandes ventajas.

Hemos sido testigos que, a lo largo de los últimos diez años, el Perú en el marco de su relación a nivel multisectorial con la OCDE, ha efectuado múltiples revisiones de políticas públicas y ha adoptado importantes mecanismos de cooperación internacional como la Convención multilateral.

En este contexto, la OCDE el pasado 25 de enero del presente año, ha realizado la invitación al Estado peruano a iniciar su incorporación a la Organización. Así pues, el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) ha señalado que ello constituye el primer paso formal en el camino a ser miembro pleno, un proceso que estará caracterizado por valiosas reformas, con el fin de mejorar las políticas públicas, promover la buena gobernanza y tener un Estado eficiente³⁰³.

El plazo para tal adhesión no ha sido fijado, su progreso dependerá de la adhesión a las mejores prácticas de la OCDE, así como de su “adhesión a los valores, la visión y las prioridades reflejadas en la Declaración de la Visión del 60º Aniversario de la OCDE y en la Declaración del Consejo Ministerial de 2021”³⁰⁴.

Hemos de precisar que, es la misma OCDE quien ha referido que el “Perú ha sido uno de los países socios más activos y fue uno de los primeros países en comprometerse con la OCDE a través de su Programa de País”³⁰⁵. En ese sentido, desde el 2018 el Estado peruano ha venido implementando un Plan de Acción para continuar apoyando la agenda de reformas empleando los instrumentos legales de la OCDE, organismos y análisis basado en evidencias. Actualmente son cuatro los países de América que la integran, entre ellos Chile, Costa Rica, Colombia y México, pero esperamos que próximamente el Perú se sume a esa lista.

³⁰³ Diario Gestión, “Perú se encamina a ser miembro de la OCDE,” <https://gestion.pe/peru/peru-se-encamina-a-ser-miembro-de-la-ocde-noticia/> (consultada el 1 de marzo de 2022).

³⁰⁴ OCDE, “La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo,” <https://www.oecd.org/latin-america/paises/peru/> (consultada el 1 de marzo de 2022).

³⁰⁵ OCDE, “La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo,” <https://www.oecd.org/latin-america/paises/peru/> (consultada el 1 de marzo de 2022).

D. Desde el punto de vista social

a. El intercambio de información como elemento disuasivo para la sociedad

El pasado enero de 2021 se publicaron en diversas portadas de diarios en línea, frases como “Peruanos tendrán que demostrar el origen de sus depósitos ante fiscalización de la SUNAT”³⁰⁶ o “Bancos reportarán información de cuentas por más de S/ 30.800.00”³⁰⁷.

Muchos no demoraron en responder a la noticia aduciendo que se trata de un espionaje por parte del gobierno y que con tales medidas se lesiona el derecho al secreto bancario. Mientras que otros manifestaron el temor a que sus datos bancarios caigan en manos de inescrupulosos. Sin embargo, estamos seguros que en cierto sector generó también el pensamiento de cumplir voluntariamente con las obligaciones tributarias.

Es bien sabido que en nuestro país reina la cultura de “Pepe el vivo”, donde miles de millones de soles no son declarados al fisco, bajo las modalidades del lavado de activos, evasión tributaria y otras actividades ilegales³⁰⁸, afectando sin lugar a dudas nuestro crecimiento económico.

Es por ello, que la sociedad peruana al conocer que la SUNAT, hoy en día tiene acceso a ciertos datos financieros que antes se encontraban resguardados por el secreto bancario³⁰⁹, así como a conocer documentación general de las cuentas bancarias de personas y empresas foráneas establecidas en el Perú a partir de los S/ 30,800 soles, con motivo del intercambio de información financiera, causó una gran alarma en aquellos que incumplen.

Según la propia SUNAT, en el 2020, el Estado peruano “ha recibido información financiera de más de 42,000 connacionales, entre empresas y personas naturales de alto

³⁰⁶ Diario Gestión, “Peruanos tendrán que demostrar el origen de sus depósitos ante fiscalización de la SUNAT,” Facebook, 5 de enero de 2021, <https://www.facebook.com/Gestionpe/posts/palmer-de-la-cruz-intendente-nacional-de-estrategias-y-riesgos-de-la-sunat-expli/4189695937715286/> (consultada el 1 de marzo de 2022).

³⁰⁷ Diario oficial El peruano, “Bancos reportarán información de cuentas por más de S/ 30.800.00,” <https://elperuano.pe/noticia/120601-bancos-reportaran-informacion-de-cuentas-por-mas-de-s-30800> (consultada el 1 de marzo de 2022).

³⁰⁸ Carlos Arnillas, “El reino de Pepe el vivo: informalidad, ilegalidad, corrupción y evasión tributaria” El Montonero primer portal de opinión del Perú, <https://elmontonero.pe/columnas/el-reino-de-pepe-el-vivo> (consultada el 8 de marzo de 2022).

³⁰⁹ Víctor Mejía, “Hobbes, Leviatán y el acceso a la información financiera para fines fiscales,” Blog de Tributación de la Universidad de Lima, 31 de julio de 2021, [Hobbes, Leviatán y el acceso a la información financiera para fines fiscales | Universidad de Lima \(ultima.edu.pe\)](https://www.ultima.edu.pe/tributacion/2021/07/31/hobbes-leviatan-y-el-acceso-a-la-informacion-financiera-para-fines-fiscales) (consultada el 8 de marzo de 2022).

patrimonio, procedente de 40 jurisdicciones”³¹⁰, como Islas Caimán, Luxemburgo, Alemania, Australia y Guernsey, cuyos montos oscilaban cerca de los US\$ 17 mil millones de dólares³¹¹. Por lo que, con toda esa información se le permitió a la SUNAT ejercer los niveles de control para que se detecten nuevos casos de incumplimiento.

En este escenario, el intercambio de información sirve también como elemento disuasivo, fomentando indirectamente el cumplimiento oportuno frente al latente temor de los evasores. En ese sentido, esperamos que los obligados tributarios al conocer que se ha implementado en nuestro ordenamiento el intercambio de información, se sensibilicen y den cumplimiento a sus obligaciones tributarias, no solo por tratarse de un imperativo ético, sino porque es una obligación que por ley corresponde cumplir y que es necesaria para una correcta recaudación tributaria.

³¹⁰ Agencia peruana de noticias Andina, “Sunat recibe información financiera de más de 42,000 peruanos en el exterior,” <https://andina.pe/agencia/noticia-sunat-recibe-informacion-financiera-mas-42000-peruanos-el-exterior-874133.aspx> (consultada el 8 de marzo de 2022).

³¹¹ Agencia peruana de noticias Andina, “Sunat recibe información financiera de más de 42,000 peruanos en el exterior,” <https://andina.pe/agencia/noticia-sunat-recibe-informacion-financiera-mas-42000-peruanos-el-exterior-874133.aspx> (consultada el 8 de marzo de 2022).

CAPÍTULO III: EL SECRETO BANCARIO EN EL PERÚ

3.1. Concepto del secreto bancario

Según la RAE, el término secreto deriva del latín “*secretum*” e implica “una cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”³¹². Sin embargo, tal acepción es insuficiente para brindar una definición a esta institución jurídica, por lo que, en las siguientes líneas nos enfocaremos en la búsqueda del significado de esta, no sin antes precisar que, en muchos casos utilizaremos la palabra *banco* para referirnos a las empresas del sistema financiero.

Para Guillén Ferrer, el secreto bancario, es ese “deber de recelo y sigilo consustancial al negocio bancario respecto de información de carácter confidencial que conozcan los bancos en el desarrollo de su actividad”³¹³.

Por su parte Falconi Picardo, en su trabajo de investigación refiere que, “es una institución mercantil y genera deberes de reserva a los bancos respecto de las operaciones bancarias que realicen sus clientes, sin que ello implique que constituya un obstáculo en investigaciones para los casos de blanqueo de capitales o lavado de activos”³¹⁴.

Asimismo, Rodríguez Azuero citado a su vez por Falconi Picardo refiere que:

*“El secreto bancario, obligación profesional es, en esencia la necesidad de conservar la privacidad de las fuentes, el destino, la cuantía, etc., de las operaciones celebradas por cuenta de su clientela, así como la de los estados financieros e informes particulares sobre sus actividades comerciales que ordinariamente presentan los clientes a los bancos, como requisito para la tramitación de las distintas operaciones”*³¹⁵.

Finalmente, Guerrero Hernández señala que, las instituciones que prestan servicios de banca y crédito, tienen la obligación de guardar silencio respecto de las operaciones

³¹² Real Academia Española 23 ed., “secreto”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/secreto> (Consultada el 18 de marzo de 2022)

³¹³ María José Guillén, *El secreto bancario y sus límites legales: límites de derecho público* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), 32.

³¹⁴ Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 28.

³¹⁵ Sergio Rodríguez Azuero, “Contratos Bancarios. Su significado en América Latina,” *Legis* (2002): 192, citado en Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 30.

celebradas con sus clientes y quedan facultados para oponerse ante la intromisión de terceros que buscan tener conocimiento de tales hechos. Señala la autora que, esta secrecía busca la protección entre el vínculo de confianza entre el cliente y el banco³¹⁶.

De las definiciones antes esbozadas, tenemos que, todos los autores concuerdan que el secreto bancario es ese deber que tienen los bancos de no develar aquella información que llegan a conocer en el desarrollo de sus actividades, concepto que no debe confundirse con la reserva legal bancaria, entendida por Falconi Picardo como “la inviolabilidad de los documentos y de las informaciones propias de los bancos”³¹⁷.

Por el contrario, Imaoka Hojyo quien a la vez cita a Martínez Giner sostiene que:

“El secreto bancario juega un papel legítimo y reconocido en cuanto a la protección de la confidencialidad de las actividades financieras. Sin embargo, dicho secreto bancario puede servir de pretexto para que los contribuyentes oculten actividades ilegales o escapen al cumplimiento de sus obligaciones tributarias, cuando dicha normativa evita que las autoridades tributarias de los Estados puedan acceder a determinado tipo de información indispensable para la correcta aplicación de la normativa tributaria”³¹⁸.

En este extremo, concordamos con Imaoka, toda vez que, aquellos Estados que ostentan una política más restrictiva sobre el secreto bancario, suponen un incremento de las posibilidades de cometer fraude por parte de los contribuyentes, quienes emplean las facilidades ofrecidas por los Estados que, en aras de proteger al secreto bancario, limitan y afectan la facultad de las administraciones tributarias en su control de la correcta aplicación del sistema tributario.

En esa misma línea, Quirós Ortiz afirma que:

³¹⁶ Uri Guerrero Hernández, “El Secreto Bancario frente al derecho de acceso a la información: Caso Bancomext” (Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 39.

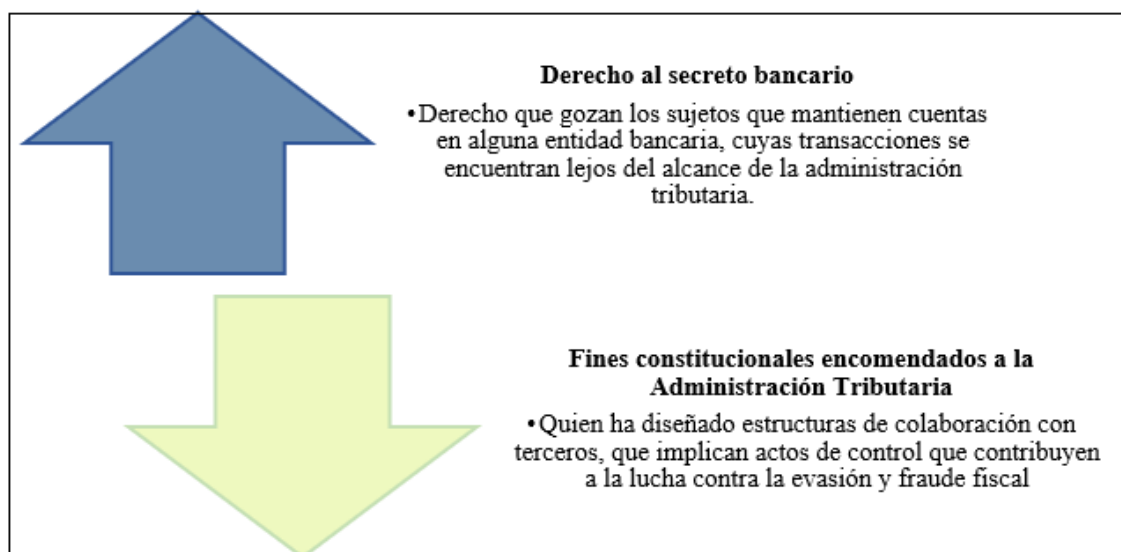
³¹⁷ Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 30.

³¹⁸ Luis Martínez Giner, Nuevos horizontes en el intercambio de información tributaria: a propósito de la propuesta de Directiva relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (España: Aranzadi, 2009), 68, citado por Liliam Imaoka Hojyo, “Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información?” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013), 219.

“El secreto bancario, en sí, no es una figura ilegítima o ilegal, ha sido el extremismo en su defensa y, la identificación del sector bancario como un “nicho potencial de planificación fiscal agresiva”, el que le ha desnaturalizado y provocado que se advierta como un obstáculo oponible a la adecuada gestión de los tributos”³¹⁹.

Lo expuesto por parte de Imaoka y Quirós pone de manifiesto la discusión que existe hoy en día que, por un lado, se encuentra el derecho al secreto bancario del que gozan los sujetos que mantienen cuentas en alguna entidad bancaria, y de otro lado, encontramos al órgano recaudador de impuestos que, ante tal derecho, se le dificulta cumplir sus fines constitucionales encomendados³²⁰. En ese sentido, tal dicotomía será comentada en los siguientes párrafos.

Figura 3.1. El secreto bancario y los fines constitucionales de la Administración Tributaria



Fuente: Realizado a partir de la información de Dino Traverso, 2013.

Elaboración: Propia

³¹⁹ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 395.

³²⁰ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 319.

El secreto bancario es un concepto que se menciona en variados ordenamientos jurídicos, siendo en el caso peruano reconocido en el numeral 5 del artículo 2 de nuestra Constitución, pero no definida, por lo que, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado en dotarle un significado, en ese sentido, destacamos el concepto brindado por Traverso Cuesta, para quien “el secreto bancario constituye un régimen circunscrito a las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes, que se caracteriza por la obligación de confidencialidad de aquella sobre las informaciones que sus clientes le proporcionan”³²¹.

No cabe duda que, esta institución es pues ese deber de sigilo que tiene la entidad bancaria o financiera para con sus clientes; sin embargo, autores como Azaustre Fernández refieren que la institución debe ser entendida en su doble perspectiva, esto es, de deber y derecho y no solo en su vertiente de deber como varios autores lo definen³²².

A nuestro juicio, el secreto bancario en la legislación peruana y más concretamente en la normatividad especializada se ha tipificado como “la prohibición de las empresas del sistema financiero de suministrar información sobre las operaciones pasivas de sus clientes”³²³, en defensa del derecho a la intimidad, el mismo que encuentra su “concreción de carácter económico en el secreto bancario”³²⁴, por lo que, este último es un derecho finalmente; al respecto ahondaremos en el punto 3.4.5. del presente capítulo.

Ahora bien, el artículo 2 inciso 5 de la Constitución también hace referencia a la reserva tributaria, al respecto, según el Informe Defensorial N.º45 de la Defensoría del Pueblo, esta es “es la regla de secreto que tiene la administración tributaria sobre la información que las personas le entregan a propósito de sus relaciones jurídico tributarias”³²⁵, cuyo uso ha de ser únicamente destinado al propósito que la ley le ordena.

En ese sentido, “resulta claro que los datos económicos tienen la característica de ser personales, y en consecuencia, su recolección y circulación se halla inevitablemente

³²¹ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 319.

³²² María José Azaustre, *El secreto bancario* (España: J.M. Bosch Editor, 2001), 150.

³²³ Conforme al artículo 140 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros.

³²⁴ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 320.

³²⁵ Defensoría del Pueblo, “La reserva tributaria y los alcances de la Resolución Defensorial N.º 058-99/DP,” Defensoría del Pueblo del Perú, https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_45.pdf (consultada el 15 de abril de 2022).

vinculada a una posible vulneración de la intimidad”³²⁶. Por ello, nuestro Código en su artículo 85, desarrollando la Constitución, ha establecido qué información tendrá el carácter de reservada, así como las excepciones a la misma.

Para, Alva Matteucci la reserva tributaria implica guardar el conglomerado de informaciones sobre los contribuyentes que cualquier administración tributaria posea, siendo su uso destinado sólo para sus propios fines³²⁷.

Por su parte, Bravo Cucci señala que:

*“La reserva tributaria, que se encuentra soportada en el derecho a la intimidad económica, puede ser concebida como el régimen aplicable a las relaciones jurídicas instituidas entre el fisco y el contribuyente, en virtud del cual, i) por un lado, el órgano administrador del tributo tiene la obligación de no divulgar a terceros ajenos a dicha relación, la información obtenida del contribuyente o del resultado de los procesos de fiscalización, o por la información proporcionada por terceros; y ii) por otro lado, el derecho a la confidencialidad de dicha información que el contribuyente posee ”*³²⁸.

Para nosotros, la reserva también debe ser entendida en una doble vertiente, que a continuación mencionamos:

- i. Como el deber que ostenta la administración tributaria, que conociendo por cualquier medio información vinculada a determinado contribuyente, la emplea sólo para los fines que el propio ordenamiento le señala.
- ii. Como el derecho que el administrado posee al ser su información proporcionada al órgano recaudador³²⁹.

³²⁶ Defensoría del Pueblo, “La reserva tributaria y los alcances de la Resolución Defensorial N.º 058-99/DP,” Defensoría del Pueblo del Perú, https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_45.pdf (consultada el 15 de abril de 2022).

³²⁷ Mario Alva, “¿Cómo opera la reserva tributaria?,” Blog de Mario Alva Matteucci, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2016/08/03/como-opera-la-reserva-tributaria/#:~:text=Cuando%20se%20habla%20de%20%E2%80%9CReserva,utilizada%20para%20sus%20fines%20propios.> (consultada el 15 de abril de 2022)

³²⁸ Carmen del Pilar Robles, Francisco Ruiz de Castilla, Jorge Bravo y Walker Villanueva, *Código Tributario: Doctrina y comentarios. Volumen I.* (Lima: Instituto Pacífico, 2016), 714.

³²⁹ Conforme al artículo 92 literal j) del Código Tributario.

3.2. Caracteres del secreto bancario

Al respecto de los caracteres del secreto bancario, seguiremos la clasificación que realiza Falconi Picardo en su trabajo de investigación, haciendo la siguiente descripción:

- i. **Se trata de una obligación de no hacer**, dado que, es la propia ley la que impone a las empresas bancarias y financieras, haciéndose extensiva tal obligación a los colaboradores a no develar información respecto de las operaciones que llevan a cabo los sujetos de derecho privado.
- ii. **Se trata de una obligación indeterminada en el tiempo**, lo que significa que, aun cuando el cliente haya finalizado su relación con el banco, esa obligación permanecerá firme en el tiempo.
- iii. **Se trata de una obligación frente a terceros**, debido a que, las empresas bancarias y financieras se encuentran constreñidas a mantener en reserva los datos que terceros desean conocer, salvo los casos que la propia ley precise se deba levantar el secreto bancario³³⁰.

3.3. Elementos del secreto bancario

Núñez Fernández-Baca en su trabajo de investigación precisa que, “la relación jurídica establecida entre las partes del secreto bancario está constituida por un sujeto activo y un sujeto pasivo”³³¹, los cuales pasaremos a desarrollar a continuación.

³³⁰ Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 32.

³³¹ Mauricio Núñez Fernández-Baca, “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 Desarrollo Económico (OCDE)” (Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, 2019), 22.

3.3.1. *Sujeto activo*

“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”³³².

Según Falconi Picardo, el sujeto activo es el cliente del banco y el usuario no cliente, que por un servicio en especial mantiene una relación con el banco³³³.

Por su lado, Luis Mejan precisa que, cliente es aquel que con plena consciencia decide celebrar con cierta institución de crédito sus operaciones y/o entregarle sus depósitos, por lo que, a través de esta confianza, es que logra tener el carácter de cliente, más no así por la operación o depósito. Dicho de otro modo, la condición de cliente se logra indistintamente de que la persona reciba recursos monetarios de la entidad financiera, toda vez que, alcanza tal condición por el nexo de confianza creado entre estos³³⁴.

En este punto merece destacarse la clasificación que hace Vergara Blanco para identificar al cliente de un banco, precisando que son:

- ✓ Personas que habitualmente acuden a un banco con motivo de la celebración de operaciones que se llevan a cabo de manera reiterada o habitual.
- ✓ Sujetos que llevan a cabo actos preparatorios, para que en un futuro próximo sean considerados clientes. Por ejemplo, aquellos que entregaron información al banco sobre su patrimonio, para que este último realice alguna operación con ellos, pudiendo no concretarse esta última.
- ✓ Personas que por alguna razón entraron en contacto con el banco a causa de alguna operación, también son considerados clientes³³⁵.

En nuestra opinión, el sujeto activo es el cliente que hace uso de forma habitual o no, de los servicios que ofrecen las entidades financieras, por lo que, en virtud de la relación establecida deposita su confianza en este último, quien tiene el deber de no brindar a

³³² Mauricio Núñez Fernández-Baca, “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 Desarrollo Económico (OCDE)” (Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, 2019), 22.

³³³ Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 32.

³³⁴ Luis Mejan, *El secreto bancario Tercera Edición* (México: Editorial Porrúa, 2000), 128.

³³⁵ Eduardo Vergara, *El secreto bancario, legislación y jurisprudencia Primera Edición* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990), 59.

terceros su información sin mediar causa justificada y al mismo tiempo ha de procurar ocultarla, manteniendo en estricta reserva la misma.

3.3.2. *Sujeto pasivo*

Señala Núñez Fernández-Baca que:

“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”³³⁶.

En el caso peruano y acorde al glosario que como Anexo forma parte de la LGSF, los sujetos pasivos son las empresas, entendiendo a estas como “las empresas del sistema financiero y de seguros autorizadas a operar en el país y sus subsidiarias, con exclusión de aquellas que prestan servicios complementarios”³³⁷

Asimismo, Bueno Rincón citado a su vez por Falconi Picardo señala que:

“Están obligados a guardar el secreto, todos los administradores, financieros, empleados y trabajadores de las instituciones, ya que en razón de que tienen esos cargos, conocen los datos, documentos e informes que constituyen el secreto bancario y agrega: el deber jurídico es igualmente obligatorio para el conjunto de agentes, comisionistas e intermediarios que operan en materia de la actividad bancaria”³³⁸.

Para nosotros, el sujeto pasivo lo conforman las empresas del sistema financiero, dedicadas a las operaciones bancarias y financieras, quienes se encuentran obligadas a mantener fuera del conocimiento de terceros, información relativa a sus clientes (sujeto

³³⁶ Mauricio Núñez Fernández-Baca, “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 Desarrollo Económico (OCDE)” (Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, 2019), 22.

³³⁷ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Perú: Congreso de la República, 1996), Anexo- Glosario “Empresas”.

³³⁸ Fabio Bueno Rincón, “El Secreto Bancario,” (Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997) citado por Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 33.

activo), extendiéndose tal obligación a sus trabajadores y a todo aquel que, en el desarrollo de sus funciones, tienen acceso a dicha información.

3.3.3. *Objeto del Secreto Bancario*

Según Ginebra Serrabou, el objeto del secreto bancario lo constituye las operaciones, entendida en su totalidad sin descomponerlo en sus elementos; esto es, incluye el nombre del cliente, el tipo de operación llevada a cabo, el monto, la información previa a la operación y la que es consecuencia. Por lo que, para el referido autor develar así sea parcialmente la operación implicaría la vulneración del secreto bancario³³⁹.

Asimismo, Pacheco Pulido refiere que, la información y documentación obtenida por los bancos, debido a los actos jurídicos realizados con sus clientes, es lo que protege el secreto bancario, ya que, es a raíz de esta información que se hace posible que se lleve a cabo el acto jurídico³⁴⁰.

A nuestro criterio, el objeto del secreto bancario es la información que versa sobre los clientes, pudiendo comprender esta los antecedentes, las operaciones, los cronogramas, importes de transacciones, entre otros, que conocen los bancos en sus relaciones con estos.

Ahora bien, mucho se habla de las operaciones cubiertas por el secreto bancario que, sin ánimo de adelantarnos en el desarrollo de este punto, podemos decir que, en la legislación peruana, *las operaciones pasivas* son las que encuentran protección por esta institución; sin embargo, resulta necesario conocer la clasificación de estas, las que hemos dividido en operaciones activas, operaciones pasivas y operaciones neutras, las mismas que desarrollaremos a continuación.

- *Las operaciones activas*, se entienden como “los financiamientos que otorgan las instituciones de intermediación financiera a sus clientes, coloquialmente denominados “préstamos” y las cuales no son objeto del secreto bancario”³⁴¹.

³³⁹ Xavier Serrabou, *Contratación Bancaria y Derechos de los Usuarios Primera Edición* (México: Velasco Editores S.A. de C.V, 2005)

³⁴⁰ Guillermo Pacheco, *El secreto en la vida jurídica, bancario, notarial, servidores públicos, religioso, información privilegiada Segunda Edición* (México: Editorial Porrúa, 1996)

³⁴¹ Mauricio Núñez Fernández-Baca, “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 Desarrollo Económico (OCDE)” (Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, 2019), 22.

En ese sentido, las operaciones activas serían aquellos financiamientos que las instituciones financieras otorgan a sus clientes, siendo pues el crédito una parte esencial en la actividad bancaria.

- *Las operaciones pasivas*, son aquellas operaciones donde las instituciones bancarias captan recursos financieros provenientes de sus clientes depositantes y se comprometen con estos últimos a pagarles una rentabilidad en función a un determinado interés³⁴².

Otra acepción de operaciones pasivas es la brindada por el Congreso de la República quien precisa que, “las operaciones pasivas constituyen la base de la economía de todas las instituciones de crédito modernas, quienes no podrían sustentarse sin un amplio capital ajeno, de manejo”³⁴³.

Finalmente, según el Anexo del Decreto Supremo N.º 430-2020-EF, se entiende por operaciones pasivas a las operaciones de depósito, que pueden ser: “de ahorros; cuenta corriente; de compensación por tiempo de servicios (CTS); a plazo fijo y similares que signifiquen permanencia de fondos del titular en la empresa del sistema financiero [...]”³⁴⁴.

Por lo que, entendemos que las operaciones pasivas surgen de la obtención de recursos de los sujetos activos por parte de las entidades bancarias y financieras, quienes colocan como préstamos el capital obtenido cobrando intereses a quienes lo reciben, permitiendo con ello el pago de intereses al inversionista, en ese sentido, “por las operaciones pasivas la institución contrae un adeudo y, por tanto se genera un pasivo”³⁴⁵.

³⁴² Mauricio Núñez Fernández-Baca, “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 Desarrollo Económico (OCDE)” (Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, 2019), 22.

³⁴³ Congreso de la República, “Operaciones Pasivas” Congreso de la República, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C3FE88449579816E05257A95006C83A2/\\$FILE/Unidad_10.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C3FE88449579816E05257A95006C83A2/$FILE/Unidad_10.pdf) (consultada el 16 de abril de 2022).

³⁴⁴ El peruano, “Reglamento que establece la información financiera que las empresas del sistema financiero deben suministrar a la SUNAT para el combate de la evasión y elusión tributarias Anexo – Decreto Supremo N.º 430-2020-EF,” Ministerio de Economía y Finanzas, <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/reglamento-que-establece-la-informacion-financiera-que-las-e-anexo-ds-n-430-2020-ef-1916803-1> (consultada el 17 de abril de 2022).

³⁴⁵ Congreso de la República, “Operaciones Pasivas” Congreso de la República, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C3FE88449579816E05257A95006C83A2/\\$FILE/Unidad_10.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C3FE88449579816E05257A95006C83A2/$FILE/Unidad_10.pdf) (consultada el 16 de abril de 2022).

- *Las operaciones neutras*, según el Congreso de la República son “aquellas operaciones donde las instituciones de crédito prestan un servicio, no captando ni colocando recursos del público”³⁴⁶.

Para Del Cerro Gómez, se entienden como aquellas donde las entidades financieras realizan operaciones de mediación como transferencias, giros, entre otros. Así también de custodia como el alquiler de cajas de seguridad, etc., cobrando por tales operaciones una comisión³⁴⁷.

Por lo que, entenderíamos que las operaciones neutras son aquellas donde las entidades financieras no captan ni colocan los recursos de los clientes, siendo el fin de estas sólo la prestación de un servicio.

Acorde al texto legal del artículo 140 de la LGSF, existe la siguiente 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”*³⁴⁸.

Al respecto, el actual texto legal del artículo 143 de la mencionada ley, sobre el develamiento del secreto bancario estipula que, “el secreto bancario no rige cuando sea requerido por la SUNAT, donde mediante escrito motivado solicite al juez el levantamiento del secreto bancario, ello en cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o en las Decisiones de la CAN”³⁴⁹.

Por último, el artículo 143-A, señala que, “las empresas del sistema financiero suministran a la SUNAT información financiera distinta a la desarrollada en el numeral 1 del artículo 143”³⁵⁰; esto es, distinta a la información que implique el develamiento del referido secreto, por lo que, a tenor de este artículo la información financiera será solicitada a través del Superintendente de la SUNAT, quien “requiere la información a

³⁴⁶ Congreso de la República, “Operaciones Neutras” Congreso de la República, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F38DB95D9C54C9D505257A950069A6A4/\\$FILE/Unidad_11.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F38DB95D9C54C9D505257A950069A6A4/$FILE/Unidad_11.pdf) (consultada el 16 de abril de 2022).

³⁴⁷ Isabel del Cerro Gómez, “Operaciones pasivas de los bancos: depósitos e inversiones,” Ciberconta <http://www.ciberconta.unizar.es/Leccion/opasban/INICIO.html> (consultada el 18 de marzo de 2022).

³⁴⁸ Conforme al artículo 140 de la LGSF modificado por el Decreto Legislativo N.º 1313.

³⁴⁹ Conforme al artículo 143 de la LGSF modificado por el Decreto Legislativo N.º 1313.

³⁵⁰ Conforme al artículo 143-A de la LGSF modificado por el Decreto Legislativo N.º 1434.

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 CAN³⁵¹.

Ahora bien, es posible que nos cuestionemos, *¿qué clase de información suministran las empresas bancarias y financieras directamente a la Administración Tributaria?*

El mismo artículo en comento nos ofrece la respuesta al precisar que:

“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”³⁵².

En este contexto, la adaptación del ordenamiento jurídico peruano como resultado de nuestra adhesión a instrumentos internacionales como la CAAMMT, ha supuesto que hoy en día la SUNAT acceda a buena parte de información protegida por el secreto bancario, como a las operaciones pasivas que los sujetos activos realizan con las empresas del sistema financiero, por lo que, cabe preguntarnos *¿supondrá ello una afectación a los derechos de los contribuyentes?*

Para responder a la presente pregunta, vamos a hacer un pronunciamiento en el punto 3.5 del presente capítulo.

³⁵¹ Conforme al artículo 143-A de la LGSF modificado por el Decreto Legislativo N.º 1434.

³⁵² Conforme al numeral 2 del artículo 143-A de la LGSF modificado por el Decreto Legislativo N.º 1434.

3.4. Naturaleza jurídica del secreto bancario

Al respecto de la naturaleza jurídica de esta institución, existen diversas teorías, que cabe decir, ninguna de estas es concluyente, debido a que, puede variar según el sistema jurídico desde el cual se analiza.

Así, por ejemplo, Guillén Ferrer citada a su vez por Quirós Ortiz señala que:

*“No es posible realizar una conclusión absolutista e inamovible de su fundamentación y ello porque ésta varía no solamente en el tiempo sino también en el espacio [...], también porque ésta depende del tratamiento jurídico que se le otorgue en cada uno de los ordenamientos jurídicos que reconozcan al menos su existencia”*³⁵³.

Jiménez de Parga, opta por encuadrar la naturaleza del secreto bancario en el ámbito moral, al precisar que:

*“La primera naturaleza posible del secreto bancario no es otra que constituir un deber moral. Es decir, el Banco debe moralmente no revelar secretos de sus clientes debido a dos razones. Por un lado, para defender los intereses del cliente que no puede interesarle la exteriorización de su situación patrimonial. Y, por otro lado, en interés propio; es decir, para salvar su propia reputación”*³⁵⁴.

Si bien es cierto que la moral conduce el actuar del banquero, concordamos con Quirós Ortiz en el extremo que, al introducirse el carácter moral a una conducta que importa un deber, reducimos su calidad a “una conducta de cumplimiento voluntario y no coactiva, y sobre todo carente de sanciones”³⁵⁵.

En ese sentido, somos conscientes de que la institución del secreto bancario en la época actual deja atrás el contenido moral, habiendo la mayoría de legislaciones, tal como lo veremos líneas abajo, elevado su contenido al cumplimiento obligatorio y forzoso.

³⁵³ María José Guillén, *El secreto bancario y sus límites legales* (España: Tirant lo Blanch, 1997) citado en Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 397.

³⁵⁴ Rafael Jiménez de Parga, “El secreto bancario en el Derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil N°113* (1969): 384. citado en Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 397.

³⁵⁵ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 397.

Por su parte, Luis Mejan considera que, el secreto bancario posee una naturaleza o fundamentación multidisciplinaria y que “tiene sus raíces en una compleja gama de fenómenos, de la cual el ingrediente jurídico no es sino una parte a la que se unen y entrelazan dosis de distintos factores de la más compleja variedad”³⁵⁶. Cita el autor a la psicología humana, historia, filosofía moral, política y la economía.

Haciendo a un lado las razones antes expuestas, daremos a conocer las teorías comunes que apuntan a definir la real naturaleza del secreto bancario, institución que nos ocupa a continuación.

3.4.1. El secreto bancario como secreto profesional

Raúl Cervini expone que esta tesis surge después de 1950, tomando solidez internacionalmente desde esa época. Explica además que, a través de esta, se entiende “al secreto bancario como una variedad o manifestación del secreto profesional”³⁵⁷. En tal sentido, se reconoce al banquero como un profesional, así como lo es el médico o el abogado, quienes mantienen un vínculo con sus clientes, convirtiéndose estos como precisa el autor, en “confidentes necesarios, depositarios privilegiados de diferente nivel de intimidad, (económica, física y jurídica) en exclusiva función a la naturaleza de sus actividades”³⁵⁸.

En esa misma línea Núñez Fernández-Baca quien cita a Creimer y López señala que:

*“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”*³⁵⁹.

³⁵⁶ Luis Mejan, *El secreto bancario Tercera Edición* (México: Editorial Porrúa, 2000), 1.

³⁵⁷ Raúl Cervini, “Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo,” *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*: 7.

³⁵⁸ Raúl Cervini, “Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo,” *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*: 7.

³⁵⁹ Israel Creimer y Oscar López, *Secreto Bancario en el Uruguay* (Uruguay: Editorial Cultura Universitaria, 1995), 28. Citado en Mauricio Núñez Fernández-Baca, “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 Desarrollo Económico (OCDE)” (Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, 2019), 22

Según Luis Mejan, esta tesis surge una vez que el profesional le ofrece al público, en forma tácita, su discreción³⁶⁰.

Por su parte, Cervini y Adriasola sostienen que, “el deber de guardar sigilo bancario es de origen constitucional, pues sigilo financiero es una faceta del secreto profesional y éste forma parte del derecho fundamental a la privacidad y a la intimidad de las personas³⁶¹.”

Quirós Ortiz por su parte, como detractora de esta teoría ha señalado que,

“Reconocer el fundamento del secreto bancario como una variante del secreto profesional, equivaldría a reconocer a la Banca como un profesional, y al Banquero como profesional liberal, lo cual, no podría estar más alejado de la realidad, pues los Bancos, están llamados a ser comerciantes sociales especiales, y por ende amparados en el Derecho Mercantil”³⁶².

En este punto es pertinente traer a colación el comentario de Raúl Cervini, porque si bien el autor entiende a esta tesis como un equilibrio saludable entre el interés privado y público señala que, esta no podría sustentar al secreto bancario.

“Reiteramos que no debe ni puede confundirse la fuente de la obligación con el fundamento de la misma. 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”³⁶³.

Como se observa, los autores que defienden esta tesis consideran al banquero como un profesional quien, teniendo conocimiento sobre los datos de los clientes con motivo de su actividad profesional, aseguran la confidencia de los mismos, en virtud de la especial relación de confianza entre ambos. Sin embargo, *¿es realmente el banquero un profesional?*

³⁶⁰ Luis Mejan, *El secreto bancario Tercera Edición* (México: Editorial Porrúa, 2000), 16.

³⁶¹ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola, *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional* (Argentina: BdeF, 2012), 1.

³⁶² Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 409.

³⁶³ Raúl Cervini, “Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo,” *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*: 8.

Según Gamarra, Uceda y Gianella, profesional es aquel que ejerce una actividad, para lo cual requiere de un título que lo habilite y de la autorización del Estado para su ejercicio así, por ejemplo, el abogado y su cliente, donde el primero como parte de su ejercicio profesional obtiene datos, que en la mayoría de los casos comprende información íntima y que es indispensable para orientar y defender a su patrocinado. Por lo tanto, la información adquirida en ese escenario si es objeto de secreto profesional³⁶⁴.

Tomando en consideración lo antes señalado, podemos concluir respecto a este punto que, si bien en el quehacer de las actividades diarias, el banquero obtiene información o datos relativos sobre sus clientes, no podemos encuadrar su actividad en la de un profesional.

Asimismo, en búsqueda de la acepción de banquero, encontramos que este aparece como “el gestor de una entidad bancaria o la persona dedicada al negocio de intermediación financiera”³⁶⁵, por lo que, no cabe duda de su significado real.

En nuestra normativa nacional el secreto profesional y bancario se encuentran diferenciados y así lo ha precisado nuestro Tribunal Constitucional al señalar que, “el secreto profesional es, así, una garantía para el ejercicio de determinada profesión u oficio, de modo que ninguna autoridad o poder público, en general, pueda obligar a entregar dicha información reservada para usos propios de la profesión”³⁶⁶.

En ese sentido, acorde a lo precisado por el máximo intérprete, el ejercicio de determinada profesión u oficio refiere a una persona natural, mas no a una jurídica, siendo este uno de los fundamentos que nos aleja de esta teoría. Además, en el ámbito penal sería muy complicado individualizar al responsable si se da la ampliación del secreto profesional a las entidades abstractas, trátase de empresas bancarias y financieras, situación que vemos poco probable que suceda.

Finalmente, del análisis sostenemos que encuadrar la naturaleza del secreto bancario a la presente teoría, no responde a lo que realmente se busca garantizar, que es la debida cautela del derecho a la intimidad de las personas.

³⁶⁴ Ronald Gamarra, Ricardo Uceda y Gonzalo Gianella, *Secreto profesional: Análisis y perspectiva desde la medicina, el periodismo y el derecho* (Perú: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, 2011), 10.

³⁶⁵Guillermo Westreicher, “Banquero”, Economipedia, <https://economipedia.com/definiciones/banquero.html#:~:text=El%20banquero%20es%20la%20persona, en%20el%20mercado%20de%20capitales> (consultada el 16 de abril de 2022).

³⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 7811-2005-PA/TC, 22 de noviembre de 2005.

3.4.2. *El secreto bancario en el uso*

Los defensores de esta teoría sostienen que, la actuación de los banqueros para mantener la reserva sobre los negocios que celebran con los clientes se torna en un uso tradicional y universalmente observado.

Al respecto, Giacomo Molle, uno de sus máximos defensores, citado por Núñez Fernández-Baca, ha expresado que el secreto bancario se fundamenta en el uso tradicional de la banca de guardar reserva respecto de las operaciones del cliente frente a quienes no son parte del vínculo entre la entidad financiera y este. Añade que, una minuciosa indagación sobre los estatutos de los bancos, donde se contempla el respeto de la reserva desde hace siglos, da a conocer que esas cláusulas estatutarias han tenido su origen en el uso que obliga a la banca al secreto, por lo que, “han 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”³⁶⁷.

Por su parte, Joaquín Garrigues distingue entre el fundamento y la naturaleza, siendo que para el autor el secreto bancario se funda en el uso, mientras que, el contrato bancario es donde se sitúa su naturaleza, debido a que, es este último el que constriñe a la observancia de lo pactado, pero también a las consecuencias que de este se derivan como el uso y la buena fe³⁶⁸. Al respecto de la teoría contractual del secreto bancario, esta será explicada en el punto siguiente.

Uno de los críticos de la presente teoría es Azaustre Fernández quien aduce que:

*“Aunque efectivamente con el paso de los años y la reiteración de conductas el secreto bancario se haya plasmado en un uso mercantil (y en determinados ordenamientos no en todos, en normas de carácter legal) a nuestro juicio la teoría no explica suficientemente la razón de ser de ese deber de secreto”*³⁶⁹.

³⁶⁷ Giacomo Molle, *I contratti bancari* (España: Giuffré Editora, 1966), 65. Citado en Mauricio Núñez Fernández-Baca, “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 Desarrollo Económico (OCDE)” (Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, 2019), 22

³⁶⁸ Joaquín Garrigues, “La Operación Bancaria y el Contrato Bancario,” *Revista de Derecho Mercantil*, (1957)

³⁶⁹ María José Azaustre, *El secreto bancario* (España: J.M. Bosch Editor, 2001), 150.

Así pues, para los críticos de esta teoría, situar al secreto bancario en el ámbito privado es inadecuado para brindar una protección a los intereses de los sujetos activos del sistema financiero, por lo que, tal institución se debe sustentar desde el ámbito público.

En ese sentido, a juicio de Centrone “confinar el secreto bancario al ámbito del derecho privado violenta abiertamente la evolución del uso y de las exigencias sociales, y contradice los propios intereses privados de los clientes”³⁷⁰. Por lo que, se subraya la necesidad de abandonar el terreno privado, al ser este insuficiente, y fundar la obligación jurídica del secreto bancario en el plano público³⁷¹.

En este punto conviene precisar que, si bien es cierto que anteriormente en las cláusulas de los bancos del siglo XV se establecía la observancia del secreto bancario, donde se obligaba a la banca a guardar confidencia respecto de los datos de sus clientes, situación que terminó siendo habitual y sostenida en el tiempo, transformándose tal práctica en costumbre jurídica. No obstante, hoy en día, la referida teoría no puede servir de fundamento del secreto bancario, toda vez que, la legislación peruana regula el secreto bancario, por lo que correspondería preferir a la ley sobre el uso y la costumbre, quedando este último relegado respecto de la ley, la misma que se encuentra dotada de un real contenido normativo.

Finalmente, sostener esta teoría significaría entender al secreto bancario de forma imprecisa, por lo que, aparecerían grandes dudas sobre sus límites e incluso poca claridad con relación de las actuaciones bancarias que en algunos casos podrían ser vulneradoras de derechos, pues no existiría norma escrita que lo regule. En ese sentido, la teoría del secreto bancario en el uso falla evidentemente ante una realidad que ha optado por regular la referida institución.

3.4.3. El secreto bancario como manifestación de la voluntad contractual

La “*teoría del contrato*” considera al secreto bancario como el deber que se incorpora en el negocio jurídico entre la entidad bancaria y el sujeto activo, regido por la buena fe y el correcto empleo de la información que debe dar el banquero a los datos de su cliente en sus relaciones comerciales.

³⁷⁰ Cosimo Centrone, “Appunti sulla tutela penale del segreto bancario,” *Archivio Penale* (1974): 21.

³⁷¹ Raúl Cervini, “Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo,” *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*: 8.

Al respecto Falconi Picardo explica en su trabajo de investigación que, esta teoría sostiene que el secreto bancario “es una obligación jurídica de carácter convencional y que se concreta en el contrato y cuando no aparece en su contenido una cláusula expresa se refieren a una cláusula tácita o implícita que obliga al banquero a guardar la reserva”³⁷².

Quirós Ortiz comenta que la teoría contractualista:

*“Fundamenta al secreto bancario en la voluntad del cliente efectivamente manifiesta, en forma expresa o tácita en el documento contractual, derivada del principio de autonomía de la voluntad entre las partes y por la cual éstas pueden incluir dentro del clausulado del contrato un pacto que expresamente imponga al Banco el deber de reserva”*³⁷³.

Por su parte Aguirre, Jopia y Valenzuela explican esta teoría al señalar que, “el secreto bancario tiene carácter convencional en vista que el contrato que da origen a la relación banco-cliente emana una obligación de confidencialidad por parte de la institución financiera”³⁷⁴.

En el mismo sentido, Cervini y Adriasola precisan que, “en ausencia de un fundamento normativo, el secreto bancario se funda en la voluntad de las partes, en su carácter convencional”³⁷⁵.

Como se observa, la teoría contractual admite la posibilidad de no incluir el deber de reserva de la entidad bancaria de forma expresa, asumiendo que se trata de un acuerdo incluido y proveniente del vínculo de confianza entre el banquero y el cliente, de tal forma que, se obliga a la entidad bancaria al cumplimiento del deber de secreto bancario.

No obstante, concordamos en este extremo con Quirós Ortiz, quien no discute sobre el carácter contractual del nexo entre la entidad bancaria y el cliente, porque en efecto, “el contrato, se caracteriza por ser un acuerdo de voluntades, que busca crear, modificar,

³⁷² Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 38.

³⁷³ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 399.

³⁷⁴ María Aguirre, Felipe Jopia y Andrés Valenzuela, “Nuevas Perspectivas del Secreto Bancario en una Economía Globalizada” (Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile, 2003), 25.

³⁷⁵ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola, *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional: fisco y derecho a la intimidad. Las presiones de la OCDE. Acuerdos de intercambio de información* (Argentina: BdeF, 2012), 25.

transmitir o extinguir derechos u obligaciones y en él rige el principio de la autonomía de la voluntad”³⁷⁶, con lo cual, lo que se pacta se transforma en ley entre los partícipes.

Sin embargo, aceptar la teoría contractual del secreto bancario conllevaría a entender que se trata de “una obligación exclusiva entre las partes, y por ello no extensible a terceros o sujetos ajenos a la relación contractual”³⁷⁷, salvo que en pro del derecho público puedan acceder a dicha información, como las administraciones tributarias, que suelen tener el acceso en la mayoría de Estados.

En tal sentido, para la autora otorgarle al secreto bancario una naturaleza netamente contractual:

“Equivaldría a anclar el secreto bancario como un concepto exclusivo del Derecho Privado, y en específico, del Derecho Bancario, no obstante, su tutela es un tema de Derecho Público, al igual que su levantamiento o develación, en donde sopesamos garantías constitucionales individuales o en pro de la colectividad, entiéndase, derecho a la intimidad, deber de contribuir, etc.”³⁷⁸.

A nuestro juicio el contrato que vincula al banco con el cliente, efectivamente obliga al primero a mantener en reserva los datos que conozca con motivo de la relación de confianza establecida entre ambos, así el banquero no solo debe, en virtud del contrato, mantener el secreto del cliente, sino que está obligado además porque así lo ha prescrito la ley positiva.

Ahora bien, cabe preguntarse *¿es suficiente garantía para el cliente la responsabilidad contractual?*

Consideramos que la respuesta es negativa. En este punto debemos precisar que, sostener esta teoría sería subordinar al secreto bancario al campo del derecho privado; sin embargo, como quedará en evidencia más adelante, su tutela es de derecho público, por lo que, constreñirlo al ámbito privado sería debilitarlo al no hallar otros argumentos que le otorguen una mayor defensa.

³⁷⁶ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 400.

³⁷⁷ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 400.

³⁷⁸ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 400.

3.4.4. *El secreto bancario en su fundamento extracontractual*

Explica Quirós Ortiz que, “las obligaciones inter partes, de conformidad con el derecho civil, devienen del contrato, de los hechos lícitos sin convenio y también de los hechos ilícitos que generan responsabilidad, situación esta última que se conoce como responsabilidad sin contrato o extracontractual”³⁷⁹.

En esa línea, Azaustre Fernández comenta que, esta tesis es también conocida como la “teoría de la responsabilidad extracontractual”³⁸⁰, que “permite el nacimiento de derechos y obligaciones aun en ausencia de un contrato que contenga la voluntad manifiesta de las partes y origine las mismas”³⁸¹.

Así pues, esta teoría ha sido validada por doctrinas como la española e italiana, sustentándose en las normas civiles, que reconocen la “responsabilidad por culpa extracontractual”, que en el supuesto del secreto bancario se daría ante la falta al deber de reserva por parte del banco; sin embargo, esta teoría ha sido superada.

Para Guillén Ferrer esta teoría:

*“Es una modalidad de la categoría más amplia del secreto profesional, sin embargo, existen elementos para reconocer que no se puede equiparar el secreto profesional y el secreto bancario, pues la Banca ya hace mucho tiempo que ha perdido su carácter de ejercicio profesional individual”*³⁸².

Por su parte Luis Mejan, otro detractor de la teoría precisa que, “el argumento es feble para justificar y sostener toda la estructura de la figura del secreto bancario”³⁸³. Además, que la teoría extracontractual sólo se encontraría justificada de haber una vulneración y daño, por lo que, la violación del secreto daría lugar a una sanción.

En nuestra opinión, el argumento de esta teoría es deficiente para sostener a la institución del secreto bancario, además que sólo atiende a las consecuencias de su violación.

³⁷⁹ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 401.

³⁸⁰ María José Azaustre, *El secreto bancario* (España: J.M. Bosch Editor, 2001), 152, citado en Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 401.

³⁸¹ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019): 401.

³⁸² María Guillén Ferrer, *El secreto bancario y sus límites legales* (España: Tirant Lo Blanch, 1997), 43.

³⁸³ Luis Mejan, *El secreto bancario Tercera Edición* (México: Editorial Porrúa, 2000), 12.

Asimismo, si bien en su momento doctrinas como la española e italiana le concedieron cierta validez, sustentándose en la legislación civil; sin embargo, si para nosotros en la teoría del secreto bancario como manifestación de la voluntad contractual no resultaba suficiente garantía la responsabilidad contractual para el cliente, menos lo será la responsabilidad por culpa extracontractual, donde no existe un contrato de por medio que obligue a la entidad bancaria al cumplimiento del deber de secreto bancario.

En ese sentido, reafirmamos nuestra postura al señalar que, el verdadero fundamento de la institución que nos ocupa no se encuentra en el campo del derecho privado, toda vez que, su tutela es de derecho público, en tanto la persona como titular del derecho a la intimidad, ostenta la facultad de exigir a la banca la máxima confidencialidad respecto de los datos e información que le ha confiado a este último, constituyéndose así este derecho como una protección de lo íntimo en el plano económico del individuo.

Así pues, damos paso a la última teoría, la que consideramos como su verdadero y real fundamento.

3.4.5. El secreto bancario como manifestación del derecho a la intimidad de las personas

De las teorías previamente comentadas podemos decir que, si bien se basan en supuestos reales, todas ellas desvirtúan el sentido jurídico del secreto bancario. En ese sentido, a juicio de Raúl Cervini “el fundamento dogmáticamente prevalente en la conformación del estatuto del secreto bancario debe encontrarse en el derecho de la personalidad, en la perspectiva del reconocimiento de un general derecho de cada uno a la intimidad”³⁸⁴.

Marcel Cremieux citado a la vez por Cervini nos recuerda que, si bien el hombre es un ser comunicativo por naturaleza, es intrínseco a su esencia, mantener su esfera de secretos lejos del conocimiento de los demás, que sólo serán develados en ciertas oportunidades. Así pues, Herbert Schönle relacionándolo más al ámbito patrimonial señala que, los banqueros son los confidentes necesarios, ante quienes los clientes revelarán ese segmento económico de sus intimidades³⁸⁵.

³⁸⁴ Raúl Cervini, “Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo,” *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*: 8.

³⁸⁵ Herbert Schönle, *Le Secret Bancaire Suisse* (Paris: Centre Francais de Droit Comparé, 1977), 179, citado en Raúl Cervini, “Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo,” *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*: 8.

Hoy en día la doctrina admite que el ámbito económico y patrimonial formen parte de nuestra intimidad. Así, Traverso Cuesta señala que:

“La información protegida por el secreto bancario no sólo está referida a aquella de carácter económico financiero, sino que cobija otros ámbitos de la vida privada, al guardar por ejemplo los hábitos de consumo de los clientes del banco; por ello, actualmente la corriente más extendida encuentra su fundamento en el derecho a la intimidad”³⁸⁶.

Hemos visto en el desarrollo de este punto distintas teorías que intentan explicar la naturaleza del secreto bancario, por lo que, hemos llegado a conocer que desde siempre los clientes han confiado que los bancos guardan con recelo su intimidad a través de ese secreto o sigilo, de tal forma que, esa reserva de los banqueros con el devenir del tiempo se ha ido convirtiendo en una práctica respetada meticulosamente o lo que conocimos líneas arriba como *“la teoría del secreto bancario en el uso”*, donde los mismos banqueros entendieron la confianza depositada en estos y que de ello dependía la afluencia de depósitos y la confianza de los clientes.

De forma posterior, la naturaleza jurídica de ese secreto, cuya fuente inicial fue el uso o el contrato que dio origen a la relación cliente – banco, lo que explicamos en la *“teoría del secreto bancario como manifestación de la voluntad contractual”*, fue tornándose en una obligación absoluta para el banco, lo cual conllevó a que se plasmara en el ordenamiento jurídico como un deber legal sustentada en una norma.

En ese panorama, legislaciones de la región como la chilena y argentina han establecido todo un sistema del secreto bancario, mientras que otras, como la peruana reconocen su existencia a través de menciones en distintos artículos como el párrafo segundo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución o su reconocimiento en el artículo 140 y siguientes de la LGSF.

Además, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Norma Fundamental, reconoce al secreto bancario como una manifestación del ya mencionado derecho a la intimidad, distinto al secreto profesional, contribuyendo grandemente a la elaboración de jurisprudencia, la misma que será materia de comentario más adelante.

³⁸⁶ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 320.

Como se observa, dentro de todas las teorías hasta aquí expuestas, la más satisfactoria es “la teoría del secreto bancario como manifestación del derecho a la intimidad de las personas”.

En ese sentido, como señala Vergara Blanco, no se debe confundir al secreto bancario con sus fuentes, como la doctrina contractualista o del uso o costumbre; o con sus consecuencias, como la protección que presta el secreto bancario al sistema crediticio; así como con la ejecución de dicha obligación del banquero; o de la sanción penal ante su revelación, así como no confundirla con otras realidades como el secreto profesional, condición que los banqueros no ostentan. En efecto, para el referido autor con el cual concordamos, “la raíz más profunda del secreto bancario se encuentra en el resguardo de la intimidad de los aspectos económicos de cada uno”³⁸⁷.

En este punto cabe preguntarnos *¿es lo mismo lo íntimo que lo secreto?*

Para Iglesias Cubría, lo “*íntimo*” de las personas es ese aspecto que no admite que otros traspasen ni tomen conocimiento. Por lo tanto, formará parte de la intimidad el conjunto interno de nuestra vida privada, nuestro recinto, nuestro dormitorio, nuestras relaciones afectivas y todo aquello que deseamos no revelar, aun cuando para nuestro propio recuerdo decidimos plasmarlo en notas, cartas o cualquier otro medio, de tal manera, que siguen siendo parte de nuestra intimidad. Como precisa Iglesias, íntimos son nuestros deseos, nuestras apetencias e incluso nuestras necesidades y la forma en que decidimos satisfacerlas³⁸⁸.

De ello extraemos que, es íntimo todo aquello que decidimos sustraer del conocimiento de los demás, se trata pues de aquel ámbito donde imperan exclusivamente nuestros deseos y preferencias, que pertenecen sólo a nuestra esfera personal. Así, por ejemplo, dada la preminencia de las redes sociales, un post nuestro sobre política en una red social no será íntimo, dado que, hemos decidido revelar nuestro pensamiento; sin embargo, sí serán íntimos nuestros pensamientos que no son cognoscibles para el resto, aún si hemos decidido plasmarlos en una agenda.

Por su parte, la definición de “*secreto*” implica “el conocimiento por parte de otra persona de algo íntimo; pero que esa persona no puede comunicar a otra, ni menos aún divulgar o

³⁸⁷ Alejandro Vergara, “Sobre el fundamento del secreto bancario,” *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (enero 1988): 387-388.

³⁸⁸ Manuel Iglesias, “El derecho a la intimidad,” *Editorial Universidad de Oviedo* (1970): 21.

publicar³⁸⁹ lo confiado, debido a que, eso supondría una violación a la intimidad. En ese sentido, para Iglesias Cubría la comunicación a otro de lo que se conoce mediante secreto, implica la violación de lo íntimo, siendo ello lo que la ley castiga siempre que exista una disposición que prevea que tal comunicación es delictiva³⁹⁰.

Entonces, secreto vendría a ser el conocimiento de algo íntimo, por lo tanto, todo lo íntimo es secreto, siendo protegido no solo por formar parte de la intimidad, sino que su protección es necesaria para la misma naturaleza humana. Así, el abogado, el médico, el contador, estarán obligados a mantener el secreto de sus clientes o el amigo a guardar el secreto del compañero, pues sin una protección del secreto la persona sería tan cautelosa y reservada de su personalidad, que su vida social resultaría insoportable, lo que tampoco sería posible, toda vez que, el ser humano es un ser social por naturaleza.

Por consiguiente, “es íntimo lo que no es lícito entrar a conocer; y es secreto aquello que, siendo conocido, no es lícito comunicar a los demás³⁹¹”.

Lo antes expuesto, da paso a la discusión doctrinal sobre la existencia de una situación jurídica subjetiva denominada “derecho a la intimidad” y que, sin ánimos de adelantarnos en la explicación del referido derecho, el que será abordado en el punto 3.5 del presente capítulo podemos afirmar que, si bien una de las manifestaciones del derecho a la intimidad es el secreto bancario, este referido al aspecto económico, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad.

3.5. El derecho a la intimidad y su relación con el secreto bancario

Tal como señalamos, la información que protege el secreto bancario no solo refiere a datos de naturaleza económica, toda vez que, alcanza a proteger otros aspectos de la vida privada, por lo que, hoy en día se considera que el secreto bancario está incluido y es una manifestación del derecho a la intimidad.

³⁸⁹ Manuel Iglesias, “El derecho a la intimidad,” *Editorial Universidad de Oviedo* (1970): 23.

³⁹⁰ Manuel Iglesias, “El derecho a la intimidad,” *Editorial Universidad de Oviedo* (1970): 23.

³⁹¹ Alejandro Vergara, “Sobre el fundamento del secreto bancario,” *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (enero 1988): 388.

En ese sentido, partiremos el desarrollo de este punto señalando que, el derecho a la intimidad ha sido recogido en disposiciones normativas de alcance internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, así su artículo 12 precisa que:

*“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*³⁹².

De igual manera, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que:

*“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*³⁹³.

En la misma línea, el numeral 2 y 3 del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, postula que:

*“2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*³⁹⁴.

Como se observa, los conceptos en la normativa internacional son muy similares y todos apuntan a que toda persona debe ser protegida por la ley ante injerencias ilegítimas en su vida privada.

Al respecto, es menester señalar que, en el ámbito nacional, el derecho a la intimidad se encuentra recogido en el primer párrafo del inciso 7 del artículo 2 de nuestra Constitución de 1993; al señalarse que, “toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias”³⁹⁵.

³⁹² Naciones Unidas, “La Declaración Universal de Derechos Humanos,” <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (consultada el 26 de marzo de 2022).

³⁹³ COPREDEH, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su versión comentada,” <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Politicos.pdf> (consultada el 26 de marzo de 2022).

³⁹⁴ CORTEIDH “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José),” <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf> (consultada el 26 de marzo de 2022)

³⁹⁵ Conforme al inciso 7 artículo 2 de la Constitución Política.

Si bien nuestra Carta Magna consagra el derecho a la intimidad, no nos dice más sobre este. Así, el Código Civil, establece que, “la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”³⁹⁶.

Nuestro Código Civil es más amplio al precisar que, la vida personal y familiar de cada uno, no puede ser puesto al conocimiento de otros sin el consentimiento de su titular, e incluso prevé el supuesto de si el titular hubiere fallecido, son sus herederos los que darán el asentimiento.

Por su parte, nuestro Código Penal castiga al que lesiona la intimidad de la vida personal o familiar, al prescribir en su artículo 154 lo siguiente:

*“El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años [...]”*³⁹⁷.

El tipo penal antes descrito lo que castiga es la violación a la intimidad personal, intimidad que como señala Jorge Carranza:

*“Se trata de una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir, intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social”*³⁹⁸.

Tras conocer la normativa internacional y nacional que la ampara, creemos que es necesario aproximarnos aún más al significado del derecho a la intimidad. De ahí que, en las siguientes líneas trataremos de brindarle una definición al referido derecho para luego encontrar su relación con el secreto bancario, que como se apuntó líneas arriba, se encuentra también amparado constitucionalmente.

³⁹⁶ Conforme al artículo 14 del Código Civil.

³⁹⁷ Conforme al artículo 154 del Código Penal.

³⁹⁸ Jorge Carranza, *Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad* (Buenos Aires: Lerner, 1975), 41.

Por tal razón, en nuestra búsqueda del significado del derecho a la intimidad, encontramos que este consiste en garantizar el libre desarrollo de la vida privada individual de cada uno, disfrutando de un ámbito propio y reservado, excluido del conocimiento de otros y sin intromisiones de terceros³⁹⁹.

Asimismo, Gonzáles Sepúlveda citado a su vez por Falconi Picardo define “el derecho a la intimidad como el derecho que permite al individuo desarrollar su propia vida privada, con el mínimo grado de interferencia, libre de perturbaciones que le ocasionen las autoridades públicas y otros individuos, estén o no revestidos de autoridad”⁴⁰⁰. Siendo que su “fundamento jurídico está en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, bienes jurídicos intangibles, que se extienden al ámbito espiritual, político y económico”⁴⁰¹.

Sobre esto último, cabe destacar el comentario de Brenes Córdoba para quien se denomina “Derechos de la personalidad” porque son intrínsecos a la condición de persona, siendo que nacen con esta, de ahí que se les pueda llamar innatos, y la acompañan a lo largo de toda su vida, por lo que, son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles⁴⁰².

Recordemos que, el desarrollo de la personalidad se halla en función de tres sistemas: el biológico, el psicológico y el sociocultural, siendo que ninguno de ellos será suficiente de forma independiente. En ese sentido, este implica el disfrute integral de todos los derechos humanos, pues solo a través de su eficacia es posible su verdadero desarrollo, de ahí que, se le entienda como el derecho que ostenta todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, planificar y conducir su vida según su propia voluntad, según sus propios objetivos, proyecto de vida, deseos, intereses, misión, expectativas, inclinaciones y preferencias, que no tendrán lugar si no se reconocen y respetan los derechos inherentes a la persona con motivo de su dignidad.

³⁹⁹ Diccionario del Español Jurídico, “Derecho a la intimidad,” ConceptosJurídicos.com, <https://www.conceptosjuridicos.com/derecho-a-la-intimidad/> (consultada el 26 de marzo de 2022)

⁴⁰⁰ Jaime Gonzáles, *El derecho a la intimidad privada* (Chile: Editorial Andrés Bello, 1972) citado en Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 39-40.

⁴⁰¹ María Aguirre, Felipe Jopia y Andrés Valenzuela, “Nuevas Perspectivas del Secreto Bancario en una Economía Globalizada” (Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile, 2003), 27.

⁴⁰² Alberto Brenes, *Tratado de las personas, quinta edición* (Costa Rica: Editorial Juricentro, 1998), 185.

Ferreira Rubio apunta que el derecho a la intimidad “está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño”⁴⁰³.

Por su parte, Bueno Gallardo citado por Quirós Ortiz:

*“Conduce a la construcción del derecho a la intimidad desde un enfoque constitucional, según el cual, se reconoce que existe una intimidad que es atribuible al ser humano, en donde se ubican todas las zonas corporales, espacios, estados psíquicos y anímicos, situaciones personales o en fin, datos o informaciones que pueden ser calificados como íntimos, pero luego, es necesario delimitar, “la intimidad constitucionalmente protegida”, para lograr una concreción de las actuaciones de terceros que inciden en el aspecto material del derecho”*⁴⁰⁴.

Pues bien, para la autora el derecho a la intimidad se define como “la prohibición de intromisiones o cesiones ilegítimas en el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida”. De lo que se puede inferir dos aspectos que configuran el contenido del derecho y son: “el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido” y “la prohibición de intromisiones o cesiones ilegítimas”⁴⁰⁵.

En este punto, para obtener una mejor comprensión de lo que se quiere decir, decidimos elaborar la siguiente figura, para poder interpretar el derecho en comento, derecho que nos posibilita vivir sin interferencias ilegítimas, esto es, aquel ámbito personal e íntimo que resguardamos del conocimiento de terceros, necesario para nuestro desarrollo personal, encontrándose este incluido dentro de los derechos de la personalidad, que como se comentó, nos permite gozar de todos los derechos humanos de forma libre, en igualdad y sin discriminación, por el solo hecho de ser personas humanas y gozar por tanto de

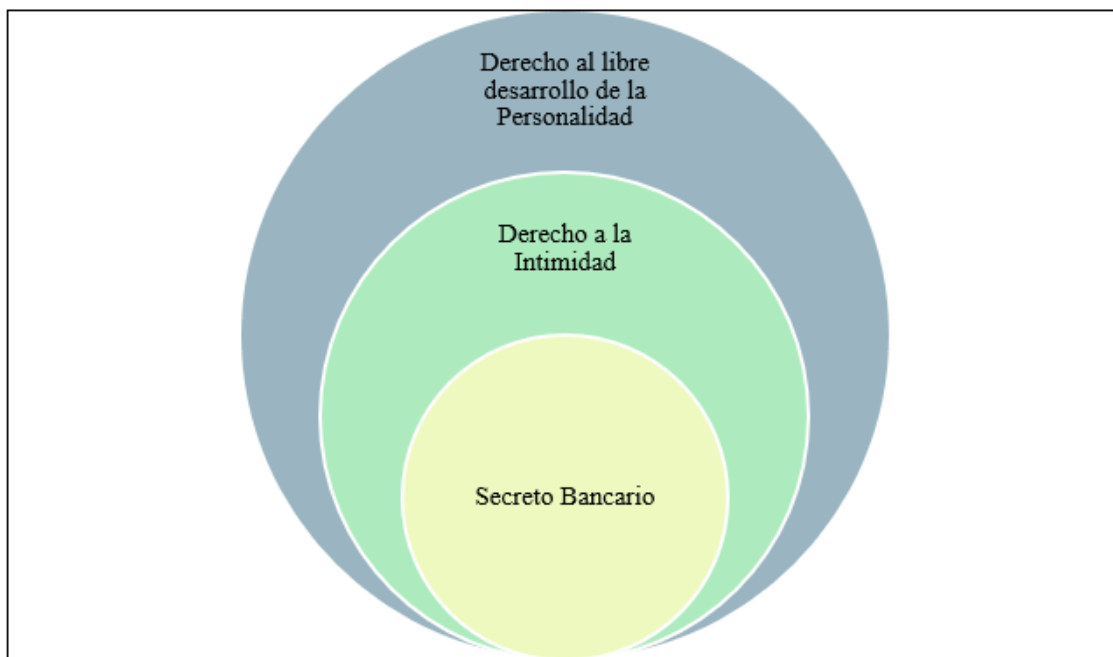
⁴⁰³ Delia Ferreira, *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982), 52.

⁴⁰⁴ Esther Bueno, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad* (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 24, citado en Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 418.

⁴⁰⁵ Esther Bueno, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad* (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 24, citado en Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 418.

dignidad. De ahí que, el derecho a la intimidad no puede ser limitado o perturbado en su contenido esencial.

Figura 3.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamento jurídico del derecho a la intimidad



Elaboración: Propia

Somos conscientes que, de lo antes expresado, lo llevará a preguntarse *¿puede entonces el derecho a la intimidad ser limitado en su contenido no esencial?*

La respuesta es afirmativa, pues como precisa Traverso Cuesta con quien estamos de acuerdo “el derecho fundamental a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario”⁴⁰⁶, he ahí la relación entre ambos derechos.

En esa línea, concordamos también con Ruiz García quien señala que:

“El secreto bancario no goza de una protección constitucional autónoma. Los datos que pudieran encontrarse bajo su órbita de influencia gozarán de protección en la medida en que puedan alojarse dentro del ámbito de la intimidad

⁴⁰⁶ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 320.

personal [...] en torno al ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida”⁴⁰⁷.

En ese mismo orden de ideas, precisa Quirós Ortiz que, la protección a la intimidad personal es la que se ubica como principio implícito en la mayoría de constituciones, y es recién “en su desarrollo que se pueden llegar a considerar implícitamente aquellos datos económicos en poder de los bancos”⁴⁰⁸. En ese sentido, para la referida autora, “el derecho a la intimidad se convierte en el presupuesto lógico y necesario para considerar que el secreto bancario, en alguna medida pueda ser tutelado constitucionalmente”⁴⁰⁹.

A propósito, el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 6712-2005-HC/TC, expresó que, “Proteger la intimidad implica excluir información referida a la vida privada de una persona, lo cual incluye comunicaciones, documentos y/o datos de tipo personal, del acceso de terceros”⁴¹⁰.

Llegado a este punto conviene precisar que, lo que nos ocupa no es la discusión doctrinaria sobre el derecho a la intimidad, que como se observa, contiene un amplio pronunciamiento por parte de la doctrina y que por más interesante que esta sea, nuestra investigación se enfoca concretamente en el secreto bancario, y es por esa razón, que hablamos del derecho a la intimidad cuya concreción de carácter económico se encuentra en el referido derecho.

En este extremo coincidimos con Traverso Cuesta quien sostiene que, en el caso del secreto bancario:

“No llega a conformar un derecho autónomo, puesto que se encuentra incluido dentro del derecho a la intimidad; no obstante, existen ciertas circunstancias en el que el deber de guardar confidencialidad sobre la información personal cede ante las necesidades de interés público o de la protección de otros derechos [...] Justamente, uno de los límites de este derecho se encuentra en el principio de

⁴⁰⁷ José Ruiz, *Secreto Bancario y Hacienda Pública* (España: Editorial Civitas, 1998), 58.

⁴⁰⁸ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 419.

⁴⁰⁹ Carol Angélica Quirós Ortiz de Mejía, “El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario” (tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2019), 419.

⁴¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, 17 de octubre de 2005.

solidaridad que es consustancial a todo Estado Social y Democrático de Derecho”⁴¹¹.

Al respecto del principio de solidaridad, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que:

“En materia tributaria, este principio se manifiesta como un deber al sostenimiento de los gastos públicos, que engloba, por un lado, el deber de contribuir a la detección de la falta de compromiso con las obligaciones tributarias; y, por el otro, a la promoción del bienestar general mediante la contribución equitativa al gasto público a través de la tributación”⁴¹².

Tomando en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional podemos agregar que, el referido principio, propio de todo Estado Social y Democrático de Derecho, busca identificar aquellos que escapan de la potestad tributaria del Estado, así como lograr el bienestar de la sociedad a través de la contribución equitativa al gasto social.

En esa línea, al surgir un conflicto de intereses, por una parte, los fines constitucionalmente legítimos de la administración tributaria y, por otra, el interés particular del contribuyente de mantener en reserva y proteger sus datos, la interpretación constitucional que se haga, deberá favorecer aquella que conlleve al sostenimiento del Estado.

En consecuencia, “si bien, en un primer momento el derecho al secreto bancario (cuyo sustento se encuentra en el derecho a la intimidad) puede aparecer como ilimitado, al oponerse al deber de contribuir y al principio de solidaridad, se proyectan, sobre aquel, diferentes restricciones”⁴¹³.

Finalmente, queda claro que no toda información protegida por el secreto bancario, será entendida como parte del ámbito esencial del derecho a la intimidad. Por ello, para una mayor precisión acudiremos a lo expuesto por nuestro Tribunal Constitucional en diferentes jurisprudencias, el cual desarrollaremos en el siguiente punto.

⁴¹¹ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 320.

⁴¹² Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0004-2004-AI/TC, 21 de setiembre de 2004.

⁴¹³ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N°47 (diciembre 2013): 322.

3.5.1. *El derecho a la intimidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*

Como se comentó en su oportunidad, el derecho a la intimidad se encuentra amparado constitucionalmente, garantizándose la intimidad personal y familiar. En tal sentido, creemos pertinente en este punto mencionar algunas sentencias del Tribunal Constitucional, en adelante TC, como máximo intérprete de la Constitución, quien se ha pronunciado sobre el significado, los alcances y la limitación del secreto bancario, el que es analizado desde el marco constitucional del derecho a la intimidad del cual deriva.

Empezaremos este punto citando la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 1219-2003-HD/TC, seguido por Nuevo Mundo Holding S.A., quien interpuso el recurso extraordinario contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la acción de hábeas data.

Sin ánimos de extendernos en la explicación de la sentencia, podemos mencionar que el asunto controvertido radica en que la referida empresa interpuso la acción de hábeas data contra la Superintendencia de Banca y Seguros, en adelante SBS, con el fin de recibir la información que le fue denegada por carta notarial en el año 2001.

Así pues, Nuevo Mundo Holding S.A. alega “la vulneración de su derecho de acceso a la información documentada”, dado que, no se le brindaron las copias de la documentación que funcionarios de la SBS en el Banco Nuevo Mundo, proporcionaron al Banco Interamericano de Finanzas. Asimismo, añade que su solicitud comprende las copias sobre datos informáticos, así como claves y/o contraseñas que le darían el acceso a documentación del Banco Nuevo Mundo que se les hubiese podido entregar.

Así las cosas, la SBS entre sus alegaciones sostiene que, “a su juicio la información bancaria requerida gozaría de la garantía del secreto bancario y que esta ha sido producida en el marco de una investigación legal”, la misma que se llevó a cabo como consecuencia de la intervención al Banco Nuevo Mundo, el que culminó en la apertura de un proceso penal al representante de Nuevo Mundo Holding S.A.

A este respecto, en el fundamento 9 de la referida sentencia, fundamento que es de nuestro interés por versar sobre la materia de nuestra investigación, se precisa que:

“La protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad - términos ambos que aquí se utilizan

como sinónimos- 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 intimidad⁴¹⁴, 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 sólo 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”⁴¹⁵.

Del sustrato anterior podemos entender que, el secreto bancario pretende resguardar del conocimiento de terceros, las operaciones que realizamos con las empresas del sistema bancario o financiero, siendo tales operaciones esa esfera que hace parte de nuestra vida personal.

Asimismo, en el segundo párrafo del referido fundamento, el TC asevera que el “secreto bancario es parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad en materia financiera”, y que para su conocimiento y levantamiento se deberá seguir lo precisado por nuestra Constitución.

Adicionalmente, el TC en el fundamento 10 precisa lo siguiente:

“Como antes se ha sostenido, mediante el secreto bancario se garantiza la intimidad en materia financiera⁴¹⁶, es decir, que las operaciones realizadas por los clientes de una empresa financiera o bancaria sean manejadas con discreción y confidencialidad. [...] la efectividad de ese derecho a la intimidad financiera y bancaria impone obligaciones de diversa clase a quienes tienen acceso, por la naturaleza de la función y servicio que prestan, a ese tipo de información. En primer lugar, a los entes financieros y bancarios, con quienes los particulares, en

⁴¹⁴ El subrayado es nuestro.

⁴¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, 21 de marzo de 2004.

⁴¹⁶ El subrayado es nuestro.

*una relación de confianza, establecen determinada clase de negocios jurídicos. En segundo lugar, a la misma Superintendencia de Banca y Seguros, que, como organismo supervisor del servicio público en referencia, tiene acceso a determinada información, a la que, de otro modo, no podría acceder*⁴¹⁷.

Como se observa, es a través del secreto bancario que se asegura el derecho a la intimidad financiera, el mismo que, según refiere el TC, despliega obligaciones para quienes tiene acceso a este, tal es el caso de las entidades financieras y bancarias con quienes realizamos las operaciones bancarias, no obstante, no son estos los que ostentan la titularidad de tal derecho, toda vez que, los son los propios sujetos, sean personas naturales o jurídicas, quienes, depositando su confianza, celebran los actos jurídicos con dichas entidades financieras, por lo que, su levantamiento si no es dispuesto por el propio titular, lo será “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”.

En el mismo sentido, el TC ha precisado en la sentencia N.º 0009-2014-PI/TC, donde más de 5 mil connacionales interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley N.º 29720 – “Ley que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales”, por considerar entre sus alegaciones que “el referido artículo vulnera el derecho a la intimidad y, concretamente, la privacidad de datos económicos, el secreto bancario y la reserva tributaria, dado que, atribuye a la documentación contable, la condición de información de acceso público”.

Por su lado, el Congreso de la República contesta la demanda señalando entre sus argumentos que, la finalidad es la transparencia, de ahí el porqué de “publicitar la situación financiera de aquellas empresas que no participan en el mercado de valores, pero que ostentan un considerable flujo económico”, por lo que, buscan prevenir a través de la referida ley la comisión de fraude fiscal como la evasión tributaria.

Así las cosas, el TC en su fundamento 12 concluye que, “la reserva tributaria y el secreto bancario forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad⁴¹⁸, o, como se le ha denominado, a poseer una intimidad”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, 21 de marzo de 2004.

⁴¹⁸ El subrayado es nuestro.

⁴¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 00009-2014-PI/TC, 4 de marzo de 2016.

Lo que nos permite a nosotros comprender que, efectivamente el secreto y la reserva tributaria, son manifiesta expresión del derecho a la intimidad, y que, si bien se encuentran constitucionalmente reconocidos como parte de este último, son pasibles de ser limitados en supuestos excepcionales, puesto que, no hacen parte del núcleo esencial de este derecho.

Respecto a este extremo, en el fundamento 16 de la sentencia en comento, el TC ha sostenido lo siguiente:

*“Que el secreto bancario y la reserva tributaria constituyan la concreción, en el plano económico, de una manifestación del derecho a la intimidad no quiere decir que sean absolutos”*⁴²⁰, pues como especifica el inciso 5 del artículo 2 de la propia Norma Fundamental, concordante con su artículo 97, es posible que estos derechos sean objeto de intervenciones en supuestos excepcionales, “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”. Todos ellos, con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”⁴²¹.

De igual modo, la sentencia N.º 0004-2004-AI/TC, en la cual se cuestiona la Ley N.º 28194, ley que deroga los Decretos Legislativos N.º 939 y N.º 947, por suponer en su artículo 17 una vulneración al secreto bancario, toda vez que, concede a la Sunat el permiso para acceder de forma directa a datos bancarios de las personas, cuando la Norma Fundamental sólo contempla situaciones específicas en los que procede el levantamiento.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que, “en lo concerniente al derecho fundamental a la intimidad, se debe distinguir entre aquella esfera protegida que no admite limitación alguna, *contenido esencial del derecho*, de aquella otra que sí admite limitaciones, *contenido no esencial*”. Así pues, en su fundamento 37 señala lo siguiente:

*“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*⁴²²: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2º7 de la Constitución, hace

⁴²⁰ El subrayado es nuestro.

⁴²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 00009-2014-PI/TC, 4 de marzo de 2016.

⁴²² El subrayado es nuestro.

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”⁴²³.

De la misma manera, el TC sostuvo en su fundamento 39 que:

“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”⁴²⁴.

Los alcances de esta interpretación nos permiten comprender que la vulneración del secreto bancario que se encuentra prohibida por nuestra Carta Magna, sólo están referidas a aquellas que quiebren la esfera íntima del individuo. Por tal razón, el conocimiento por parte de nuestra autoridad tributaria de datos e información protegidos por el referido derecho, no supone su vulneración, en tanto que, sirve a valores supremos en el orden constitucional. Además, que su acceso permitiría efectuar una debida fiscalización y así garantizar el referido “principio de solidaridad contributiva”, recogido tácitamente en el artículo 43 de la Constitución que reconoce al Perú como un Estado Social y Democrático de Derecho.

⁴²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0004-2004-AI/TC, 21 de setiembre de 2004.

⁴²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0004-2004-AI/TC, 21 de setiembre de 2004.

3.6. La necesaria reforma constitucional al último párrafo del inciso 5 artículo 2 de la Constitución Política

Como lo hemos expuesto anteriormente, la institución del secreto bancario en el Estado peruano es regulado en dos disposiciones constitucionales; siendo uno de ellos, el inciso 5 del artículo 2, el cual reconoce el derecho fundamental al acceso a la información pública, y el otro lo encontramos en el artículo 97, sobre la función de fiscalización que tiene el Congreso, y será respecto de la primera disposición que centraremos nuestra propuesta legislativa sobre el secreto bancario, la misma que acompañamos en los anexos de la presente investigación.

Ahora bien, de todo lo esbozado en este último capítulo y dada la realidad actual en la que nos encontramos inmersos, esto es, una sociedad cada vez más globalizada, donde las oportunidades de elusión o fraude fiscal no se han hecho esperar, resulta evidente la necesidad de proponer una “Ley de reforma constitucional al último párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución”, donde se faculte a la SUNAT a efectuar el develamiento del secreto bancario en el ejercicio de sus facultades conferidas.

Estamos seguros que una reforma constitucional de este tipo permitirá un efectivo intercambio de datos tributarios en el marco de la CAAMMT, del cual somos parte. Lo que también traería como consecuencia es nuestro ingreso a la OCDE, incorporación que venimos persiguiendo desde hace mucho tiempo.

Es pertinente destacar que, en los últimos años se han presentado muchas iniciativas de reforma constitucional que proponían levantar el secreto bancario. Así, por ejemplo, por parte del Contralor General de la Contraloría General de la República, así como de la Unidad de Inteligencia Financiera, por sus siglas UIF, que hace parte de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP. Sin embargo, hemos de advertir que son muy escasas las propuestas donde se faculte a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) a efectuar tal levantamiento.

En ese sentido, de la revisión de algunos proyectos de reforma constitucional al artículo 2 inciso 5, los cuales comentaremos brevemente en este punto, daremos a conocer el nuestro, siguiendo los pasos de la Guía metodológica para la elaboración de iniciativas legislativas del Congreso, el mismo que será anexado al presente trabajo de investigación.

En el año 2002, la Congresista Susana Higuchi Miyagawa, preparó el Proyecto de Ley N.º 2523/2002-CR, a través del cual se buscaba incluir a la UIF como autoridad competente para levantar el secreto bancario y lograr que conozca información financiera de forma directa, previniéndose posibles dilaciones⁴²⁵.

A tal efecto, el texto del proyecto se planteó de la siguiente manera:

“ARTICULO 2 Toda persona tiene derecho:

[...] El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, de la Unidad de Inteligencia Financiera o de una Comisión Investigadora del Congreso de la República, con arreglo a ley”.

Otro proyecto de ley en el mismo año, fue el Proyecto N.º 3202-2002-CR presentado por el Congresista Wilmer Rengifo Ruiz, que al igual que el anterior propiciaba que la UIF sea quien levante el secreto bancario, con lo cual se lograría una mayor actuación de la institución y una efectiva detección de aquellos infractores de la Constitución y las leyes⁴²⁶.

Al respecto, el texto del proyecto se planteó de la siguiente manera:

“ARTICULO 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 este pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten 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, de la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú, o de una Comisión investigadora del Congreso, con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

El Proyecto de Ley N.º 7602/2002-CR presentado por el Congresista Javier Diez Canseco Cisneros, es uno de los que llama nuestra atención por incorporar en su proyecto de

⁴²⁵ Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 169.

⁴²⁶ Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 172.

reforma constitucional a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).

Se precisa en la exposición de motivos que de nada sirve tener entes fiscalizadores como la SUNAT o la UIF, si no cuentan con los mecanismos necesarios para desplegar sus funciones. Por lo que, se propuso ampliar a través del referido proyecto, “la facultad de levantamiento del secreto bancario, así como el secreto bursátil, ya que, se han tornado en medios para ocultar o lavar dinero mal habido”⁴²⁷.

Cuadro 3.1. Antecedentes de iniciativas sobre levantamiento del secreto.

PROYECTO DE LEY	TÍTULO	SUMILLA	ÚLTIMO ESTADO
07602/2002-CR	Ley de reforma constitucional que modifica el último párrafo del artículo 2°, inciso 5 de la Constitución Política referido al levantamiento del Secreto Bancario.	Propone modificar el último párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política, en los siguientes términos: "El secreto bancario, la reserva tributaria y la reserva bursátil pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, de una comisión investigadora del Congreso, de una comisión o subcomisión investigadora del Congreso, de la Unidad de Inteligencia Financiera o de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, con arreglo a Ley y siempre que se refieran a un caso cuya investigación sea de su competencia".	Archivo
11074/2004-CR	Ley de Reforma Constitucional del inciso 5 del artículo 2 y el artículo 117 de la Constitución Política del Perú	Propone modificar el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, referente al secreto bancario de los altos funcionarios y el artículo 117°, "posibilidad de investigar al presidente de la República y altos funcionarios".	Archivo

Fuente: Página web del Congreso de la República

Elaboración: Comisión de Constitución y Reglamento

⁴²⁷ Marco Falconi Picardo, “El secreto bancario: mitos y realidades” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, 2004), 187-188.

CONCLUSIONES

Acorde al análisis efectuado en el presente trabajo de investigación, nos parece oportuno mencionar las conclusiones a las que arribamos y que a continuación se detallan:

1. Que, de la aplicación del intercambio de información de la CAAMMT se producen efectos jurídicos positivos para el Estado peruano, tales como:
 - *Desde el punto de vista económico*, se permite una mejor recaudación tributaria, dado que, la SUNAT como autoridad competente, puede acceder de forma efectiva a determinada información que mejora los esfuerzos en su lucha contra la elusión y evasión tributaria, permitiendo que se logren mejores niveles de recaudación provenientes de operaciones internacionales.
 - *Desde el punto de vista administrativo*, la SUNAT se torna en una Administración Tributaria de primer nivel moderna y digitalizada de la región, con un elevado grado de modernidad en su infraestructura tecnológica de cara a la aplicación del intercambio de información.
 - *Desde el punto de vista político*, la promulgación de disposiciones legales para la implementación del intercambio de información en el país, representa el consenso alcanzado entre el Legislativo y el Ejecutivo, lo que refleja nuestro fuerte compromiso en dar cumplimiento a los estándares internacionales y las recomendaciones de la OCDE.
 - *Desde el punto de vista social*, el intercambio de información sirve de elemento disuasivo, dado que, fomenta indirectamente el cumplimiento oportuno frente al latente temor de los evasores a ser descubiertos.

2. En la presente investigación se concluye que, no se afectan los derechos de los contribuyentes con la aplicación del EOI, puesto que, la CAAMMT en su artículo 21.1 protege a las personas y establece los supuestos donde no existe la obligación de prestar asistencia, en ese mismo sentido, su artículo 22.1 protege la información obtenida por una de las partes conforme a la convención, la misma que adoptará el carácter de información secreta.

Asimismo, los principios aplicables al EOI, son también límites que conducen la actuación de los sujetos partícipes al momento de recepcionar y remitir datos con relevancia tributaria. Y, en cuanto a nuestro derecho interno, los principios del sistema tributario peruano estipulados en el artículo 74 de la Constitución de 1993 representan un verdadero límite al poder tributario.

3. Sostenemos que, es necesaria una reforma al último párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política, que faculte a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) a efectuar el levantamiento del secreto bancario, lo que permitirá:
 - Tener acceso a información financiera que antes se encontraba asegurada por el secreto bancario, fundándose no solo en razones de alcanzar un permanente flujo recaudatorio, sino también en el combate de la informalidad y la evasión tributaria al detectar de forma oportuna tales casos.
 - Que no se objete la constitucionalidad del acceso de la SUNAT, siendo el propio Tribunal Constitucional el que ha establecido que el secreto bancario es pasible de ser limitado, con lo cual se acabaría la eterna discusión en la doctrina nacional de si su acceso por parte de la SUNAT vulnera el derecho fundamental al secreto bancario.
 - Lograr nuestra incorporación como miembro pleno a la OCDE, permitiéndonos fortalecer nuestras instituciones, gozar de una mayor credibilidad y reconocimiento internacional lo que se traduciría en una garantía para la inversión de empresas extranjeras, quienes verían con buenos ojos al país.
 - Lograr el reconocimiento internacional de ser una administración de primer nivel, capaz de levantar el secreto bancario de sus contribuyentes, no resultando lesivo al derecho fundamental a la intimidad en su ámbito constitucional esencial.
4. De la revisión efectuada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, concluimos que, el secreto bancario y la reserva tributaria, si bien forman parte del derecho a la intimidad, cuyo titularidad la ostenta la persona natural o

jurídica que lleva a cabo operaciones con las empresas bancarias o financieras, se advierte que, no son absolutos, por lo que, ceden en determinadas circunstancias como el referido al interés legítimo del Estado de alcanzar una efectiva recaudación tributaria y al principio de solidaridad, recogido tácitamente en el artículo 43 de la Constitución que reconoce al Estado peruano como un Estado Social y Democrático de Derecho.

5. Finalmente, nuestro compromiso con el Programa País de la OCDE a fines del 2014, que conllevó a que el gobierno adopte instrumentos, como el Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (CAAMMT), evidencia que esta es más ventajosa que otros de naturaleza bilateral o regional. Por esa razón sostenemos que, dentro del contexto y las exigencias de un mundo globalizado, aunado al avance tecnológico experimentado en las últimas décadas, el Intercambio de Información se torna en la herramienta más idónea para alcanzar una mayor cooperación y colaboración internacional entre las Administraciones Tributarias de los Estados.

RECOMENDACIONES

Considerando la importancia que tiene la presente investigación en la actualidad, se formulan algunas sugerencias a los contribuyentes, a la Administración Tributaria y al legislador; por lo que, se exponen a continuación las siguientes recomendaciones:

1. A los contribuyentes:

- Comprender la trascendencia que tiene el intercambio de información para el Estado peruano, como una poderosa herramienta de cooperación internacional entre Administraciones Tributarias, que permite la detección efectiva de casos de evasión y elusión tributaria, así como de la protección que el instrumento ofrece a quienes pueden operar en diferentes jurisdicciones.
- Cumplir con las obligaciones tributarias que hacen parte del buen actuar de las entidades mercantiles y de la cultura tributaria.
- Tener la certeza de que, si bien la SUNAT puede acceder a información financiera de sus contribuyentes, esta está sujeta a una confidencialidad, pues su único fin es verificar que las obligaciones tributarias se estén cumpliendo correctamente, no siendo lesionados sus derechos fundamentales.

2. A la Administración Tributaria:

- Respetar los límites establecidos al EOI para evitar un uso desmedido e injustificado de la herramienta y que bajo este pretexto se intercambie información de los obligados de forma indiscriminada.
- Realizar campañas de difusión, a fin de que la sociedad tome conocimiento sobre los beneficios de su aplicación y que, ante la eventualidad de ser sujetos de un procedimiento de intercambio, sepan cuál es el alcance del mismo.

3. Al legislador:

- Considerar nuestra propuesta de reforma constitucional que acompañamos en los anexos de la investigación, que faculta a la SUNAT a levantar el secreto bancario, porque si bien se han realizado modificaciones a la

legislación interna a través de decretos legislativos, sostenemos que, una reforma constitucional logrará terminar con la discusión actual de si es o no constitucional que la SUNAT levante el secreto bancario.

- Regular de forma clara en la legislación interna los derechos de los contribuyentes, así como sus garantías de quienes son partícipes en un procedimiento de EOI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agencia peruana de noticias Andina, “Sunat recibe información financiera de más de 42,000 peruanos en el exterior,” Andina, <https://andina.pe/agencia/noticia-sunat-recibe-informacion-financiera-mas-42000-peruanos-el-exterior-874133.aspx>
- Aguilar, Federico. “Intercambio de información en materia tributaria”, El Financiero, <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/imcp/intercambio-de-informacion-en-materia-tributaria/>
- Aguirre, María, Jopia, Felipe y Andrés Valenzuela. 2003. Nuevas Perspectivas del Secreto Bancario en una Economía Globalizada. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile.
- Agulló, Antonia. 1988. Intercambio de información tributaria y derecho de información Notas sobre la incorporación al Derecho interno de las Directivas Comunitarias en materia de intercambio de información. *Revista Noticias de la Unión Europea N°46*.
- Alva, Mario. “¿Cómo opera la reserva tributaria?” Blog de Mario Alva Matteucci, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2016/08/03/como-opera-la-reserva-tributaria/>
- APCI, “Concepto de Cooperación Internacional,” Agencia Peruana de Cooperación Internacional, <http://portal.apci.gob.pe/index.php/cooperacion-tecnica-internacional2/conceptos>
- Araki, Satoru. “La Cooperación Regional y el Intercambio de Información entre las Administraciones Tributarias,” CIAT <https://www.ciat.org/la-cooperacion-regional-y-el-intercambio-de-informacion-fiscal-entre-las-administraciones-tributarias/>
- Arias, Fidas. *El proyecto de investigación: Introducción a la investigación científica Quinta Edición*. Venezuela: Editorial Episteme.
- Arias, Isaac. “Intercambio de información y las expediciones de pesca”, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), <https://www.ciat.org/intercambio-de-informacion-y-las-expediciones-de-pesca/>

- Arnillas, Carlos. “El reino de Pepe el vivo: informalidad, ilegalidad, corrupción y evasión tributaria” El Montonero primer portal de opinión del Perú, <https://elmontonero.pe/columnas/el-reino-de-pepe-el-vivo>
- Atencio, Lizz y Rimachi, Karen. 2019. La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua y sus Efectos en Materia Tributaria Fiscal entre el Perú y O.C.D.E - Periodo 2018. Tesis para optar el título de Contador Público., Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión.
- Azaustre, María José. 2001. *El secreto bancario*. España: J.M. Bosch Editor.
- Barrantes, Rodrigo. 2007. *Investigación: un camino al conocimiento. Un enfoque cuantitativo y cualitativo*. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Barreix, Roca y Velayos. 2016. *Breve historia de la transparencia tributaria*. EEUU: Banco Interamericano de Desarrollo.
- BID, CIAT, OCDE, CEPAL. 2021. *Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2021*. París: OCDE, <https://doi.org/10.1787/96ce5287-en-es>
- Brenes, Alberto. 1998. *Tratado de las personas, quinta edición*. Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Bueno, Esther. 2009. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bustamante, María. 2002. Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (impuestos indirectos e IVA). *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales N°23*: 9.
- _____. 2014. *Intercambio de Información 3ª Edición*. España: IEF.
- Calderón, José. 2000. *El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información*. España: Instituto de Estudios Económicos de Galicia Barrié de la Maza.
- _____. 2000. *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. España: Centro de Estudios Financieros.
- _____. 2001. *Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributaria*. España: IEF.
- _____. 2006. *Intercambio de Información y asistencia mutua*. Bilbao: Ed. CissPraxis.

- _____. 2010. *Intercambio de Información y asistencia mutua en la obra colectiva Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. España: CISS.
- _____. 2012. Intercambio de Información y asistencia mutua. *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*: 47.
- Carranza, Jorge. 1975. *Los medios masivos de comunicación y el derecho privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad*. Buenos Aires: Lerner.
- Centrone, Cosimo. 1974. Appunti sulla tutela penale del segreto bancario. *Archivio Penale*: 21.
- CEPLAN, “Perú 2021: País OCDE”, Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, <https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/archivos/public/docs/documentoocde.pdf>
- Cervini, Raúl y Adriasola, Gabriel. 2012. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional: fisco y derecho a la intimidad. Las presiones de la OCDE. Acuerdos de intercambio de información*. Argentina: BdeF.
- Cervini, Raúl. Tribulaciones del Secreto Bancario Uruguayo. *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*: 7.
- CESIP, “¿Qué es la OCDE?”, Congreso de la República del Perú, <https://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/OCDE/QueOCDE/>
- _____, “El Perú y la OCDE”, Congreso de la República del Perú, <https://www.congreso.gob.pe/comisiones2017/OCDE/?K=21939>
- Christensen, John y Murphe, Richard. 2005. *Tax us if you can 2 Edition*. England: Tax Justice Network, https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TUIYC_2012_FINAL.pdf
- Collosa, Alfredo. “Digitalización de las Administraciones Tributarias y la necesaria simplificación de los sistemas tributarios,” Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, <https://www.ciat.org/digitalizacion-de-las-administraciones-tributarias-y-la-necesaria-simplificacion-de-los-sistemas-tributarios/>

- Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, “Manual para la Aplicación de las Disposiciones Relativas al Intercambio de Información con Fines Tributario”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814482.pdf>
- Congreso de la República, “Operaciones Neutras” Congreso de la República, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F38DB95D9C54C9D505257A950069A6A4/\\$FILE/Unidad_11.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F38DB95D9C54C9D505257A950069A6A4/$FILE/Unidad_11.pdf)
- Congreso de la República, “Operaciones Pasivas” Congreso de la República, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C3FE88449579816E05257A95006C83A2/\\$FILE/Unidad_10.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C3FE88449579816E05257A95006C83A2/$FILE/Unidad_10.pdf)
- COPREDEH, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su versión comentada,” <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Policos.pdf>
- Cordón, Teodoro. 2014. Los Derechos de los contribuyentes en el intercambio de información entre Administraciones tributaria. *Revista de la facultad de Derecho PUCP N°72* (marzo): 15.
- Córdova, Norman. “MEF: evasión tributaria alcanza el 36% del IGV y el 57% del Impuesto a la Renta,” Agencia peruana de noticias Andina, <https://andina.pe/agencia/noticia-mef-evasion-tributaria-alcanza-36-del-igv-y-57-del-impuesto-a-renta-719696.aspx>
- CORTEIDH “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Creimer, Israel y López, Oscar. 1995. *Secreto Bancario en el Uruguay*. Uruguay: Editorial Cultura Universitaria.
- Cruz, Miguel. 2005. El intercambio de información y el fraude fiscal. *Revista Información Comercial Española, ICE N°825*: 174.
- Debelva, Filip y Diepvens, Niels. 2016. Exchange of Information. An Analysis of the Scope of Article 26 OECD Model and Its Requirements: In Search for an Efficient but Balanced Procedure. *Intertax, Issue 4*: 304

Defensoría del Pueblo, “La reserva tributaria y los alcances de la Resolución Defensorial N.º 058-99/DP,” Defensoría del Pueblo del Perú, https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_45.pdf

Del Cerro Gómez, Isabel. “Operaciones pasivas de los bancos: depósitos e inversiones,” Ciberconta, <http://www.ciberconta.unizar.es/Leccion/opasban/INICIO.html>

Diario Gestión, “peruanos tendrán que demostrar el origen de sus depósitos ante fiscalización de la SUNAT,” Facebook, <https://www.facebook.com/Gestionpe/posts/palmer-de-la-cruz-intendente-nacional-de-estrategias-y-riesgos-de-la-sunat-expli/4189695937715286/>

Diario oficial El peruano, “Bancos reportarán información de cuentas por más de S/ 30.800.00,” El peruano, <https://elperuano.pe/noticia/120601-bancos-reportaran-informacion-de-cuentas-por-mas-de-s-30800>

Diario oficial El peruano, “Reglamento que establece la información financiera que las empresas del sistema financiero deben suministrar a la SUNAT para el combate de la evasión y elusión tributarias Anexo – Decreto Supremo N° 430-2020-EF,” Ministerio de Economía y Finanzas, <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/reglamento-que-establece-la-informacion-financiera-que-las-e-anexo-ds-n-430-2020-ef-1916803-1>

Diccionario del Español Jurídico, “Derecho a la intimidad,” ConceptosJurídicos.com, <https://www.conceptosjuridicos.com/derecho-a-la-intimidad/>

El peruano, “Perú ratifica firme aspiración de ser miembro de OCDE,” Diario oficial El Peruano, 10 de octubre de 2021, sección Política, <https://elperuano.pe/noticia/130858-peru-ratifica-firme-aspiracion-de-ser-miembro-de-ocde>

_____, “Recaudación tributaria creció 88.2% en agosto”, El Peruano, 3 de setiembre de 2021, sección Economía, <https://elperuano.pe/noticia/128255-recaudacion-tributaria-crecio-882-en-agosto#:~:text=02%2F09%2F2021%20En%20agosto,Aduanas%20y%20de%20Administraci%C3%B3n%20Tributaria>

Falconi Picardo, Marco. 2004. El secreto bancario: mitos y realidades. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María.

- Fernández, Fernando. 2006. *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea*. España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Ferreira, Delia. 1982. *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- _____. 2007. *La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el intercambio de información tributaria*. España: Ed. Atelier.
- Foro Global de la OCDE sobre Transparencia e Intercambio de Información, “Automatic Exchange of Financial Account Information”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, [Automatic-Exchange-Financial-Account-Information-Brief.pdf \(oecd.org\)](#)
- _____, “Foro Global sobre Transparencia Fiscal impulsa la cooperación internacional contra la evasión de impuestos”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/newsroom/el-foro-global-sobre-transparencia-fiscal-impulsa-la-cooperacion-internacional-contr-la-evasion-de-impuestos.htm>
- Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE. 2021. *Transparencia Fiscal en América Latina 2021 Informe de Progreso de la Declaración de Punta del Este*. Uruguay: Foro Global de la OCDE.
- Frías Arce, María. 2018. Consideraciones sobre la Asistencia Administrativa mutua en materia fiscal. Tesis para optar el título de Abogado., Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
- Gallardo, Eliana. 2017. *Metodología de la Investigación: manual auto informativo interactivo*. Perú: Universidad Continental.
- Gamarra, Ronald, Uceda, Ricardo y Gianella, Gonzalo. 2011. *Secreto profesional: Análisis y perspectiva desde la medicina, el periodismo y el derecho*. Perú: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.
- Garde, María. 2012. *Eficacia del intercambio de información tributaria entre Estados*. España: Ed. Atelier.
- Gómez, Juan y Morán, Dalmiro. 2020. *Estrategias para abordar la evasión tributaria en América Latina y el Caribe: Avances en su medición y panorama de las medidas*

recientes para reducir su magnitud serie Macroeconomía del Desarrollo, N° 215.
Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Gómez-Pomar, Julio. 1994. Presente y futuro del intercambio de información y la asistencia mutua en las relaciones fiscales internacionales. *Crónica Tributaria N°71*: 59-74.

Gonzáles, Jaime. 1972. *El derecho a la intimidad privada*. Chile: Editorial Andrés Bello.

Guerrero Hernández, Uri. 2019. El Secreto Bancario frente al derecho de acceso a la información: Caso Bancomext. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Guillén, María José. 1997. *El secreto bancario y sus límites legales: límites de derecho público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hernández, Roberto, Fernández, Carlos y Baptista, Pilar. 2014. *Metodología de la investigación Sexta Edición*. México: Ed. Mc Graw Hill.

Hortalá, Joan. 2007. *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*. España: Thomson Arazandi.

Iglesias, Manuel. 1970. El derecho a la intimidad. *Editorial Universidad de Oviedo*: 21.

Imaoka Hojyo, Liliam. 2013. Análisis jurídico del acuerdo modelo sobre intercambio de información en materia tributaria de la OCDE: ¿Hacia una nueva tendencia en el intercambio de información? Tesis Doctoral., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

INEI, “Panorama de la Economía Peruana 1950 - 2019 Base 2007,” Instituto Nacional de Estadística e Informática, https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1726/Libro.pdf

Infolaney, “Sunat crea nueva unidad para cumplir parámetros de la OCDE,” Laney Business Management Solutions, <https://www.bloglaney.com/blog/2017/07/11/sunat-crea-nueva-unidad-cumplir-parametros-la-ocde/>

Instituto Peruano de Economía, “¿Cómo incrementar los ingresos del Estado?,” Informe IPE – El Comercio <https://www.ipe.org.pe/portal/como-incrementar-los-ingresos-del-estado/>

Jiménez de Parga, Rafael. 1969. El secreto bancario en el Derecho español. *Revista de Derecho Mercantil* N°113: 384.

Latindadd, “Fraude fiscal causa pérdidas por US\$ 483 mil millones cada año,” Latindadd: Red Latinoamericana por Justicia Económica y Social, <https://www.latindadd.org/2021/11/16/fraude-fiscal-perdidas-por-us-483-mil-millones-cada-ano/>

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. 2016. Perú: Congreso de la República, artículo 2, numeral 1, literal a.7.

_____, “¿En qué consiste la asistencia administrativa mutua en materia tributaria por parte de SUNAT?”, Blog de Mario Alva Matteucci, [http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2017/02/15/en-que-consiste-la-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-tributaria-por-parte-de-sunat/#:~:text=c\)%20La%20asistencia%20en%20el,a%20la%20fecha%20de%20notificaci%C3%B3n](http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2017/02/15/en-que-consiste-la-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-tributaria-por-parte-de-sunat/#:~:text=c)%20La%20asistencia%20en%20el,a%20la%20fecha%20de%20notificaci%C3%B3n).

Martínez, Adolfo.1999. *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community, An Institutional and Procedural Analysis*. London: Kluwer Law International.

Martínez, Luis 2008. *La protección jurídica del contribuyente*. España: IUSTEL.

_____. 2014. *Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la Unión Europea*. España: Universidad de Alicante.

Mcauley, Brian. 2014. *Role of international organizations in Exchange of Information and Combating Tax Crime*, en F. García, *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*. España: IEF.

Mejan, Luis. 2000. *El secreto bancario Tercera Edición*. México: Editorial Porrúa.

Mejía, Víctor. “Hobbes, Leviatán y el acceso a la información financiera para fines fiscales”, Blog de Tributación de la Universidad de Lima, <https://www.ulima.edu.pe/posgrado/maestrias/mtpf/blog/hobbes-leviatan-informacion-financiera>

- Mendoza, Raúl. 2014. El principio tributario de igualdad, generalidad, proporcionalidad y la sociedad en el Perú. *Revista Quipuramayoc de la Facultad de Ciencia Contables de la UNMSM Vol 22 N°42* (octubre): 106.
- Merino, María y Nocete, José. 2011. El Intercambio de información tributaria: Entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses. *Crónica Tributaria N°139*: 140.
- _____. 2011. El intercambio de Información Tributaria en el Derecho Internacional Europeo y Español. *Instituto de Estudios Fiscales*: 5.
- Molle, Giacomo. 1966. *I contratti bancari*. España: Giuffré Editora, 1966.
- Moreno, Saturnina. 2017. *El intercambio automático de información tributaria y la protección de datos personales en la Directiva 2011/16/UE. Avances y temas pendientes*. España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Naciones Unidas, “La Declaración Universal de Derechos Humanos,” <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Nota de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas, “El Perú ha adoptado las mejores prácticas y estándares internacionales en el marco de la lucha contra la evasión y elusión,” Ministerio de Economía y Finanzas, https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101108&view=article&catid=100&id=6850&lang=es-ES
- Nota de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas, “La economía peruana registrará uno de los mayores crecimientos a nivel mundial entre el 2021 y 2022 y fortalecerá sus cuentas fiscales,” Ministerio de Economía y Finanzas, https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101108&view=article&catid=100&id=7134&lang=es-ES
- Núñez Fernández-Baca, Mauricio. 2019. 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 Desarrollo Económico (OCDE). Tesis de Maestría, Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.
- OCDE, “¿Quiénes somos?”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/acerca/>

- _____, “Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria”, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/37975122.pdf>
- _____, “Convención de la OCDE”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/acerca/documentos/convenciondelaocde.htm>
- _____, “Convención Multilateral sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/>
- _____, “Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal Art. 4”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ESP-Amended-Convention.pdf>
- _____, “La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo,” Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/latin-america/paises/peru/>
- _____, “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio Artículo 26.1”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.gloabal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf>
- _____, “Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/36647823.pdf>
- _____, “Perú se adhiere a dos importantes instrumentos de la OCDE: La Convención Anti-Cohecho y la Convención multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/newsroom/peru-se-adhiere-a-dos-importantes-instrumentos-de-la-ocde-la-convencion-anti-cohecho-y-la-convencion-multilateral-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal.htm>
- _____, “Primera edición del informe Transparencia Fiscal en América Latina 2021,” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos,

<https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/transparencia-fiscal-y-intercambio-de-informacion-ayudan-gobiernos-latinoamericanos-a-combatir-los-delitos-financieros-y-movilizar-recursos.htm>

_____. “The OECD and Latin America & the Caribbean. La OCDE y Perú: Una relación de beneficio mutuo”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Peru - Organisation for Economic Co-operation and Development (oecd.org)

_____. 2006. *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes*. París: OECD.

_____. 2010. *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio Versión Abreviada*. Instituto de Estudios Fiscales, <https://www.globbal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf>

_____. 2019. *Lucha contra los delitos fiscales: los diez principios globales*. Ebook. París: OCDE. www.oecd.org/tax/crime/lucha-contra-los-delitos-fiscales-los-diez-principios-globales.pdf

Pacheco, Guillermo. 1996. *El secreto en la vida jurídica, bancario, notarial, servidores públicos, religioso, información privilegiada Segunda Edición*. México: Editorial Porrúa.

Pardinas, Felipe. 1988. *Metodología y técnicas de investigación en Ciencias Sociales*. México: Editorial: Siglo XXI.

Patón, Gemma. 2011. *La Dimensión del Intercambio de Información en los Convenios Fiscales Internacionales*. España: Thomson Reuters.

Paz, María. “¿Y de qué sirve ser un país OCDE?” Diario El definido [¿Y de qué sirve ser un país OCDE? \(eldefinido.cl\)](http://eldefinido.cl)

Pecho, Miguel. 2004. El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional. *Revista Derecho PUCP* N°72: 41.

Pita, Claudino. 2007. El intercambio de informaciones tributarias como instrumento de contención de la competencia desleal a nivel internacional. *Banco Interamericano de Desarrollo* (enero): 27.

- Porporatto, Pablo. "Derechos y garantías de los contribuyentes en relación al intercambio de información de índole tributaria y sus nuevos paradigmas. Parte I," Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, <https://www.ciat.org/derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-ndole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i/>
- Proinversión, "Inversión Extranjera Directa," Banco Central de Reserva del Perú, [https://www.investinperu.pe/es/clima/inversion-extranjera/inversion-extranjera-directa#:~:text=El%20Banco%20Central%20de%20Reserva%20del%20Per%C3%BA%20\(BCRP\)%20report%C3%B3%20para,emergencia%20por%20la%20COVID%2D19.](https://www.investinperu.pe/es/clima/inversion-extranjera/inversion-extranjera-directa#:~:text=El%20Banco%20Central%20de%20Reserva%20del%20Per%C3%BA%20(BCRP)%20report%C3%B3%20para,emergencia%20por%20la%20COVID%2D19.)
- Quirós Ortiz de Mejía, Carol. 2019. El Intercambio Internacional de Información Tributaria: Secreto Bancario. Tesis Doctoral., Universidad de Castilla La Mancha.
- Redacción Gestión, "Perú se encamina a ser miembro de la OCDE," Diario Gestión, <https://gestion.pe/peru/peru-se-encamina-a-ser-miembro-de-la-ocde-noticia/>
- Robles, Carmen del Pilar, Ruiz de Castilla, Francisco, Bravo, Jorge y Villanueva, Walker. 2016. *Código Tributario: Doctrina y comentarios. Volumen I*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rodríguez, María. "El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria". In Dret Revista para el análisis del derecho, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/918.es.pdf>
- Rodríguez, María. 2012. El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria. *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (julio): 12.
- Rodríguez, Sergio. 2002. Contratos Bancarios. Su significado en América Latina. *Legis*: 192.
- Rojas, Raúl. 2013. *Guía para realizar investigaciones sociales*. México: Editorial Plaza y Váldes Editores.
- Romero, Jessica y Cruz, Mario. 2016. Acceso al derecho a la justicia con la implementación del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en la tutela de los derechos del contribuyente. *Ciencia Jurídica Vol.5, N°10* (agosto): 191-192.

- Rosembuj, Tulio. 2004. Intercambio internacional de información tributaria. *Servicio de Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona*: 13.
- Rozas José y Villar, Marta. 2004. La Asistencia mutua tributaria a la luz del principio de proporcionalidad. *Noticias de la Unión Europea* (setiembre): 75.
- Ruiz, José.1998. *Secreto Bancario y Hacienda Pública*: (el deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria). España: Editorial Civitas.
- Sánchez, María Esther. 2011. *Intercambio de Información Tributaria entre Estados*. España: J.M Bosch Editor.
- Schönle, Herbert. 1977. *Le Secret Bancaire Suisse*. Paris: Centre Francais de Droit Comparé.
- Serrabou, Xavier. 2005. *Contratación Bancaria y Derechos de los Usuarios Primera Edición*. México: Velasco Editores S.A. de C.V.
- Soto, Mario. 2017. *Derecho tributario internacional*. México: Instituto Mexicano de Contadores Públicos.
- SUNAT. 2020. *Plan de Gobierno Digital 2020-2022 versión 1.0*. Perú: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.
- Tamayo, Mario. 2003. *El proceso de la investigación científica Cuarta Edición*. México: Editorial Limusa S.A.
- Tassano, Hebert. El reto de la OCDE para el Perú. *Tiempo de Opinión N°8* (diciembre): 58-61.
- Traverso, Dino. 2013. El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional. *Revista IUS ET VERITAS, N°47* (diciembre): 319.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N.º 00009-2014-PI/TC, 4 de marzo de 2016.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N.º 1219-2003-HD/TC, 21 de marzo de 2004.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N.º 0004-2004-AI/TC, 21 de setiembre de 2004.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N.º 6712-2005-HC/TC, 17 de octubre de 2005.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N.º 7811-2005-PA/TC, 22 de noviembre de 2005.

- Universidad Ricardo Palma. 2020. *Manual II para la elaboración del trabajo de tesis*. Perú: Escuela de Posgrado.
- Urteaga, Clara. 2017. La Implementación de un efectivo Intercambio de Información Fiscal en el Perú. Tesis de Maestría, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
- Valdez, Patricia. 2014. Los acuerdos de intercambio de información Tributaria y su Implementación en el Perú. *Revista Derecho & Sociedad N°43* (diciembre): 422.
- Vergara, Alejandro. 1988. Sobre el fundamento del secreto bancario,” *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (enero): 387-388.
- Vergara, Eduardo. 1990. *El secreto bancario, legislación y jurisprudencia Primera Edición*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Westreicher, Guillermo. “Banquero,” *Economipedia*, <https://economipedia.com/definiciones/banquero.html#:~:text=El%20banquero%20es%20la%20persona,en%20el%20mercado%20de%20capitales>
- WTA, “Sobre nosotros,” World Taxpayers Associations, [Sobre Nosotros» World Taxpayers Associations](#)
- Zapatero Gasco, Alejandro. 2019. El intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios. Tesis Doctoral., Universidad Carlos III de Madrid.
- Zavala, Víctor. “Convenios para evitar la doble tributación internacional”, Revista Digital de la Cámara de Comercio de Lima, <https://lacamara.pe/convenios-para-evitar-la-doble-tributacion-internacional/>
- Zavaleta, Michael. 2018. Tax constitution and tax power- peruvian perspective. Conferencia presentada en el Centro de Estudios Parlamentarios del Congreso de la República sobre “Tax Constitution & Tax Power, Lima, junio de 2018, en Lima, Perú.

ANEXOS

Anexo 1 Matriz de consistencia

Título: Efectos jurídicos de la aplicación del Intercambio de Información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (artículo 4°) y el Derecho Fundamental del Secreto Bancario Perú - 2021.

Tesista: Bach. Eva Fernanda Alarcón Dueñas

Asesora: Dra. Yanet Mamani Yupanqui

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
Problema General	Objetivo General	Hipótesis General	Variable de investigación principal
¿Qué efectos jurídicos se generan de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, en relación al derecho fundamental al Secreto Bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política?	Determinar qué efectos jurídicos se generan de la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, en relación al derecho fundamental al Secreto Bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política.	De la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Perú, año 2018, se producen efectos jurídicos desde el punto de vista económico, administrativo, político y social.	Derecho Fundamental del Secreto Bancario.

Problemas Específicos	Objetivos Específicos	Hipótesis Específicas	Variable de investigación secundaria
<p>¿Qué derecho del contribuyente se afecta con la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Estado peruano en el año 2018?</p>	<p>Señalar qué derecho del contribuyente se afecta con la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Estado peruano en el año 2018.</p>	<p>No se afectan los derechos de los contribuyentes con la aplicación del intercambio de información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal suscrito por el Estado peruano en el año 2018.</p>	<p>Intercambio de Información de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.</p>
<p>¿Qué cambio normativo se debe efectuar en la legislación interna para cautelar el derecho fundamental al secreto bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política?</p>	<p>Precisar qué cambio normativo se debe efectuar en la legislación interna para cautelar el derecho fundamental al secreto bancario establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política.</p>	<p>La reforma al último párrafo del inciso 5 artículo 2 de la Constitución Política, facilita a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) la detección oportuna de las modalidades de fraude fiscal, cautelando el derecho fundamental del secreto bancario en su ámbito constitucional esencial.</p>	

Anexo 2**PROYECTO DE LEY****LEY QUE REFORMA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL INCISO 5 ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, QUE FACULTA A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT) A LEVANTAR EL SECRETO BANCARIO.****I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:****a) Situación actual:**

Cada vez la crecida globalización hace que la tarea de control de las operaciones económicas sea más difícil, dando paso a la comisión del fraude fiscal, más concretamente por parte de las grandes empresas multinacionales, que irónicamente son los principales contribuyentes del país.

Así pues, es evidente que el intento del Estado para hacer frente a estas prácticas tan perjudiciales por sus propios medios, son insuficientes, de ahí que necesite contar con herramientas de cooperación internacional, siendo una de ellas el intercambio de información, un instrumento que responde adecuadamente a las necesidades actuales y coadyuva en el combate de tales actividades ilícitas.

Al respecto, en el 2014 el Estado peruano comprometido con el Programa País de la OCDE, un programa para países no miembros, emprendió una serie de proyectos de revisión de políticas, implementación, participación e incorporación a instrumentos multilaterales de la Organización.

Es así que, en el 2018 con motivo de hacer frente a la corrupción, promover una mayor transparencia y propiciar el intercambio de información, el gobierno peruano reunió los requisitos necesarios para adherirse al “Convenio multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal” (CAAMMT), considerado por la OCDE como

“el principal instrumento mundial para fomentar la transparencia y hacer frente a la evasión fiscal transfronteriza”⁴²⁸.

La referida convención ha sido diseñada con la intención de promocionar la cooperación internacional entre administraciones tributarias de los países que hacen parte esta, así como para mejorar el funcionamiento de la normativa nacional de los Estados y a la vez proteger los derechos fundamentales de las personas, por lo que, para el Estado peruano supone una herramienta de alcance multilateral que le permitirá hacer frente a la elusión y evasión tributaria.

En ese sentido, consideramos que resulta conforme a derecho y ventajoso para el funcionamiento del Estado que se reforme la disposición que regula el derecho al secreto bancario en nuestro país, dado que, la férrea legislación de este derecho supone un obstáculo para un efectivo intercambio de información internacional con nuestros homólogos y torna difícil la persecución del fraude fiscal.

b) Problemática:

El derecho al secreto bancario en el Perú encuentra protección constitucional, toda vez que, está incluido “dentro de la esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado”⁴²⁹.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que, tanto “la reserva tributaria, así como el secreto bancario hacen parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad”⁴³⁰, cuya titularidad la ostenta “la persona natural o jurídica de derecho privado que lleva a cabo operaciones bancarias o financieras”⁴³¹.

Así pues, *el secreto bancario* entendido como la proscripción de que las empresas bancarias y financieras suministren información referida a las operaciones pasivas de sus

⁴²⁸ OCDE, “Perú se adhiere a dos importantes instrumentos de la OCDE: La Convención Anti-Cohecho y la Convención multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, <https://www.oecd.org/newsroom/peru-se-adhiere-a-dos-importantes-instrumentos-de-la-ocde-la-convencion-anti-cohecho-y-la-convencion-multilateral-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal.htm> (Consultada el 9 de diciembre de 2021)

⁴²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, 21 de marzo de 2004.

⁴³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 00009-2014-PI/TC, 4 de marzo de 2016.

⁴³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, 21 de marzo de 2004.

clientes⁴³² y *la reserva tributaria* entendida como ese deber que tiene la autoridad tributaria de guardar el secreto respecto de las informaciones que los administrados le suministran como parte de la relación jurídico tributaria que existe entre ambos, por lo que, el uso que se le ha de dar debe ser únicamente destinado para los fines que la ley le ordena⁴³³, si bien constituyen manifiesta expresión del derecho a la intimidad, son pasibles de ser limitados en supuestos excepcionales, puesto que, no se ubican dentro del contenido esencial de este derecho.

Al respecto del derecho a la intimidad, este se encuentra comprendido por aquellos “datos, hechos o situaciones no conocidos por la sociedad que, siendo verdaderos, están reservados al conocimiento de su titular y de un grupo restringido de personas, y cuya comunicación o conocimiento por terceros trae como consecuencia algún daño”⁴³⁴.

De lo que podemos interpretar que, este derecho nos permite vivir sin interferencias ilegítimas, esto es, aquel ámbito personal e íntimo que resguardamos del conocimiento de terceros, necesario para nuestro desarrollo personal, encontrándose este incluido dentro de los derechos de la personalidad, el cual nos permite gozar de todos los derechos humanos de forma libre, en igualdad y sin discriminación, por el solo hecho de ser personas humanas y gozar por tanto de dignidad. De ahí que, el derecho a la intimidad no puede ser limitado o perturbado en su contenido esencial, lo que no significa que no pueda ser limitado en su contenido no esencial.

Así lo ha sostenido el máximo intérprete al señalar que, aun cuando “el secreto bancario y la reserva tributaria constituyen la concreción, en el plano económico, de una manifestación del derecho a la intimidad no quiere decir que sean absolutos”⁴³⁵.

De lo antes expuesto, no cabe duda que a través del secreto y la reserva se garantiza el derecho a la intimidad financiera, el mismo que, según refiere el Tribunal Constitucional, despliega obligaciones para quienes tiene acceso a este, tal es el caso de las entidades financieras y bancarias. No obstante, no son estos los titulares, toda vez que, lo son los propios sujetos, sean personas naturales o jurídicas, quienes, depositando su confianza,

⁴³² Conforme al artículo 140 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros.

⁴³³ Defensoría del Pueblo, “La reserva tributaria y los alcances de la Resolución Defensorial N.º 058-99/DP,” Defensoría del Pueblo del Perú, https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_45.pdf (consultada el 15 de abril de 2022).

⁴³⁴ Delia Rubio, *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982), 52.

⁴³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 00009-2014-PI/TC, 4 de marzo de 2016.

celebran los actos jurídicos con tales entidades, por lo que, su levantamiento si no es dispuesto por el propio titular, lo será sólo por aquellos operadores que señala la Constitución.

Así pues, el propio Tribunal Constitucional ha sostenido que:

*“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”*⁴³⁶.

Al respecto del principio de solidaridad, el Tribunal Constitucional ha señalado que “este principio pretende detectar a aquellos que escapan al cumplimiento de las obligaciones tributarias; y, pretende lograr el bienestar general a través de la contribución equitativa al gasto social”⁴³⁷.

En esa línea, surge un conflicto de intereses, por una parte, de los fines constitucionalmente legítimos de la administración tributaria que busca “promover el bienestar general fundado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”⁴³⁸ a través de la contribución equitativa al gasto social y también pues de su afán de dar cumplimiento al convenio multilateral y de los intereses particulares de los contribuyentes de guardar y proteger su información.

En consecuencia, si bien el secreto bancario puede parecer como un derecho que no admite limitación alguna, sí es pasible de ser limitado en supuestos excepcionales, como al contraponerse al deber de contribuir y al referido principio de solidaridad.

De esta manera, el supremo intérprete, señala lo siguiente:

“De que existen cuando menos, tres razones 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. En primer

⁴³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0004-2004-AI/TC, 21 de setiembre de 2004.

⁴³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0004-2004-AI/TC, 21 de setiembre de 2004.

⁴³⁸ Acorde al artículo 44 de la Constitución Política.

lugar, refiere que el contenido esencial del derecho a la intimidad personal, recogido por el inciso 7 artículo 2 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. En segundo lugar, 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. En tercer lugar, el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del inciso 5 artículo 2), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho”⁴³⁹.

Pese a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia sobre el secreto bancario, el cual hemos de recalcar que no es un derecho absoluto, ello no ha sido óbice para que diversos operadores jurídicos sostengan que resulta inconstitucional las modificaciones legislativas efectuadas por el Ejecutivo referidos al levantamiento del secreto bancario y el suministro de información financiera a la SUNAT, en aras de dar cumplimiento a los estándares internacionales propugnados por la OCDE.

Si bien la tendencia a nivel mundial es la supresión del secreto bancario para fines fiscales en los ordenamientos jurídicos, nosotros sostenemos que es necesario efectuar una reforma constitucional al inciso 5 del artículo 2 de la Constitución cuya lectura, no permita objetar la constitucionalidad del acceso de la SUNAT a información protegida por el secreto bancario, siendo que es el propio Tribunal Constitucional, el que ha establecido que su acceso no configura vicios de inconstitucionalidad y que cabe la posibilidad de limitarlo en supuestos excepcionales, toda vez que, la remisión de información bancaria únicamente opera para el ejercicio de la función fiscalizadora del órgano recaudador, que pretende detectar el incumplimiento de obligaciones tributarias y luchar contra el fraude fiscal, permitiendo así la efectividad del principio de solidaridad contributiva, “que es consustancial a todo Estado Social y Democrático de Derecho”⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0004-2004-AI/TC, 21 de setiembre de 2004.

⁴⁴⁰ Dino Traverso Cuesta, “El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional,” *Revista IUS ET VERITAS*, N.º 47 (diciembre 2013): 320.

c) Propuesta:

Teniendo en cuenta la problemática anteriormente descrita, se ha considerado necesaria la elaboración de una reforma constitucional a fin de incluir a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) dentro de las entidades privilegiadas a levantar el secreto bancario.

Dicho proyecto de reforma se efectúa con el fin de que no se permita objetar la constitucionalidad del acceso de la SUNAT a información protegida por el secreto bancario, así como para dar cumplimiento a los estándares internacionales promovidos por la OCDE, a fin de lograr nuestra incorporación como miembro pleno a la referida organización.

En ese sentido, la reforma constitucional se hará al segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, de acuerdo a lo siguiente:

- a. Se reforma el artículo 2 que refiere sobre los derechos fundamentales de la persona.
 - Establecer en el último párrafo de su numeral 5, que el secreto bancario y la reserva tributaria puede levantarse por parte de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La aprobación de la modificación planteada no irroga costo alguno para el Tesoro Público, debido a que, no repercute directa o indirectamente en el presupuesto del Estado. Al contrario, busca facilitar las facultades de la Administración Tributaria en su tarea de determinar y recaudar las deudas tributarias.

Asimismo, al encontrarse amparada por nuestra Carta Magna el acceso de la SUNAT como una de las entidades facultadas a levantar al secreto bancario, se evitarán posibles demandas a futuro sobre la inconstitucionalidad de esta, toda vez que, es el propio Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, el que ha señalado la posibilidad de limitarlo. De lo contrario, incorporar aspectos económicos en el ámbito esencial del derecho a la intimidad, supondría establecer trabas a la persecución de ilícitos financieros.

Finalmente, conociendo la tendencia mundial de los países miembros de la OCDE, sobre la flexibilización de las normas que regulan el secreto bancario, estamos seguros que de darse la aprobación de la iniciativa planteada, se logrará nuestra incorporación como miembro pleno a la referida organización, lo cual nos permitiría fortalecer nuestras instituciones, gozar de una mayor credibilidad y reconocimiento internacional lo que se traduciría en un garantía para la inversión de empresas extranjeras en el país.

Ahora bien, sabemos que una reforma constitucional de este tipo, supondrá cierta reticencia por parte de algunos contribuyentes quienes sostendrán que su derecho al secreto bancario se encuentra vulnerado, no obstante, la experiencia internacional ha demostrado que es inútil oponerse a la transparencia fiscal, principio que rige actualmente la economía global.

Realizado el presente análisis, la reforma propuesta resulta favorecedora para la economía peruana, toda vez que, se gozará de una mejor recaudación tributaria, en la medida que la SUNAT podrá intercambiar de forma efectiva información con sus homólogos para la detección oportuna de casos de evasión fiscal, así como el reconocimiento internacional de ser una administración de primer nivel, capaz de levantar el secreto bancario de sus contribuyentes siempre en respeto de sus derechos fundamentales.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa constituye una reforma constitucional al último párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, a través del cual se busca que la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) se encuentre incluida en el listado de entidades privilegiadas capaces de levantar el secreto bancario. En consecuencia, el impacto de la norma será sobre la legislación que regula la institución del secreto bancario en el Perú.

Propone a consideración del Congreso de la República el siguiente Proyecto de Ley;

El Congreso;

Ha dado la ley siguiente;

FÓRMULA LEGAL

“LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL INCISO 5 ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, QUE FACULTA A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT) A LEVANTAR EL SECRETO BANCARIO”

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

Modifíquese el último párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

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, de una comisión investigadora del Congreso o de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.