

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y DE ADMINISTRACIÓN

TRABAJO MONOGRÁFICO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
CONTADOR PÚBLICO

CÁTEDRA: CONTABILIDAD BANCARIA

El Secreto Bancario en Uruguay y el Mundo

ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

AUTORES: MARÍA JESÚS BELTRÁN FACIO
 ANDREA RIFÓN ELIZALDE

TUTOR: CR. EC. DIEGO LABAT LEGARRA
 GRADO 2



MONTEVIDEO
URUGUAY
2011

Página de Aprobación

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRACIÓN

El tribunal docente integrado por los abajo firmantes aprueba la Monografía:

Título

“EL SECRETO BANCARIO EN URUGUAY Y EL MUNDO: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA”.

Autor/es

MARÍA JESÚS BELTRÁN FACIO
ANDREA RIFÓN ELIZALDE

Tutor

CR. EC. DIEGO LABAT LEGARRA

Carrera

CONTADOR PÚBLICO

Cátedra

CONTABILIDAD BANCARIA

Puntaje

.....

Tribunal

Profesor..... (Nombre y firma).

Profesor..... (Nombre y firma).

Profesor..... (Nombre y firma).

FECHA:

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar queremos agradecer a nuestras familias por el apoyo que nos brindaron a lo largo de toda la carrera, y especialmente durante esta última etapa de elaboración de la monografía.

También queremos agradecer a las personas que entrevistamos por el tiempo que nos dedicaron y por los conocimientos que nos brindaron, ya que su valioso aporte nos ayudó a encarar mejor esta monografía.

Especialmente queremos agradecer a nuestro tutor el Cr. Diego Labat, que nos guío a lo largo de este proceso, lo que nos llevó a superarnos y a lograr un mejor trabajo.

Por último, agradecemos a todas aquellas personas que de una u otra forma nos ayudaron a realizar esta monografía, a la cual hemos dedicado nuestro mayor esfuerzo.

RESUMEN

En los últimos años, el secreto bancario ha sufrido sucesivas flexibilizaciones en Uruguay y en el resto del mundo. Es por esto que resulta sumamente interesante analizar la evolución de dicho instituto a lo largo del tiempo.

Estudiaremos los motivos que han llevado a cuestionar actualmente la existencia del secreto bancario, tal como estaba prevista en sus inicios.

Para llevar a cabo el análisis mencionado, hemos consultado bibliografía calificada sobre el tema a través de numerosas obras y artículos periodísticos. Estos últimos, han servido de base principalmente para detallar el proceso de elaboración de la ley. Por último hemos realizado una serie de entrevistas para recabar la opinión de diversas personas involucradas en el tema.

Las conclusiones a las que arribamos se presentan a lo largo del trabajo y en el capítulo final se integran y profundizan, con el objetivo de lograr que el lector pueda formarse su propia opinión.

DESCRIPTORES

Secreto bancario. Secreto profesional. Confidencialidad. Derecho a la intimidad. Decreto – Ley N° 15.322. Ley N° 17.948. Rol del Banco Central del Uruguay. Ley N° 18.083. Causales de levantamiento del secreto bancario. Embargo de cuentas bancarias. Protocolo de San Luis. Cumbre del G – 20. OCDE. Intercambio de información. Artículo 26 del Modelo OCDE. Convenio para evitar la doble imposición. Tratado de intercambio de información. Ley N° 18.718. Evasión.

INDICE

CAPÍTULO 1 – INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO	11
CAPÍTULO 2 – MARCO TEÓRICO Y BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA...	13
2.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	13
2.2 SECRETO BANCARIO: DEFINICIÓN.....	16
2.3 DERECHO COMPARADO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN	18
2.3.1 Legislaciones que no prevén el delito de violación del secreto profesional, ni el delito de violación del secreto bancario.	19
2.3.2 Legislaciones que tipifican el delito de violación del secreto profesional para determinados profesionales, no haciendo referencia a los bancos, los cuales en consecuencia no pueden incurrir en responsabilidad penal.....	20
2.3.3 Legislaciones en las que se tipifica el delito de violación del secreto profesional en términos generales, sin especificar la violación del secreto bancario.....	21
2.3.4 Legislaciones que tipifican el delito de violación del secreto profesional para la generalidad de las profesiones u oficios y en las que se incorporan soluciones especiales que incluyen a los bancos como uno de los posibles sujetos activos del delito.....	22
2.3.5 Legislaciones que tipifican el delito de violación del secreto bancario.....	23
2.4 DERECHO NACIONAL: ORIGEN Y EVOLUCIÓN	25
2.4.1 A partir de la sanción del Código Penal de 1889 hasta la sanción del Código Penal vigente, en 1934.....	27
2.4.2 Desde la sanción del Código Penal vigente – año 1934 – hasta la sanción del Decreto – Ley N° 15.322, de fecha 17 de setiembre de 1982.....	27
2.4.3 Desde la sanción del Decreto – Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982.....	30
2.5 FUNDAMENTO DEL SECRETO BANCARIO	33
2.5.1 Tesis que considera el secreto bancario como un secreto profesional.....	33
2.5.2 Tesis que fundamenta el secreto bancario en el uso.....	34

2.5.3	Tesis que fundamenta el secreto bancario en la voluntad de las partes.....	35
2.5.4	Tesis que fundamenta el secreto bancario en la correcta ejecución del contrato y en la buena fe.	36
2.5.5	Tesis que fundamenta el secreto bancario en la protección a la actividad bancaria.	37
2.5.6	Tesis que configura el secreto bancario como manifestación del derecho a la intimidad.	38
CAPÍTULO 3 – CONSAGRACIÓN LEGAL DEL SECRETO BANCARIO EN URUGUAY: ARTÍCULO 25 DEL DECRETO – LEY N° 15.322 Y NORMAS INTERPRETATIVAS		
		40
3.1	ANÁLISIS DE SUJETOS COMPRENDIDOS.....	40
3.2	DISCUSIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL ALCANCE DE LAS OPERACIONES	48
3.3	LEY N° 17.948 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 2005.....	56
3.4	CAUSALES DE LEVANTAMIENTO Y TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO	62
3.4.1	Causales de levantamiento del secreto bancario.	62
3.4.2	Tipificación del delito de violación del secreto bancario.	69
CAPÍTULO 4 – MODIFICACIONES AL SECRETO BANCARIO INTRODUCIDAS POR LA LEY DE REFORMA TRIBUTARIA N° 18.083		
		72
4.1	CONSIDERACIONES PREVIAS.....	72
4.2	AUTORIZACIÓN VOLUNTARIA POR PARTE DE LOS CONTRIBUYENTES PARA LEVANTAR EL SECRETO BANCARIO.....	75
4.3	SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO ANTE DENUNCIAS PENALES	80
4.4	MODIFICACIONES A LOS REQUISITOS PARA PROCEDER AL EMBARGO DE CUENTAS BANCARIAS	84
4.4.1	Empresas comprendidas en el artículo 4° del Decreto - Ley N° 15.322.....	90
4.4.2	Oficinas testigo o representaciones de bancos del exterior.	90
4.4.3	Cuando el sujeto embargado por el Fisco es ordenatario y no titular de la cuenta.....	91
4.4.4	Si el ejecutado por el Fisco es cotitular de la cuenta.	91

4.4.5	Los corredores y agentes de bolsa y los fondos de inversión.	92
4.5	ALCANCE DEL SECRETO BANCARIO CUANDO LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA ACCEDE A INFORMACIÓN DEL BANCO COMO CONTRIBUYENTE.....	93
4.6	CONCLUSIONES.....	95
CAPÍTULO 5 – EL SECRETO BANCARIO EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS BANCOS		98
5.1	OPERATIVA BANCARIA	98
5.1.1	La confidencialidad de la información.	98
5.1.2	Procedimiento frente a una solicitud de levantamiento del secreto bancario o de traba de embargo.....	106
5.2	ROL DEL BANCO CENTRAL DEL URUGUAY Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA PRESERVAR EL SECRETO BANCARIO	113
CAPÍTULO 6 – EL SECRETO BANCARIO Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....		118
6.1	EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN A NIVEL MUNDIAL: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y OBSTÁCULOS	118
6.1.1	Principio de respeto a la diversidad de los órdenes jurídicos.....	119
6.1.2	Exigencia de doble identidad delictual para actos de cooperación de segundo nivel.....	120
6.1.3	El pedido de relevamiento de secretos por vía de cooperación judicial internacional se rige por la ley del Estado requerido.....	120
6.1.4	Responsabilidad por excesos en el cumplimiento del pedido de asistencia.	120
6.1.5	El derecho del particular o entidad afectado por el acto de cooperación a oponerse al mismo.....	122
6.2	EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN A NIVEL REGIONAL: EL PROTOCOLO DE SAN LUIS	127
6.3	ROL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE).....	131
6.4	CUMBRE DEL GRUPO DE LOS 20 EN LONDRES (02.04.2009) .	134
6.5	LISTAS EMITIDAS POR LA OCDE Y SUS CONSECUENCIAS..	136

CAPÍTULO 7 – URUGUAY BUSCA ALINEARSE A LAS TENDENCIAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	140
7.1 COMPROMISOS ADOPTADOS PARA SER REMOVIDOS DE LA “LISTA GRIS” Y GRADO DE AVANCE EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS MISMOS.....	140
7.2 EL ARTÍCULO 26 DEL MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO DE LA OCDE.....	144
7.3 TRATADOS INTERNACIONALES FIRMADOS POR URUGUAY.....	153
7.3.1 Obstáculos al intercambio de información a nivel mundial.....	153
7.3.2 El caso uruguayo: antecedentes.....	154
7.3.3 El caso uruguayo: actualidad.....	155
CAPÍTULO 8 – LA LEY N° 18.718: UNA NUEVA FLEXIBILIZACIÓN AL SECRETO BANCARIO	173
8.1 ANTECEDENTES.....	173
8.2 PROCESO DE ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA TRIBUTARIA.....	175
8.3 ANÁLISIS	184
8.4 POSIBLES CONSECUENCIAS. OPINIONES A FAVOR Y EN CONTRA.....	196
CAPÍTULO 9 – TRABAJO DE CAMPO	202
9.1 INTRODUCCIÓN.....	202
9.2 RESUMEN DE ENTREVISTAS REALIZADAS	202
9.2.1 Entrevista al Dr. Raúl Cervini.....	202
9.2.2 Entrevista a abogada de importante estudio jurídico.....	205
9.2.3 Entrevista a jefa de sección de reconocido banco privado.....	208
9.2.4 Entrevista a abogado del departamento legal de un banco privado.....	211
9.2.5 Entrevista al Cr. David Eibe.....	214
9.3 ANÁLISIS	217
CAPÍTULO 10 – CONCLUSIONES	223
BIBLIOGRAFÍA	235
ANEXO A - ENTREVISTA AL DR. RAÚL CERVINI.....	245

ANEXO B - ENTREVISTA A ABOGADA DE IMPORTANTE ESTUDIO JURÍDICO.....	251
ANEXO C - ENTREVISTA A JEFA DE SECCIÓN DE RECONOCIDO BANCO PRIVADO.....	258
ANEXO D - ENTREVISTA A ABOGADO DEL DEPARTAMENTO LEGAL DE UN BANCO PRIVADO	261
ANEXO E - ENTREVISTA AL CR. DAVID EIBE.....	271

CAPÍTULO 1 – INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

Desde la sanción del Decreto – Ley N° 15.322 en 1982, el secreto bancario ha sido uno de los pilares característicos de nuestra plaza financiera. Siempre ha sido reconocido como uno de los más estrictos del mundo. Hoy por hoy, ya no estamos frente al mismo instituto, ya que se ha visto deteriorado por sucesivas perforaciones que lo fueron debilitando. Frente a esto, encontramos sumamente interesante estudiar un instituto que últimamente ha sufrido importantes cambios.

El objetivo de la presente monografía es realizar un profundo análisis del secreto bancario desde sus inicios hasta la actualidad, enfocándonos principalmente en la evolución del instituto en el caso de Uruguay, para que quien la lea pueda formar su propia opinión en cuanto a la conveniencia o no del secreto bancario y sus puntos a favor y en contra. Hoy por hoy, cabe preguntarse si el instituto continúa existiendo, más allá de todas las excepciones que se le han impuesto y es por ello que creemos importante analizar este tema.

En primer lugar, comenzamos nuestro trabajo dando al lector un marco teórico que sirva de base para poder comprender mejor los orígenes y fundamentos del secreto bancario. Luego, continuamos con la consagración legal del instituto en nuestro país a través de la sanción del Decreto – Ley N° 15.322, analizando las diferentes interpretaciones que generó en relación a su alcance. Pasando al siguiente capítulo nos introducimos en la primera gran flexibilización que sufrió el

secreto bancario a raíz de la Ley de Reforma Tributaria N° 18.083. Las consecuencias de esta evolución se ven en la práctica a través del funcionamiento operativo de los bancos, el cual analizamos en el capítulo 5. A nivel internacional, analizamos los mecanismos de intercambio de información y el rol de la OCDE, que a través de la emisión de sus listas de países no cooperantes en materia de intercambio de información, ha generado fuertes presiones que llevaron al país a firmar tratados con otras naciones. Continuamos nuestro trabajo analizando si los tratados que Uruguay ha firmado hasta el momento cumplen con los estándares previstos por la OCDE. Las presiones ejercidas por dicho organismo culminaron con la reciente sanción de la Ley N° 18.718 que amplió sustancialmente las facultades de la DGI a nivel interno y que buscó instrumentar el intercambio de información a nivel internacional a través de la firma de tratados.

Por último encontramos interesante recabar la opinión de distintas personas que pudieran ofrecer diversos puntos de vista en relación al tema, a través de la realización de entrevistas. Esto le servirá al lector para poder comprender los intereses en juego y cómo Uruguay debe intentar lograr un equilibrio entre el derecho a la intimidad de origen constitucional y las presiones del mundo en que vivimos.

Para finalizar, en base al análisis descrito, intentaremos llegar a una conclusión lo más objetiva y acertada posible que esperamos constituya un aporte para el lector y para nosotras mismas.

CAPÍTULO 2 – MARCO TEÓRICO Y BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Consideramos conveniente precisar en primer lugar conceptos que hacen a la actividad financiera. La misma no se encuentra definida en la ley ni esta intenta regularla, sólo se ocupa de la intermediación. Esto lo vemos en el Decreto – Ley 15.322, el cual define la intermediación financiera, que es tan sólo una parte de la actividad financiera global. La ley no se ocupa de las otras operaciones que forman parte de la misma, como por ejemplo cuando una persona presta dinero o financia a sus clientes.

La norma define la intermediación como: “la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos”.

Partiendo de esta definición entendemos que la intermediación y la mediación son conceptos distintos. Según el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante “RAE”), la intermediación consiste en actuar poniendo en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo. Por otro lado, la mediación es un concepto que estaría incluido dentro de la intermediación (de hecho la RAE vincula ambas definiciones), pero que no tendría el mismo alcance. La RAE la define como “interceder o rogar por alguien” entre otros, por lo que

entendemos que este concepto no incluiría expresamente el fin de lograr un acuerdo entre las partes en cuestión, sino que se limitaría a oficiar de nexos.

Desde el punto de vista jurídico, la mediación consiste en poner en contacto a los contratantes. Como ejemplo de esto, podemos mencionar al corredor del Código de Comercio, que acerca a las partes para negociar y cobra una comisión por ello, pero no es parte en el contrato principal.

En la intermediación en cambio, el agente financiero actúa por su cuenta y riesgo. Toma un préstamo de uno (operación pasiva) y le presta a otro (operación activa).

Desde el punto de vista económico, el agente financiero es un mediador entre oferta y demanda de dinero, títulos valores y metales preciosos. Pero jurídicamente es el banquero el contratante en el negocio y, en definitiva el responsable.

Pasando a analizar cómo se inserta la actividad financiera en el plano social, partimos de la idea de que vivir en sociedad supone una serie de compromisos, y la actividad financiera no es ajena a ellos.

Cierto es que estos compromisos tienen excepciones. Por ejemplo, colaborar con la administración de la justicia, indispensable para la convivencia pacífica de los

seres humanos, bajo ciertas circunstancias cede ante otros valores como la lealtad que suponen los vínculos de parentesco y el secreto profesional.

Conforme a la doctrina penalista, el secreto profesional ampara “a actividades que reúnan estas características: que sean destinadas a conocer secretos ajenos, y que sean jurídicamente reconocidas como profesiones, empleos o comisiones”. La profesión supone “toda forma de actividad de carácter intelectual o manual, ejecutada por un individuo en servicio de otros, principal – aunque no excluyente – con un objetivo de lucro, pero siempre cumplida para una finalidad lícita” (Bayardo Bengoa).¹

El secreto bancario podría ser una especie del género de los secretos profesionales como la del abogado o el médico, dada la especial relación que se establece con el banquero, caracterizada necesariamente “como un elemento de la confianza recíproca, común a las más clásicas situaciones profesionales garantizadas por el secreto” (Cosimo Centrone).² También el secreto del banquero tiene una larga tradición y está emparentado con el principio constitucional de la libertad.

¹ Citado por Siegbert Rippe (2005), *Secreto Bancario* (1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria), p. 41.

² Citado por Alejandro Vergara Blanco (1990), *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia* (Editorial Jurídica de Chile), p. 26.

2.2 SECRETO BANCARIO: DEFINICIÓN

Son varias las definiciones de secreto bancario que se encuentran a nivel doctrinario.

Según Villegas, es “el deber impuesto a las entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos”. Dicho autor sostiene que consiste en “un deber de silencio, en una obligación de no hacer, impuesto a la entidad financiera, por los hechos e informaciones que conoce en virtud de su actividad profesional”.³

Por último establece que al ser un elemento inherente a la naturaleza de la actividad bancaria y de la profesión del banquero, resulta ser un componente necesario para dicha actividad. La actividad bancaria exige para su correcto funcionamiento el cumplimiento de las siguientes condiciones: en primer lugar, un conocimiento amplio de la vida comercial y de la composición patrimonial del cliente; y en segundo lugar, la seguridad, para este, de que el banquero no va a hacer público dicho conocimiento.

Según José Ramón Cano Rico, es la “obligación de las entidades financieras de mantener la confidencialidad respecto de sus clientes y operaciones”. Jorge A. Robiolo y Adolfo A. N. Roullión definen al secreto bancario como “(...) el deber

³ Carlos Gilberto Villegas (1989), *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria* (Ediciones Depalma, Buenos Aires), p. 303.

que tienen las entidades financieras de no revelar ni divulgar la información relativa a sus clientes, que hubieran obtenido en razón del desempeño de la actividad específica de aquellas. Contrapartida lógica de tal deber de sigilo es el derecho que asiste a los clientes de exigir la reserva por parte de las entidades, salvo autorización en contrario”. Por otro lado Labanca establece que es “una orden legal de abstenerse, de no hacer, sea por acción o por omisión (...)”. Por último, según Malagarriga, consiste en “la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vincularen”.⁴

Por su parte Pérez Fontana, lo define como “la obligación impuesta a los bancos y otras instituciones financieras de no revelar las informaciones confidenciales proporcionadas por sus clientes o por terceros sobre los mismos y las operaciones que realizan con ellos”.⁵

Sintetizando las definiciones vistas en una única definición que concentre los aspectos más relevantes, entendemos que el secreto bancario es en esencia una obligación. Una obligación de proteger y velar por la intimidad del cliente y que constituye un elemento esencial de la relación con el mismo. Consagra el derecho fundamental a la privacidad y a la intimidad de las personas y aparece como el

⁴ Citados por Siegbert Rippe (2005), *Secreto Bancario* (1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria), p. 51.

⁵ Sagunto F. Pérez Fontana (1992), *Cuadernos de Derecho Bancario* (1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria), p. 84.

pilar de muchos sistemas financieros con implicancias a nivel económico, político, fiscal, administrativo y legal.

2.3 DERECHO COMPARADO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

El secreto bancario nace en Ginebra en el siglo XVII, aunque fue sólo en 1934, cuando se promulgó la “Swiss Federal Banking Act” (SFBA) o ley bancaria de Suiza, que adquirió estatus jurídico. Dicha ley tipifica el delito de violación de secreto bancario en su artículo 47: “1º) El que en su calidad de miembro de un órgano, de empleado, mandatario, liquidador, o de comisionado de la banca, de observador de la Comisión de Bancos, o incluso de miembro de un órgano o empleado de una institución de revisión haya revelado un secreto que le fuere confiado o del que tenía conocimiento en razón de su cargo o empleo. El que haya incitado a otros a violar el secreto profesional será castigado con hasta 6 meses de prisión o multa hasta 50.000 francos (...)”.

La SFBA fue sancionada poco tiempo después que el nazismo llegó al gobierno en Alemania y entre sus razones estuvo seguramente también amparar con la tutela penal el secreto bancario de ciudadanos alemanes que optaron por depositar sus dineros en los bancos suizos. Suiza buscaba escapar del control de los gobiernos totalitarios de la época que buscaban apropiarse de las fortunas depositadas por aquellas personas perseguidas por motivos políticos o sociales.

Al mismo tiempo, empezó a regir la “Convención de Diligencia”, que recogió una serie de reglas para preservar la reputación de la plaza financiera suiza y combatir la criminalidad económica. Para lograrlo se intensificaron las medidas para impedir o reducir la fuga de capitales y se impuso a los bancos la obligación de no aceptar dinero cuyo origen fuera delictivo y de conocer la titularidad del cliente.⁶

En relación al Derecho Comparado, nuestra doctrina distingue las siguientes situaciones:

2.3.1 Legislaciones que no prevén el delito de violación del secreto profesional, ni el delito de violación del secreto bancario.

Por tanto, no existe responsabilidad penal por infracción al deber de reserva, a lo sumo pueden generarse responsabilidades civiles por daños y perjuicios, basadas en la responsabilidad contractual o extracontractual, así como en los usos y costumbres.

Un ejemplo de este tipo de legislación fue nuestro Código Penal de 1889, que a pesar de tipificar la violación del secreto por parte de jueces, abogados y procuradores, lo hacía exclusivamente como modalidad del delito de prevaricato⁷ (“(...) delito que consiste en que una autoridad, juez u otro funcionario público

⁶ Nahum Bergstein (1987), *El delito de violación del secreto bancario (Art. 25 del Decreto-Ley N. 15.322)* (1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria), pp. 25 y 26.

⁷ *Ibid.*, p. 22.

dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo o judicial, a sabiendas que dicha resolución es injusta (...).⁸

2.3.2 Legislaciones que tipifican el delito de violación del secreto profesional para determinados profesionales, no haciendo referencia a los bancos, los cuales en consecuencia no pueden incurrir en responsabilidad penal.

Dentro de estos casos se ubica España. En un principio el Código Penal Español preveía el delito de violación del secreto profesional pero limitado a los abogados y procuradores.

Más allá de que en un primer momento situamos a España dentro de este tipo de legislación por lo antedicho, el Código Penal español actual en su artículo 199 lo generaliza a otras profesiones, estableciendo lo siguiente:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno

⁸ Wikipedia, la enciclopedia libre, “Prevaricación,” <http://es.wikipedia.org/wiki/Prevaricato>.

a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.”⁹

2.3.3 Legislaciones en las que se tipifica el delito de violación del secreto profesional en términos generales, sin especificar la violación del secreto bancario.

Hay países que entienden que la violación del secreto bancario es una forma de violación del secreto profesional (Italia), aún cuando exista opinión doctrinaria y jurisprudencial que excluya a los bancos de tal aplicación (Bélgica, Holanda).

La doctrina italiana aplica el artículo 622 del Código Penal al secreto bancario. Dicho artículo establece lo siguiente: “(Revelación del secreto profesional) El que, teniendo conocimiento, por razones de estado, oficio, profesión o arte, de un secreto, lo revelara sin justa causa, o hiciere uso del mismo en provecho propio o ajeno, será castigado – si del hecho deriva perjuicio- con la reclusión hasta un año o con multa de 300 a 5.000 liras”.

En Bélgica no se identificaba al banquero con el ejercicio de las profesiones liberales ni tampoco era obligatorio recurrir a un banquero para obtener un

⁹ ABOGADOS PENALISTAS EN MADRID – 7 ABOGADOS EXPERTOS EN DERECHO PENAL – CONSULTA SIN COMPROMISO, “CODIGO PENAL ESPAÑOL - TEXTO ÍNTEGRO ACTUALIZADO 2009,” <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>.

crédito. Es por esto que no se le daba relevancia penal al secreto bancario como forma del secreto profesional.

En el caso de Holanda, se tipifica el delito de violación del secreto profesional y la doctrina entiende que alcanza al banquero, a diferencia de la jurisprudencia.¹⁰

2.3.4 Legislaciones que tipifican el delito de violación del secreto profesional para la generalidad de las profesiones u oficios y en las que se incorporan soluciones especiales que incluyen a los bancos como uno de los posibles sujetos activos del delito.

Este es el caso de Francia, por ejemplo. La legislación francesa fue tal vez la primera que aseguró con verdadera eficacia el secreto profesional en el artículo 378 del Código Penal de 1810. Se afirmó en dicha disposición el deber de los profesionales de guardar secreto: “Los médicos, cirujanos y practicantes de medicina, así como los farmacéuticos, las parteras y todas las demás personas depositarias por su estado y profesión de los secretos que se les confía, que, fuera de los casos que la ley los obliga a ser denunciadores, revelan secretos, serán castigados con uno a seis meses de prisión y una multa de cien a quinientos francos”.¹¹

10 Nahum Bergstein (1987), El delito de violación del secreto bancario (Art. 25 del Decreto-Ley N. 15.322), pp. 23 y 24..

11 Fernando Bayardo Bengoa (1961), La tutela penal del secreto (Montevideo, Editorial Martín Bianchi), pp. 304 y 305.

La ley N° 84/46 del 24 de enero de 1984 relativa a la actividad y al control de los establecimientos de crédito, es la que incorpora la solución especial. En el artículo 57 del Capítulo III (Secreto Profesional) del Título IV (Protección de los depositantes y de los prestatarios) se establece que: “Todo miembro de un Consejo de Administración y, según el caso, de un Consejo de Vigilancia y toda persona que a cualquier título participe en la dirección o en la gestión de un establecimiento de crédito, o está empleado en esta está obligado al secreto profesional en las condiciones y bajo las penas previstas en el artículo 378 del Código Penal.

Fuera del caso en que la ley lo prevé, el secreto profesional no puede ser opuesto a la Comisión Bancaria ni al Banco de Francia, ni a la autoridad judicial actuando en el cuadro de un procedimiento penal.”¹²

2.3.5 Legislaciones que tipifican el delito de violación del secreto bancario.

Estos serían los casos de Noruega, Lituania, Suiza, Líbano y Austria.¹³

En relación a Suiza, nos remitimos a lo expresado con anterioridad.

12 Sagunto F. Pérez Fontana (1992), Cuadernos de Derecho Bancario, pp. 84 a 88.

13 Siegbert Rippe (2005), Secreto Bancario (1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria), pp. 54 y 55.

Con respecto al Líbano, la ley de setiembre de 1956, es considerada como la que más protege el secreto bancario.¹⁴ La misma establece expresamente en su artículo 2º el principio del “secreto absoluto a favor de los clientes de los bancos”.

A pesar de ser tan estricto, existen una serie de limitaciones, derivadas tanto del propio artículo 2º como de otros artículos del mismo texto legal, y que son las siguientes:

- a) Autorización escrita del cliente, o su heredero o legatario;
- b) En caso de quiebra del cliente;
- c) Litigio entre el banco y el cliente;
- d) Intercambio de información entre bancos, relacionado con los saldos deudores de sus clientes, para salvaguardar la seguridad de sus colocaciones; y
- e) Requerimiento judicial en acciones relativas a enriquecimientos ilícitos (...).

Por último mencionamos el artículo 4º de la Ley que establece la inembargabilidad de los depósitos bancarios, salvo autorización escrita de sus propietarios.¹⁵

¹⁴ Sagunto F. Pérez Fontana (1992), *Cuadernos de Derecho Bancario*, pp. 84 a 88.

¹⁵ Nahum Bergstein (1987), *El delito de violación del secreto bancario (Art. 25 del Decreto-Ley N. 15.322)*, pp. 28 y 29.

2.4 DERECHO NACIONAL: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

El secreto bancario surgió propiamente de la actividad bancaria, al ser un uso y costumbre inherente a la misma. Luego fue consagrado en el campo del derecho privado, a través de los usos y costumbres comerciales, así como por los principios de la responsabilidad contractual y extracontractual. Más adelante ingresó a la esfera del derecho administrativo para el caso de los funcionarios públicos que integraran las entidades financieras o accedieran a la información de las mismas. Finalmente al campo del derecho penal.¹⁶

En nuestra legislación, ya antes del Decreto – Ley del 17 de setiembre de 1982 se encontraba consagrada la obligación del secreto profesional en el Código Penal (art. 302).

Otros códigos también recogen disposiciones referentes al mismo, como por ejemplo, el Código Civil en su artículo 2256, el cual obliga al depositario a no violar el secreto de un depósito en confianza, y el Código de Comercio en su artículo 101, el cual obliga al corredor a guardar secreto de todo lo que concierna a las negociaciones que se le encargan.

¹⁶ Ibid., pp. 31 y 32.

Cabe destacar que la Ley 16.060, en su artículo 419, obliga al órgano estatal de control de las sociedades anónimas a guardar reserva sobre los actos en que intervenga y no sean públicos.¹⁷

Por último, la doctrina uruguaya entendía que el secreto bancario estaba comprendido dentro del secreto profesional, y por lo tanto le aplicaba lo referente al mismo.¹⁸

Pasando a analizar uno de los aspectos clave del secreto bancario, no podemos dejar de mencionar el lugar preferente que ocupa la protección de la esfera de privacidad y el derecho a la vida privada. Si bien esto es común al secreto profesional en general, en el caso de los bancos cobra mayor importancia por el desarrollo de los medios de información que fomentaron en amplios sectores del público el deseo de acceder a la vida privada de otras personas, particularmente en lo que tiene que ver con su situación patrimonial.

A todo esto debemos agregar las posibilidades financieras de las instituciones bancarias, que les permite acceder a la informática con todo lo que significa para la obtención de datos relativos a clientes y otras personas, lo que rara vez se ve en otras profesiones.

¹⁷ Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 (1994), *Secreto Bancario en el Uruguay* (2º edición, Fundación de Cultura Universitaria), pp. 12 y 13.

¹⁸ Siegbert Rippe (2005), *Secreto Bancario*, p. 58.

Con respecto a la evolución legislativa del secreto bancario en nuestro país, podemos diferenciar las siguientes etapas:

2.4.1 A partir de la sanción del Código Penal de 1889 hasta la sanción del Código Penal vigente, en 1934.

Como mencionamos, el Código Penal de 1889 no tipificaba el delito de violación del secreto profesional, sólo establecía una obligación de reserva para los jueces, abogados y procuradores como una de las modalidades del delito de prevaricato.

A modo de resumen, durante esta etapa, el no cumplimiento del deber de secreto por parte del banquero solo podía originar las responsabilidades civiles originadas en usos y costumbres comerciales, o responsabilidades civiles contractuales o extracontractuales.

2.4.2 Desde la sanción del Código Penal vigente – año 1934 – hasta la sanción del Decreto – Ley 15.322, de fecha 17 de setiembre de 1982.

El Código Penal de 1934, en su artículo 302, consagra el delito de violación del secreto profesional, estableciendo: “(Revelación de secreto profesional). El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho

causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables).”

Durante este período podemos destacar la sanción de las siguientes leyes que hacen referencia al tema:

a) Ley N° 11.924 del 17 de marzo de 1953. Se trata de una Ley de Presupuesto General de Gastos y en su artículo 79 expresa: “Las cuentas bancarias con denominación impersonal que, amparadas por el secreto bancario, mantengan los Bancos con sus clientes, estarán gravadas por el impuesto sustitutivo del de herencia creado por la ley N° 3.648, de 16 de julio de 1910 (...)”. Si bien no se hace referencia al secreto bancario en forma directa, se presupone que para las cuentas impersonales que tengan los bancos rige el secreto bancario.

b) Ley N° 10.883, la cual autoriza la ratificación de los Convenios Internacionales Monetarios y Financieros de Bretton Woods. En su artículo 5° consagra el secreto del Banco de la República respecto a las informaciones que reciba como resultado de los Convenios: “El Banco de la República podrá requerir de toda persona pública y privada las informaciones necesarias, según el Convenio. Dichas informaciones serán proporcionadas a título confidencial y la violación del secreto será causa de responsabilidad. La comunicación de esas informaciones al Fondo Monetario se efectuará en forma de no revelar situaciones particulares o secretos de negocios”.

c) Ley N° 13.330 del 30 de abril de 1965, artículo 7°. En el mismo se establece que el representante designado por el Departamento de Emisión del Banco de la República en un banco, caja popular o institución de crédito, “deberá guardar la más absoluta reserva respecto de terceros, de los informes y datos que conozca por su actuación personal”. También dispone que la violación de esta obligación es causa de destitución más allá de las responsabilidades penales.

d) Ley N° 13.637 del Presupuesto de Recursos del 20 de diciembre de 1967 que contiene una referencia específica al secreto bancario en su artículo 229. Dicho artículo, exceptúa la obligación de mantener el secreto bancario cuando sea solicitado por la Administración Tributaria, so pena de aplicarse las sanciones previstas para el delito de desacato: “Los Bancos Oficiales y Privados, las Casas Bancarias, las Cajas Populares y las Sociedades Financieras, quedan obligadas a franquear a los funcionarios de la Dirección General Impositiva, debidamente autorizados, los libros y comprobantes de contabilidad, proporcionar todas las informaciones que se les requieran, incluso las relativas a las cuentas a que se refiere el artículo 79 de la ley número 11.924, de 27 de marzo de 1953, y a los depósitos, a cuyos efectos no regirá el secreto bancario”.

Esta disposición fue derogada por el Decreto - Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982, artículo 34°.

Como conclusión de esta etapa, podemos observar que se trató de un período durante el cual se consagró la tutela penal del secreto bancario dentro de la tutela penal del secreto profesional.

2.4.3 Desde la sanción del Decreto – Ley 15.322 de 17 de setiembre de 1982.

A través del artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322 se consagra de forma inequívoca y autónoma, el secreto bancario para las empresas que integran el sistema de intermediación financiera sean públicas, privadas, o públicas no estatales.¹⁹

Dicho artículo establece que las empresas de intermediación financiera “no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes”.

Luego de este Decreto – Ley, destacamos las siguientes leyes:

a) Ley N° 17.016 del 22 de octubre de 1998, sobre drogas, cultivo y comercio. En su artículo 77 trata la cooperación penal internacional, y en el inciso tercero, establece que el Tribunal nacional actuante, ante solicitudes relativas a

¹⁹ Nahum Bergstein (1987), *El delito de violación del secreto bancario (Art. 25 del Decreto-Ley N. 15.322)*, pp. 29 a 33.

levantamiento del secreto bancario, entre otros, deberá dar curso a la misma solo si determina que la información justifica la medida.²⁰

b) Ley N° 17.060 del 23 de diciembre de 1998, sobre corrupción, prevención y lucha. El artículo 36 se refiere a solicitudes extranjeras del levantamiento del secreto bancario: “Las solicitudes extranjeras del levantamiento del secreto bancario para la investigación o enjuiciamiento de hechos previstos como delito en la presente ley, se someterán a la ley procesal y sustantiva de la República.

Para que proceda el levantamiento del secreto bancario, debe tratarse, en cualquier caso, de delitos previstos en el derecho nacional y la solicitud deberá provenir de autoridades jurisdiccionales.

El Estado requirente queda obligado a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que recibe, para ningún fin ajeno al establecido en la solicitud”.²¹

c) Ley N° 18.083 del 27 de diciembre de 2006. La misma contiene varias disposiciones referentes al levantamiento del secreto bancario, las cuales trataremos en profundidad en el capítulo IV.²²

²⁰ “Ley 17.016,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17016&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17016&Anchor=)

²¹ “Ley 17.060,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17060&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17060&Anchor=)

²² “Ley 18.083,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18083&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18083&Anchor=)

d) Ley N° 18.401 del 24 de octubre de 2008 (Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay). En su artículo 27 establece el deber de secreto para los funcionarios de la Corporación de Protección del Ahorro Bancario, los cuales “tienen el deber de guardar el más estricto secreto y la más absoluta reserva sobre todos y cada uno de los asuntos que lleguen a su conocimiento en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones, bajo la más severa responsabilidad civil y penal (Código Penal, artículo 302).

La violación de este deber será causal de despido sin derecho a indemnización de especie alguna”.²³

e) Ley N° 18.485 del 11 de mayo de 2009 sobre partidos políticos. La misma contiene una disposición referente al levantamiento del secreto bancario por parte de la Corte Electoral, la cual trataremos en profundidad en el capítulo III.²⁴

f) Ley N° 18.718 del 24 de diciembre de 2010 que flexibiliza sustancialmente el secreto bancario, la cual analizaremos en profundidad en el capítulo VIII.²⁵

En conclusión, podemos observar que luego de la sanción del Decreto – Ley N° 15.322, hubo varias normas que incluyeron dentro de sus disposiciones aspectos referentes al secreto bancario. Lo que nos demuestra que este tema fue cobrando

²³ “Ley 18.401,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18401&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18401&Anchor=)

²⁴ “Ley 18.485,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18485&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18485&Anchor=)

²⁵ “Ley 18.718,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18718&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18718&Anchor=)

importancia a nivel nacional, expandiéndose a varias esferas que hacen a la vida política, social y económica del país.

2.5 FUNDAMENTO DEL SECRETO BANCARIO

En relación al fundamento del secreto bancario, existen varias tesis a nivel doctrinario que tratan de explicar la razón de ser del mismo.

A continuación analizaremos algunas de ellas, que como veremos ofrecen una amplia gama de posibles fundamentos.

2.5.1 Tesis que considera el secreto bancario como un secreto profesional.

Esta tesis sostiene la inclusión del secreto bancario dentro del secreto profesional, lo cual reduce el margen de conflicto ya que le será aplicable lo dispuesto para cualquier otro tipo de secreto profesional (notarial, forense, médico). De esta forma no dejaría lugar a dudas en lo que respecta a las consecuencias de una violación al secreto bancario, por ejemplo. En ese caso aplicarían las sanciones previstas penalmente para la violación del secreto profesional.

Esta tesis se basa en el tipo de relación que establece el cliente con el banquero, relación que requiere un grado de confianza recíproca muy alto, y que encuentra su garantía en el secreto bancario. Asimismo, el propio desarrollo de la sociedad

implica la consideración de otras profesiones que no entrarían dentro del secreto profesional en sentido estricto (la del banquero).

2.5.2 Tesis que fundamenta el secreto bancario en el uso.

En este caso el fundamento viene dado por el uso y la costumbre por parte de los bancos de mantener reserva sobre los asuntos de sus clientes. Parte de esta tesis se basa en los estatutos de los bancos, que desde hace siglos consideran el respeto por la reserva.

Es a partir de aquí que el secreto bancario se torna cada vez más habitual y puede verse como el resultado de un acuerdo colectivo.

Se critica esta posición en virtud de que no es correcto fundamentar el secreto bancario en la costumbre siendo que ésta se encuentra subordinada a la ley. Esta subordinación implica el poder usar la costumbre como fundamento únicamente en lo no regulado por la ley.

Por otro lado, este fundamento no es preciso a la hora de establecer el objeto y ámbito de aplicación del secreto bancario.

Asimismo, según Nogueroles Peiró²⁶ no sería correcto fundamentar el secreto bancario en el uso, ya que esto lo confundiría con su naturaleza jurídica. Dicho autor expresó que “sigue abierta la discusión sobre si el fundamento es el uso, un deber contractual o, en definitiva, es un fundamento legal”, señalando, así, como fundamento lo que en realidad corresponde a un problema de fuentes.

2.5.3 Tesis que fundamenta el secreto bancario en la voluntad de las partes.

Esta tesis sostiene que el secreto bancario tiene carácter convencional. Se desarrolla principalmente en Alemania y es producto de la doctrina y la jurisprudencia, dado que la legislación de dicho país no prevé el tratamiento del secreto bancario.

En este sentido, se expresa Sichterhmann señalando que el contrato bancario, de derecho privado, implica el secreto como un deber accesorio.²⁷ Como consecuencia, la violación del secreto bancario por parte del banquero, traería aparejado el resarcimiento del daño.

En la misma línea de pensamiento encontramos a Scheer, que también sostiene que el secreto bancario es un deber accesorio al contrato bancario, basado en la voluntad del cliente ya que “entre los legítimos deseos del cliente figura, en primer lugar, el del secreto de la situación patrimonial y de sus negocios, sobre los

²⁶ Citado por Alejandro Vergara Blanco (1990), *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*, pp. 34 y 35.

²⁷ *Ibid.*, p. 36.

cuales está obligado a conceder un derecho de inspección, cuyo conocimiento le confía en su calidad de consejero”.²⁸

Asimismo, Garrigues también considera que el secreto bancario se basa en forma implícita en los contratos, configurando un uso habitualmente respetado.²⁹

Como críticas a esta tesis podemos señalar que la responsabilidad contractual ofrece pocas garantías en comparación con lo que el cliente le confía al banco.

Por último y al igual que la tesis anterior, algunos autores critican esta tesis porque observan que se está confundiendo el fundamento con la naturaleza jurídica.

2.5.4 Tesis que fundamenta el secreto bancario en la correcta ejecución del contrato y en la buena fe.

Este fundamento consiste en que las partes involucradas en los contratos deben cumplirlos correctamente y de buena fe. Esto es, el banco debe proteger el interés del cliente, al este confiarle información relevante sobre su situación patrimonial. El secreto bancario es el instrumento para ello.

²⁸ Ibid., p.36.

²⁹ Ibid., p. 37.

Como críticas a esta tesis, podemos señalar que la misma confunde el fundamento con el cumplimiento de la obligación por parte del banquero, las cuales son cosas distintas.

Por otro lado, según Centrone³⁰, esta tesis se concentra únicamente en la esfera privada, dejando de lado los intereses públicos.

2.5.5 Tesis que fundamenta el secreto bancario en la protección a la actividad bancaria.

Desde el punto de vista económico, es muy relevante el papel que juega el secreto bancario en el sistema económico. Labanca³¹ plantea que el secreto bancario “refuerza la confianza de la clientela de las instituciones de crédito y ello, a su turno, asegura un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios, y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto, emigraría hacia países donde se facilitare este tipo de seguridades”.

Por su parte, Ruta³² defiende esta posición argumentando que: “la ‘protección’ legislativa del secreto bancario más que una finalidad de orden privado, responde a una finalidad de orden público de protección del sistema crediticio”, y, “en último término de la economía nacional”.

³⁰ Ibid., p. 40.

³¹ Ibid., p. 41.

³² Ibid.

Por último hacemos mención a Jiménez de Parga, quien en este sentido se expresa de la siguiente manera: “no se protege el solo interés particular; al protegerse la clientela, que es el presupuesto del funcionamiento del secreto bancario, se protege a la organización económica, de la cual los banco son pieza vital”.³³

A pesar de su importancia y acierto en el plano económico, esta tesis no podría fundamentar la obligatoriedad del secreto bancario, en tanto, el ordenamiento jurídico no consagre el secreto bancario como una de las bases fundamentales del sistema crediticio.

2.5.6 Tesis que configura el secreto bancario como manifestación del derecho a la intimidad.

Esta tesis concibe al secreto bancario como un derecho a la personalidad. El cliente, al confiarle al banco información, tiene el derecho de exigir la total discreción en relación a la misma, de modo de salvaguardar su intimidad.³⁴

De acuerdo a las tesis expuestas, a nuestro entender las que mejor fundamentan el secreto bancario son las dos últimas. Creemos que es importante considerar tanto los intereses privados como los públicos, ya que es una temática que los involucra

³³ Ibid., p. 43.

³⁴ Alejandro Vergara Blanco (1990), *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia* (Editorial Jurídica de Chile), pp. 25 a 45.

a ambos, más allá de que el instituto requiera ser consagrado por vía legal para adquirir obligatoriedad.

Por otro lado, es de destacar la relevancia de velar por el derecho a la intimidad de los clientes, al estar en juego informaciones que hacen a su vida económica.

CAPÍTULO 3 – CONSAGRACIÓN LEGAL DEL SECRETO BANCARIO EN
URUGUAY: ARTÍCULO 25 DEL DECRETO – LEY N° 15.322 Y NORMAS
INTERPRETATIVAS

3.1 ANÁLISIS DE SUJETOS COMPRENDIDOS

El Decreto – Ley N° 15.322 fue sancionado cuando el Uruguay el 17 de setiembre de 1982.

La intención del Poder Ejecutivo al sancionar dicho Decreto – Ley era afirmar a Uruguay como “plaza financiera” y “prestigiar al país como un centro financiero seriamente organizado”.

A continuación citamos el artículo 25 del Decreto - Ley N° 15.322 del 17 de setiembre de 1982, el cual establece:

“Artículo 25. Las empresas comprendidas en los artículos 1o. y 2o. de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución

fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y, en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud.

No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley.

Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.³⁵

En primer lugar, es importante señalar cuáles son las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto – Ley Nº 15.322. Las mismas son: las instituciones estatales, las personas públicas no estatales y las personas privadas que realicen intermediación financiera. Por tanto, no sólo se incluye a los bancos, sino también a las casas bancarias, casas financieras, empresas de intermediación financiera externa, cooperativas de intermediación financiera, empresas administradoras de consorcios y mediadores financieros.³⁶

Si bien el artículo 25 responsabiliza a las empresas, esto se enmarca dentro de la responsabilidad civil y administrativa, ya que en el ámbito penal son sólo las personas físicas las que pueden incurrir en responsabilidad. Esto se debe al principio de culpabilidad consagrado en nuestro Derecho Penal, que establece que sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos de delito. En consecuencia,

³⁵ “Ley 15.322,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15322&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15322&Anchor=)

³⁶ Ricardo Olivera García (1989), *Manual de Derecho Bancario Uruguayo* (Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo), p. 193.

quienes podrán incurrir en responsabilidad penal son aquellas personas a través de las cuales se cumple la operatividad de la empresa.

Esto se evidencia en el artículo 17 del Decreto N° 614/92 del 11 de diciembre 1992, que recoge textualmente el artículo 1° del derogado Decreto N° 44/983 del 9 de febrero de 1983, que establece que el deber de secreto bancario alcanza, además de las empresas (ámbito natural de responsabilidad civil y administrativa) a todas las personas físicas (ámbito de responsabilidad penal) que tengan acceso a las operaciones e informaciones tuteladas por el secreto bancario.³⁷ A continuación citamos el mencionado artículo:

“El deber de secreto profesional, consagrado en el artículo 25 de la ley 15.322 de 17 de setiembre de 1982, alcanza además de las empresas, a todas las personas físicas que en virtud de las tareas que desempeñen, relacionadas con la organización, funcionamiento y contralor de las empresas de intermediación financiera, tengan acceso a las operaciones e informaciones a que se refiere la disposición legal citada, cualquiera sea la naturaleza jurídica del vínculo que una a tales personas físicas con los titulares de las empresas de intermediación financiera, incluyendo a los auditores externos abocados a las mismas.

Declárase que no es violatorio del deber de secreto profesional consagrado por el art. 25 de la Ley 15.322 del 15.9.82, el conocimiento de las operaciones e informaciones cubiertas por el secreto que las personas físicas, referidas en el

³⁷ Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 (1994), *Secreto Bancario en el Uruguay*, pp. 37 y 38.

artículo anterior, adquieran necesariamente en cumplimiento de sus tareas relacionadas con las empresas de intermediación financiera”.³⁸

A nuestro entender, la obligación de guardar secreto abarca a todas las personas que pudieran tener algún tipo de vínculo con las operaciones de los clientes y no solamente al banquero.

Esta obligación también alcanza a aquellas personas que ya no tuvieran relación con la institución, pero que la hubieran tenido en algún momento.

Con respecto a este último punto, podemos plantear la siguiente discusión doctrinaria.

Según Bergstein, el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322, al hacer referencia a la “empresa”, excluye a aquellas personas que ya no actúan por la empresa, a quienes únicamente les aplica el delito de violación del secreto profesional previsto en el artículo 302 del Código Penal.

En cambio, otros autores creen que el término de relación de la persona con la empresa, no la exime de la responsabilidad en caso de violar el secreto bancario. Sostienen que el deber de reserva es impuesto por la ley y no se reduce al vínculo que el sujeto tenga con la institución. La obligación de sigilo pre-existe, co-existe

³⁸ Auditoría Interna de la Nación, “Decreto 614/992,” http://www.ain.gub.uy/marco_normativo/decretos/decretos_soc_614_992.html.

y sobrevive a la actividad funcional, que únicamente origina la obligación para cada sujeto.

Resultan interesantes las situaciones de los siguientes sujetos:

- a) Funcionario suspendido: en este caso continúa verificándose la obligación, en igual o mayor medida, ya que la suspensión sólo altera la prestación de la actividad, pero no el deber de secreto.
- b) Auditor interno y externo: el auditor interno, al ser funcionario de la institución, tiene el deber de guardar secreto en virtud del Decreto – Ley N° 15.322, a diferencia del auditor externo, cuya obligación está consagrada por el Decreto N° 614/92.
- c) Liquidador, Interventor, Veedor, Controlador: en este caso, estamos frente a distintos tipos de actuación, según de quien se trate. Este hecho es considerado por Bergstein quien plantea que no es posible definir en forma general si dichos sujetos están o no alcanzados por la obligación. Sin embargo, este autor toma en cuenta como criterio para definir estas situaciones, el que la empresa actúe o no a través de ellos. Por ejemplo, un interventor judicial con facultades para actuar en nombre de la empresa estaría obligado, en cambio, un mero veedor que no puede actuar en nombre de la empresa, sino que se limita a observar, no

estaría obligado. Por su parte, otros autores consideran que el criterio que define estas situaciones es el de funcionalidad. Es decir, todo aquel que por su función tiene acceso a información confidencial, debe guardar secreto. Argumentan que la ley busca proteger la operación, sin hacer referencia a individuos o sujetos específicos.

- d) Funcionario del Banco Central en ejercicio de tareas de control y fiscalización: también en este caso existen dos posiciones al respecto. Bergstein por un lado sostiene que cuando un funcionario del Banco Central es imprudente respecto de la información tutelada por el secreto bancario, le aplica el artículo 163 del Código Penal (Delito de Revelación de Secreto) y no el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322. Por otro lado, otros autores entienden que en este caso también aplica el criterio de funcionalidad, pues estos funcionarios en la realización de sus tareas acceden a información reservada. Además no resultaría coherente que no se aplicara el artículo 25 del Decreto – Ley a sujetos que conforman el organismo de contralor del sistema financiero.

- e) Arrendadores de servicios profesionales: con respecto a esta posición existen varias soluciones. Bergstein plantea que sólo pueden incurrir en violación del secreto profesional (artículo 302 del Código Penal). Según la doctrina internacional, debe prevalecer la específica tutela del secreto bancario en aquellas legislaciones que prevean al mismo como una

variedad del secreto profesional. Por tanto, en nuestro Derecho Positivo, que considera al secreto bancario una modalidad del secreto profesional, se debe aplicar el Principio de Especialidad. Esto se ve confirmado en el Decreto N° 614/92.³⁹

Con respecto al sujeto activo de la obligación de guardar secreto, es decir “el cliente”, entendemos que sería pertinente en primer lugar definirlo. Según Vergara Blanco, cliente es “todo aquel que utiliza los servicios que presten las instituciones bancarias.”

Por lo tanto, la definición de cliente va más allá de lo estrictamente contractual, ya que comprende no sólo a las personas que el banco considera clientes por haber entablado una relación sustentada en un contrato, sino también a toda persona que al entrar en contacto con el banco, le revele algún tipo de información.

En consecuencia, distinguimos varias situaciones:

- A) Persona que con frecuencia opera con el banco y que por lo tanto es considerado un cliente para el mismo, por tener, por ejemplo, una cuenta corriente, o realizar con el banco diferentes tipos de operaciones (depósitos, transacciones de comercio exterior, préstamos etc.). Este

³⁹ Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 (1994), *Secreto Bancario en el Uruguay*, pp. 39 a 45.

caso constituye el ejemplo más claro en cuanto a sujeto del secreto bancario.

- B) Persona que proporciona determinada información al banco con el objetivo de convertirse en cliente del mismo para obtener por ejemplo, una cuenta corriente o pedir algún préstamo. Este es el comienzo de una posible relación jurídica con el banco, para lo cual la persona debe revelar al banco información sobre su patrimonio y situación financiera actuales y proyectados. Si el banco no aceptara la solicitud, estas personas, a los efectos del secreto bancario, constituyen clientes, y el banco debe guardar reserva de toda la información obtenida. Es lógico que esto sea así, ya que la persona ha revelado aspectos relevantes de su situación económica.

- C) Persona entra en contacto con el banco para concretar una operación aislada. En este caso, la persona queda bajo la tutela del secreto bancario, ya que para ello no se requiere habitualidad ni un mínimo de transacciones.

Por último, no será cliente quien entra en contacto con el banco por motivos ajenos al giro: empleados, proveedores de útiles, prestadores de servicios, etc..

En resumen, podemos concluir que cliente es todo aquel que realiza con el banco operaciones (frecuentes o no) propias del giro, exista o no un contrato de por medio. La obligación de guardar secreto por parte del banco trasciende la finalización de las operaciones realizadas y subsiste a la pérdida del cliente.⁴⁰

3.2 DISCUSIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL ALCANCE DE LAS OPERACIONES

De la redacción del artículo 25 surge claramente que las operaciones pasivas de los bancos (aquellas en las que el banco es deudor) se encuentran amparadas por el secreto bancario, ya que establece que: “(...) no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada (...)”.

En cambio, con respecto a las operaciones activas (aquellas en las que el banco es acreedor) existen varias opiniones.

La primera posición entiende que el secreto bancario solo alcanzaría a las operaciones bancarias pasivas, basándose en una interpretación literal de la norma, no incluyendo a las operaciones activas. Esto significa que el secreto protegería los activos patrimoniales pertenecientes al cliente.

⁴⁰ Alejandro Vergara Blanco (1990), *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*, pp. 58 a 60.

A su vez, también se apoya en la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado, que consideró el tema previo a la sanción de la ley, atendiendo a la intención del legislador de acuerdo a lo previsto en el artículo 17 del Código Civil (“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción.”⁴¹). Dicha intención se ve reflejada en lo declarado por el Consejero Eduardo Praderi, quien participó de la sanción del Decreto – Ley al haber integrado el Consejo de Estado desde su creación en 1973 hasta su finalización en 1984. Praderi planteó que el secreto bancario no incluye el otorgamiento de un crédito por parte de un banco a un particular o a una empresa, ya que éste pertenece al interesado.⁴²

Olivera García es partidario de esta interpretación ya que entiende que la norma es clara al referirse a las operaciones pasivas, y que el secreto no alcanza a las operaciones activas. Dicho autor señala que el artículo 25 distingue dos categorías que quedarían amparadas por el secreto bancario: por un lado, “los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada” y, por otro lado, las “informaciones confidenciales que reciban de sus cliente o sobre sus clientes”.

⁴¹ “Código Civil”

<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoCivil2010-02.pdf>.

⁴² Siegbert Rippe (2005), *Secreto Bancario*, pp. 62 a 64.

Dentro de la primera categoría este autor considera que quedan incluidas solamente las operaciones pasivas ya que, si bien la ley incluye “cualquier otro concepto”, sin duda se refiere a otros conceptos similares a la captación de fondos o valores (en todas sus modalidades), clásicas operaciones pasivas.

Menos clara es la segunda categoría: “informaciones confidenciales recibidas de sus clientes o sobre sus clientes”. Según Olivera García, el concepto de informaciones confidenciales incluiría los siguientes aspectos:

- a) La información brindada por los clientes al momento de celebrar con la entidad financiera cualquier operación bancaria, sea activa o pasiva.
- b) La información que obtenga la entidad financiera en plaza, sobre el cliente, en ocasión de llevar a cabo cualquier operación, aún cuando esta no llegue a realizarse.
- c) La información otorgada por el cliente, en oportunidad de solicitar una operación o asesoramiento técnico, aún cuando no se materialice en ninguna operación en particular.

La norma no distingue qué tipo de informaciones quedan amparadas, en cambio, sí especifica el tipo de operaciones comprendidas, las cuales son típicamente pasivas. Esto trae aparejado que ciertos autores planteen que las operaciones activas están incluidas, posición que no comparte Olivera García, argumentando que si el legislador hubiera querido incluirlas, lo hubiera hecho al referirse a las

operaciones y no genéricamente en el concepto de “informaciones confidenciales”.

Por ejemplo, el Plenario de Abogados de la Asociación de Bancos del Uruguay, consideró que por “informaciones confidenciales”, debía entenderse “aquellas que se hacen o dicen en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas”, entendiendo que esto incluiría a las operaciones activas.

Retomando la posición de Olivera García, también plantea que las operaciones activas constituyen información generada por la entidad financiera, proveniente de un contrato y que por lo tanto, no entrarían dentro del concepto de informaciones confidenciales recibidas de los clientes o sobre los clientes. Entiende que las operaciones activas sólo quedarían amparadas por el secreto de fuente convencional que surge de los usos y costumbres bancarios, no teniendo consagración en esta disposición legal.

Resumiendo la posición de dicho autor, este considera que las únicas operaciones que quedarían amparadas por el secreto bancario son las pasivas y que con respecto a las informaciones, quedarían incluidas todas aquellas recibidas de los clientes o sobre los clientes, referidas a operaciones activas o pasivas.⁴³

⁴³ Ricardo Olivera García (1989), *Manual de Derecho Bancario Uruguayo*, pp. 195 a 198.

Otro autor que se pronuncia a favor de esta posición es Siegbert Rippe, quien también entiende que en materia de operaciones sólo quedarían comprendidas las pasivas y en lo que respecta a informaciones se incluiría lo referente a cualquier tipo de operación. Esto último lo expresa de la siguiente manera: “no tiene obligación de reserva por el crédito concedido, pero sí, de toda la información que le llevó a conceder ese crédito”.

Aclara que debe tratarse de información “confidencial”, lo que implica que dicha información fue obtenida del propio cliente o de un tercero respecto de dicho cliente, en términos de confidencialidad, o porque dicha información es confidencial en sí misma por ser reservada y no accesible al público en general.

En resumen, Rippe plantea que lo que quedaría incluido dentro del secreto bancario son las operaciones pasivas de los bancos y las informaciones confidenciales relativas a estas y a las operaciones activas, no siendo así para las operaciones activas y las informaciones no confidenciales.⁴⁴

Con respecto a la segunda posición, la misma entiende que quedarían incluidas también las operaciones activas, ya que si bien en principio el artículo se refiere a operaciones pasivas, luego, al hablar de las informaciones, no distingue entre activos y pasivos, por lo que aquí es donde entrarían las operaciones activas. Uno

⁴⁴ Siegbert Rippe (2005), *Secreto Bancario*, p. 64.

de los defensores de esta posición es Nahum Bergstein, quien argumenta lo siguiente:

1) En primer lugar, señala que el artículo 25 no distingue dentro de las informaciones confidenciales relativas a los clientes. Reconoce que hay una dualidad de criterio en la ley, ya que por un lado menciona los fondos o valores y por otro lado las informaciones confidenciales. La opinión de Bergstein es que ello no permite hacer una distinción donde no la hace el texto legal. “Operaciones” e “informaciones” son dos términos distintos, pero no son opuestos, ya que la información puede referirse a las operaciones.

2) Además, la mayor cantidad de información que obtiene la entidad financiera es al momento de otorgar un crédito, por lo que dicha información sería la que con más frecuencia daría lugar al incumplimiento del deber de guardar reserva.

Es lógico que la entidad requiera menos información cuando un cliente desea abrir una cuenta que cuando solicita un préstamo.

Si las operaciones activas no estuvieran amparadas por el secreto bancario, la entidad financiera podría informar que determinada persona tiene un préstamo vigente, pero no podría dar noticia alguna sobre cualquier información referida a dicho préstamo.

3) La consideración de los bienes jurídicos tutelados puede disipar las dudas que el artículo pudiere generar, dado que desde este punto de vista, no puede establecerse de antemano una diferenciación entre operaciones activas y pasivas. La revelación de ambos tipos de operaciones va en contra de la privacidad de la persona y la confidencialidad que debe caracterizar la actividad bancaria.⁴⁵

En la misma línea de pensamiento, se encuentran Raúl Cervini y Gabriel Adriasola, quienes realizan un análisis de los argumentos a favor y en contra de una y otra posición.

A favor de la exclusión de las operaciones activas, señalan:

- a) Basándose en una interpretación literal del artículo 25, que la expresión “fondos o valores” refiere exclusivamente a las operaciones pasivas de los bancos.
- b) Que según palabras del Consejero Praderi, de acuerdo a lo mencionado anteriormente, el Decreto – Ley N° 15.322 excluye a las operaciones activas.

Por otra parte, a favor de la inclusión argumentan lo siguiente:

- a) El artículo 25 agrega otra categoría que también quedaría amparada por el secreto bancario “tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes”. Al no distinguir entre informaciones

⁴⁵ Nahum Bergstein (1987), *El delito de violación del secreto bancario (Art. 25 del Decreto-Ley N. 15.322)*, pp. 82 y 83.

sobre operaciones pasivas y activas, estaría incluyendo a las operaciones activas en el ámbito de aplicación del secreto bancario.

b) La mayor parte de información que solicitan los bancos refiere a las operaciones activas (por ejemplo, cuando conceden un préstamo), por lo que es la instancia donde más se puede dar el quebrantamiento del deber de secreto.

c) De excluirse las operaciones activas del ámbito de protección, se daría la situación de que la entidad financiera podría verse revelando que una persona contrajo determinada deuda, pero no podría en cambio informar sobre si dicho deudor paga en tiempo y forma.

d) Si la intención del legislador hubiera sido excluir las operaciones activas, hubiera limitado el objeto de la conducta delictiva a las operaciones pasivas.

e) Dichos autores entienden que, desde el punto de vista de la privacidad de la persona y de la confidencialidad que rodea al negocio bancario, es indiferente el tipo de operación de que se trate, ya que en cualquiera de los dos casos, se estaría atentando contra ambos.

Por último, y como forma de reforzar la falta de consenso en relación a la inclusión de las operaciones activas, es de destacar que desde el principio, la doctrina comercialista, el Banco Central del Uruguay y la doctrina penalista,

mostraron diferentes posiciones. Por un lado, la doctrina comercial y el BCU entendían que el secreto bancario solo incluía a las operaciones pasivas, mientras que la doctrina y la jurisprudencia penalista, opinaban que también quedaban las operaciones activas.

3.3 LEY N° 17.948 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 2005

En primer lugar, creemos conveniente comenzar a analizar los antecedentes de la sanción de la ley N° 17.948 del 27 de diciembre de 2005.

Como mencionamos en el apartado anterior, la controversia respecto a si las operaciones activas estaban alcanzadas por el secreto bancario era muy grande. Por esta razón, y atendiendo a criterios de cautela y prudencia, fue que los asesores de los bancos recomendaban incluir los préstamos y créditos en el ámbito de tutela del secreto bancario, dado que se corrían riesgos de sanciones penales muy fuertes. Esto trajo aparejado que se ocultara información en demasía, perjudicando la toma de decisiones de agentes económicos, ya que la información sobre quienes acceden a los créditos, en qué condiciones y afectando qué bienes, es fundamental para el crecimiento de la economía.

En vista de esto, se estaba frente a una asimetría en el acceso a la información. Mientras el sector financiero tenía acceso al conocimiento del endeudamiento financiero, el sector no financiero se veía privado de obtener esta información,

vital para evaluar el riesgo crediticio a asumir. Como consecuencia, era imposible lograr una asignación eficiente de los recursos de crédito en la economía ya que para que esto sea posible es necesario que todos los agentes tengan acceso a la información relativa al endeudamiento.

El resultado de las diferentes interpretaciones y de la asimetría en cuanto al acceso a la información, fue la sanción de la ley N° 17.948 el 27 de diciembre de 2005, que limitó el alcance del secreto bancario únicamente a las operaciones pasivas.

Dicha ley, en su artículo 1º, establece lo siguiente:

“Artículo 1º. (Operaciones amparadas por el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322).- El secreto profesional instituido por el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, ampara exclusivamente las operaciones bancarias pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera y toda otra operación en la que éstas asumen la condición de deudores, depositarios, mandatarios o custodios de dinero o de especie respecto de sus clientes, sin perjuicio del amparo de toda la información confidencial recibida del cliente - tanto en relación a operaciones pasivas como activas- comprendida también en la citada norma.”

Además de limitar el alcance del secreto bancario, destacamos lo expresado en los siguientes artículos de la ley:

“Artículo 2º. (Acceso a la información).- Declárase que toda persona física o jurídica podrá solicitar, en mérito a lo previsto por el artículo 8º de la Ley N° 17.838, de 24 de setiembre de 2004, información que podrá ser consolidada, de cualquier persona física o jurídica y del conjunto económico que esta persona integre en su caso, que opere con instituciones de intermediación financiera, concerniente a las operaciones bancarias activas con las limitaciones establecidas en el artículo 1º de la presente ley, como asimismo a la categorización o rango de riesgo crediticio asignado, que conste en la Central de Riesgos Crediticios que lleva actualmente el Banco Central del Uruguay (BCU). Dicha información deberá ser solicitada al Banco Central del Uruguay (BCU), que deberá informar sobre esas solicitudes en un plazo no mayor a veinte días hábiles.

A los efectos de esta ley, se entenderá por conjuntos económicos los registrados como tales por el BCU. Asimismo, esta Institución definirá el concepto de información consolidada incorporado en esta ley.”

“Artículo 3º. (Divulgación de la información).- El Banco Central del Uruguay (BCU) está facultado para divulgar a toda persona física o jurídica la información a que refiere el artículo 2º de esta ley sobre personas, empresas e instituciones contenida en los registros que se encuentren a su cargo, así como la información sobre deudores, que reciba de las instituciones controladas para su inclusión en la Central de Riesgos Crediticios u otra base de datos sobre operaciones bancarias activas referidas a inversiones, préstamos, créditos, descuentos, hipotecas, avales, garantías u otras obligaciones crediticias, que administre el BCU.

En ningún caso esa divulgación implicará dar noticia sobre fondos y valores que se encuentren depositados en el sistema financiero nacional, así como sobre las declaraciones juradas presentadas por el personal superior de las instituciones financieras para su evaluación con fines de supervisión, salvo las excepciones previstas por ley.”

“Artículo 4º. (Medios de divulgación).- La divulgación de la información referida en el artículo anterior podrá ser efectuada por los medios y el alcance que el Banco Central del Uruguay (BCU) estime conveniente según el tipo de información que se trate en cada caso, incluyendo la publicación en Internet.

Asimismo, podrá establecer una contraprestación a las consultas formuladas, en los casos que así se determine, estableciéndose como montos máximos para dicha contraprestación 270 UI (doscientos setenta unidades indexadas) por solicitud de información y 90 UI (noventa unidades indexadas) por actualización de información. En tal caso el BCU, por resolución, determinará el máximo de créditos y personas a incluir en cada solicitud, pudiendo además establecer contraprestaciones diferenciales para grandes volúmenes de información”.⁴⁶

El artículo 2º consagra el derecho de cualquier persona física o jurídica a acceder a la información de los deudores del sistema de intermediación financiero disponible en la Central de Riesgos Crediticios del Banco Central del Uruguay. El artículo se basa en la Ley N° 17.838 (Ley de Habeas Data), que autoriza el

⁴⁶ “Ley 17.948,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17948&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17948&Anchor=)

tratamiento de datos personales para fines comerciales, estableciendo en su artículo 8 lo siguiente: “Queda expresamente autorizado el tratamiento de datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticia que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos, en aquellos casos en que los mismos sean obtenidos de fuentes de acceso público o procedentes de informaciones facilitadas por el acreedor o en la circunstancias del artículo 4º”.

Con respecto a las operaciones activas, es importante aclarar que los bancos no pueden liberar por sí mismos información sobre las mismas. Los autores Cervini y Adriasola plantean que, si bien las operaciones activas no quedan incluidas en el régimen de secreto bancario, esto no significa que la información bancaria sobre dichas operaciones sea de libre acceso. Argumentan que el artículo 1º de la ley debe interpretarse dentro de su contexto, y no como una disposición aislada.

Por ello, concluyen que esta información sólo debería poder obtenerse a través del BCU. Los antecedentes parlamentarios, si bien no son del todo claros, parecerían apoyar esta interpretación.

Dichos autores opinan que si no se tuviera que liberar la información por medio del BCU, ello debería haberse establecido expresamente en la ley, lo cual no se hizo.⁴⁷

El artículo 3º faculta al Banco Central del Uruguay a proporcionar la información a que hace referencia el artículo 2º, como también información referida a otras bases de datos.

El artículo 4º establece que el Banco Central del Uruguay podrá utilizar los medios que crea convenientes para proporcionar la información. Asimismo, se faculta al BCU a solicitar una contraprestación pecuniaria para las consultas que se efectúen, especificando los montos máximos que podrá cobrar. Actualmente, cualquier interesado puede realizar la consulta por medio de la página Web del organismo, debiendo registrarse para ello, y obteniendo la información en tiempo real y sin costo alguno.⁴⁸

En función de lo establecido en el artículo 1º, que limita el alcance del secreto bancario a las operaciones pasivas, nuestra opinión es que, además de resolver la controversia originada en la redacción del artículo 25 del Decreto – Ley Nº 15.322, beneficia al mercado crediticio y a la economía en su conjunto al permitir el acceso a esta información al sector no financiero.

⁴⁷ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional* (Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires), pp. 213 a 218.

⁴⁸ “Cámara de Representantes - 06/09/2005 - Información sobre Personas, Empresas e Instituciones Incorporadas a los Registros del Banco Central del Uruguay.” <http://www.parlamento.gub.uy/IndexDB/TextosAprobados/ListarTexto.asp?Id=42>.

Por otro lado, creemos que el acceso a la información debería ser más restringido, en el sentido de que se debería tener que exponer algún motivo que por fines comerciales justifique la obtención de la información, ya que hoy en día es tan fácil acceder a la misma que cualquiera podría conocer la posición de una persona física o jurídica en el mercado crediticio sin tener razón alguna.

3.4 CAUSALES DE LEVANTAMIENTO Y TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO

3.4.1 Causales de levantamiento del secreto bancario.

Las causales previstas por la ley para levantar el secreto bancario por parte de las entidades de intermediación financiera son:

a) Autorización del interesado

El interesado puede autorizar el levantamiento del secreto bancario a través de una autorización expresa y por escrito.⁴⁹

En primer lugar observamos que el término “interesado” es usado con un significado más amplio que “cliente”, entendiéndose por “interesado” según

⁴⁹ Ricardo Olivera García (1989), *Manual de Derecho Bancario Uruguayo*, p. 199.

Couture a “aquel que tiene, real o potencialmente, derecho a pretender algo”⁵⁰. La utilización de este término nos obliga a precisar quién es el titular del derecho tutelado. Por ejemplo, cuando se trata de personas físicas la autorización debe otorgarla el propio interesado o un representante del mismo. Para las personas jurídicas, quienes pueden autorizar el levantamiento del secreto bancario son sus representantes legales estatutarios vigentes al momento de presentación de la solicitud.

En el Decreto - Ley no se exige el cumplimiento de ningún tipo de requisito solemne, pero sí se debe precisar el alcance de la autorización con exactitud.⁵¹

b) Resolución judicial

Otra vía que admite la ley para revelar información amparada por el secreto bancario es “por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria”. También expresa que se estará en cualquier caso sujeto a responsabilidad en caso de ocasionar perjuicios por la falta de fundamento de la solicitud.

⁵⁰ Citado por Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional* (Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires), p. 76.

⁵¹ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, p. 76.

La norma legal no especifica qué debe entenderse por resolución fundada y cuales son las responsabilidades que recaen sobre las entidades financieras en caso de falta de fundamento de la resolución.

Olivera García entiende que no es necesario que el juez exprese los fundamentos de su solicitud, sino que alcanza con que diga que se trata de una resolución fundada. Esta opinión se basa en que el oficio judicial, al ser un instrumento público emitido por el Actuario del Juzgado, ya constituye prueba suficiente de que se está frente a una resolución fundada.

En consecuencia, continúa su razonamiento expresando que la entidad financiera no estaría en condiciones de juzgar los fundamentos expuestos, debiendo limitarse a controlar que la solicitud provenga de un órgano competente del Poder Judicial y que el oficio establezca que trata de una resolución fundada.⁵²

Con respecto a este punto, Cervini y Adriasola sostienen una posición completamente opuesta. Dichos autores plantean en primer lugar que muchos oficios judiciales no hacen siquiera referencia a que la resolución es fundada. En el pasado muchas instituciones bancarias, para evitar correr riesgos daban curso a oficios de este tipo porque creían que resultaría más dificultoso negarse a hacerlo.

⁵² Ricardo Olivera García (1989), *Manual de Derecho Bancario Uruguayo*, pp. 204 a 206.

Hoy en día, esto ya no sucede, sin embargo, los autores mencionados sostienen con vehemencia que las entidades financieras tienen el derecho y el deber de controlar no sólo la formalidad sino también el contenido de la resolución fundada. Esto es necesario, ya que las entidades en virtud de su conducta pueden ser objeto de severas sanciones civiles y penales. En consecuencia, los bancos no deben limitarse a comprobar la mera mención de “resolución fundada”, sino que deben comprobar la sustancia de la misma.

c) Banco Central

En función de lo establecido en el artículo 15 del Decreto - Ley N° 15.322, el artículo 25 no rige para el ejercicio de los cometidos del Banco Central (“vigilancia y orientación de la actividad financiera privada, fiscalizando el cumplimiento de las leyes y decretos que rijan tal actividad así como las normas generales e instrucciones particulares que dicte”).⁵³

d) Personas que integran la “empresa”

Las personas que forman parte de la entidad de intermediación financiera pueden acceder a las operaciones e informaciones amparadas por el secreto bancario en caso de ser necesario para el cumplimiento de sus tareas, sin que esto implique

⁵³ “Ley 15.322.”

una violación del mismo. Esto queda establecido en el artículo 2 del Decreto N° 44/983.

e) Situaciones no excluidas

Con respecto al resto de los organismos que tienen facultades de control sobre las entidades financieras, y fundamentalmente los que recaudan tributos, les resulta oponible el secreto profesional.

Es importante destacar que el Decreto - Ley derogó el artículo del Código Tributario que obligaba a los bancos a otorgar toda la información que tuvieran a los organismos recaudadores de tributos. A partir de esta derogación, los bancos no deben dar a conocer información amparada por el secreto profesional ni tampoco aquella información, que a pesar de no estar amparada por el Decreto - Ley N° 15.322, sí lo está por los usos bancarios.

Merece especial atención la causal que establece que el secreto bancario puede ser levantando por requerimiento judicial. Antes de la sanción del Decreto - Ley N° 15.322, las opiniones con respecto a este tema eran variadas. Por un lado, había quienes entendían que el deber de secreto profesional impedía que el banquero pudiera prestar testimonio o dar cualquier tipo de información en procedimientos civiles o criminales. También existían aquellos que admitían la revelación en casos justificados, y por último, quienes sostenían que el banquero podía eximirse

de brindar información en las causas civiles, pero no podía hacerlo a requerimiento de la justicia penal.

Como ya mencionamos, el Decreto - Ley N° 15.322 define esta situación en el artículo 25, al establecer que la obligación de guardar secreto profesional cesa “por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y, en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud”.

De dicha disposición legal se desprende que nuestro derecho se ubica entre los regímenes más estrictos en cuanto a la protección del secreto bancario, el cual no cede ante la justicia civil.

Pasando a analizar el derecho comparado, encontramos los siguientes casos:

- 1) En Italia, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se admite que el juez civil libere al banco de su deber de secreto, cuando exista un interés público comprometido. En materia penal, la ley procesal penal faculta al juez a examinar todo tipo de información y documentación del banco.
- 2) En Francia, existe acuerdo doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que el secreto bancario no puede oponerse ante la jurisdicción penal. En materia

civil, la mayor parte de la jurisprudencia se ha inclinado por obligar a las instituciones bancarias a prestar testimonio.

- 3) En la legislación federal suiza, en caso de quiebra o de embargos contra el deudor, la justicia civil puede relevar a los bancos de su obligación de guardar secreto. Lo mismo ocurre en caso de solicitud del juez penal.
- 4) En España, la doctrina sostiene que el banquero podría negarse a responder en un pleito civil en el cual estén juego informaciones amparadas por el secreto bancario. En cambio, el banquero no podría negarse a responder en caso de que se tratara de un requerimiento de la justicia penal.
- 5) En el derecho argentino, la doctrina considera que la obligación de secreto bancario no sería relevable por solicitudes de la justicia civil. Pero sí lo sería ante requerimientos penales o civiles en caso de quiebra.

Como vemos, todos los regímenes de derecho comparado citados precedentemente son menos estrictos que el consagrado por el Decreto - Ley N° 15.322 respecto a la protección del secreto bancario.

A modo de resumen, el levantamiento del secreto bancario en nuestro país puede darse a pedido de la Justicia Penal, o de la Justicia competente en caso de estar en

juego una obligación alimentaria. El juez debe presentar una resolución fundada, pudiendo incurrir en responsabilidad en caso de no hacerlo.

3.4.2 Tipificación del delito de violación del secreto bancario.

Quien infringe el deber de secreto podría llegar a incurrir en tres tipos de responsabilidad: penal, civil y administrativa.

a) Responsabilidad penal

El Decreto - Ley establece que quienes hayan revelado información u operaciones amparadas por el secreto bancario fuera de las causales previstas, será penado con 3 meses de prisión a 3 años de penitenciaría.

En vista de que se trata de una sanción consistente en la privación de la libertad, sólo pueden ser pasibles de la misma personas físicas. Por otro lado, es importante destacar que el delito tipificado por el Decreto - Ley N° 15.322 se comete sólo por el hecho de revelar información amparada por el secreto bancario, independientemente de que cause un perjuicio al cliente de la entidad financiera.

b) Responsabilidad civil

La responsabilidad civil recae sobre el particular que solicita información confidencial sin fundamento, realizando un uso abusivo de las vías procesales.

Al igual que la responsabilidad penal, la responsabilidad civil acaece aunque no se cause ningún perjuicio al cliente.

Asimismo, este tipo de responsabilidad recaerá también sobre la persona jurídica (empresa de intermediación financiera), cuando la decisión de revelar información sin justa causa provenga de la misma. También recaerá sobre la persona del empresario cuando la revelación de la información secreta haya sido realizada por una persona física subordinada (responsabilidad civil por el hecho del dependiente).

En el caso de que no se trate de personas físicas dependientes, es decir, que la revelación de información sea realizada por personas que integran la organización en forma independiente (asesores externos, auditores), la responsabilidad civil recaerá sobre ellos y no sobre la persona del empresario.

c) Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa se genera cuando se viola la norma que establece la obligación de secreto.

El artículo 20 del Decreto - Ley consagra la potestad sancionatoria que tiene el Banco Central respecto de las personas físicas o jurídicas que violen las leyes y decretos que rigen la intermediación financiera así como las normas generales y particulares que dicte dicho organismo.⁵⁴

⁵⁴ Ricardo Olivera García (1989), *Manual de Derecho Bancario Uruguayo*, pp. 200 a 208.

CAPÍTULO 4 – MODIFICACIONES AL SECRETO BANCARIO
INTRODUCIDAS POR LA LEY DE REFORMA TRIBUTARIA N° 18.083

4.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

El secreto bancario previo a la sanción de la Ley de Reforma Tributaria N° 18.083 del 27 de diciembre de 2006 no se podía levantar bajo ningún concepto a efectos fiscales. Únicamente era revelable a solicitud del interesado, mediante “autorización expresa y por escrito o en caso de que estuviera en juego una obligación alimentaria a través de una resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente”.

A nivel internacional tampoco se otorgaba información tutelada por el secreto bancario si un estado extranjero solicitaba la misma por cuestiones fiscales. Al respecto citamos la sentencia N° 403/995 de la Suprema Corte de Justicia que resume cuál era la posición de Uruguay en ese entonces: “(...) se entiende que la delimitación legal precisa del deber de guardar reserva en esta materia; es otra de las notas imprescindibles para prestigiar a nuestro país como un centro financiero seriamente organizado”.⁵⁵

⁵⁵ Dr. Leonardo Costa (2010), “Presentacion Secreto Bancario”,
http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Uruguay/Local%20Assets/Documents/seminariostax/2010_06_16%20-%20Presentacion%20Secreto%20Bancario.pdf.

Antes de la sanción de la ley N° 18.083, el contribuyente no estaba obligado a levantar el secreto bancario a favor de la Dirección General Impositiva (en adelante DGI). Ello se debía a que dicho levantamiento no formaba parte del deber de colaboración establecido en el artículo 70 del Código Tributario⁵⁶, que citamos a continuación:

“Artículo 70.- (Obligaciones de los particulares).- Los contribuyentes y responsables están obligados a colaborar en las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la Administración; y en especial deberán:

A) Llevar los libros y registros especiales y documentar las operaciones gravadas en la forma establecida por la ley, el reglamento o las resoluciones de los organismos recaudadores.

B) Inscribirse en los registros pertinentes, a los que aportarán los datos necesarios y comunicarán oportunamente sus modificaciones.

C) Conservar en forma ordenada los libros y demás documentos y registros durante el término de prescripción del tributo, según lo dispuesto por las normas pertinentes.

D) Facilitar a los funcionarios fiscales autorizados, las inspecciones o verificaciones en cualquier lugar, domicilios, establecimientos industriales o comerciales, oficinas, depósitos y medios de transporte.

E) Presentar o exhibir en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados las declaraciones, informes, comprobantes de legítima procedencia de mercaderías, y

⁵⁶ Fleck Moyano, Patricia Luján y Cervini, Raúl, citados por Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional* (Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires), pp. 117 y 118.

toda documentación relacionada con hechos generadores de obligaciones tributarias, y formular las ampliaciones o aclaraciones que les fueren solicitadas.

F) Comunicar cualquier cambio en su situación que pueda dar lugar a la alteración de su responsabilidad tributaria.

G) Concurrir a las oficinas fiscales cuando su presencia sea requerida”.⁵⁷

Por lo tanto cualquier negativa a otorgar información al Fisco no podía generar una presunción en contra del contribuyente.

Con la entrada en vigencia de la ley N° 18.083, la situación previa, en la cual el secreto bancario era oponible ante la DGI se comienza a relativizar. Se busca que la Administración Tributaria (en adelante AT) pueda acceder a información bancaria, como lo hacía antes de la sanción del Decreto - Ley N° 15.322. Si bien la reforma no vuelve al régimen anterior de libre acceso, establece tantas facultades a favor de la AT, que debilita sustancialmente el secreto bancario.⁵⁸

A continuación mencionaremos las principales modificaciones introducidas en este aspecto.

⁵⁷ Dirección General Impositiva. Normativa y Dictámenes, “Código Tributario,” <http://www.dgi.gub.uy/wdgi/hgxpp001?6,4,205,O,S,0,MNU;E;14;2;MNU;>

⁵⁸ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, p. 99.

4.2 AUTORIZACIÓN VOLUNTARIA POR PARTE DE LOS CONTRIBUYENTES PARA LEVANTAR EL SECRETO BANCARIO

En el artículo 53 de la Ley de Reforma Tributaria (en adelante LRT), el cual citamos a continuación, se establece que los contribuyentes podrán autorizar voluntariamente el levantamiento del secreto bancario ante la DGI por un período de tiempo determinado. Al respecto debemos precisar que esta autorización comprende a todas las instituciones de intermediación financiera y que una vez otorgada, la misma resulta irrevocable. El beneficio del contribuyente está en que la DGI podrá reducir los plazos de prescripción de las obligaciones tributarias de 5 y 10 (tal como establece el artículo 38 del Código Tributario), a 2 y 4 años respectivamente.⁵⁹

“Artículo 53. Levantamiento voluntario del secreto bancario.- La Dirección General Impositiva (DGI) podrá celebrar acuerdos con los contribuyentes en los que éstos autoricen, para un período determinado, la revelación de operaciones e informaciones amparadas en el secreto profesional a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

La autorización conferida por los contribuyentes en los términos del inciso anterior tendrá carácter irrevocable y se entenderá dirigida a todas las empresas

⁵⁹ Dra. Paula Algorta Morales (2007), “CAMBIOS EN SECRETO BANCARIO Y EN EL EMBARGO DE CUENTAS,” *RUEDA, ABADI & PEREIRA*, http://www.rap.com.uy/spa/publicaciones/pdf/2007/modificaciones_secreto_bancario_lrt.pdf.

comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

Para quienes otorguen la autorización referida en el inciso anterior, la DGI podrá reducir el término de prescripción de sus obligaciones tributarias. En tal caso, los términos de cinco y diez años establecidos por el artículo 38 del Código Tributario, podrán reducirse a dos y cuatro años respectivamente.”

Como bien lo expresa el título del artículo, el contribuyente puede pedir voluntariamente el levantamiento del secreto bancario. Este debe ser un acto libre y el contribuyente no debe verse coaccionado de ninguna manera.

Esto es sostenido por la más autorizada opinión doctrinaria uruguaya. Bayardo Bengoa, por ejemplo, expresa que “el consentimiento, de conformidad con los principios generales, debe emerger impulsado por la libre manifestación, y no serlo por medio de la violencia, amenaza o de otro modo ilícito”.⁶⁰ Como vimos, el secreto bancario forma parte del secreto profesional, y como tal, el relevamiento del mismo debe cumplir con una serie de características.

En primer lugar, debe ser un acto libre y no viciado, lo que significa que ninguna autoridad estatal puede coaccionar al contribuyente, ni considerar la no revelación de la información como una presunción en contra. Tampoco puede presionar al contribuyente a través del otorgamiento de un beneficio a condición del

⁶⁰ Citado por Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 124 y 125.

levantamiento. Si el banco toma conocimiento de que el contribuyente fue coaccionado para levantar el secreto bancario, no debería cumplir con dicha solicitud.

En segundo lugar, la AT tampoco puede coaccionar a un tercero que tenga información sobre las cuentas de determinado contribuyente en virtud de una relación profesional, como sería el caso de un asesor fiscal. En caso de que el profesional revelara la información, estaría cometiendo el delito de violación del secreto profesional previsto en el artículo 302 del Código Penal.

Por otro lado, la Administración Fiscal no puede proponer el relevamiento del secreto bancario, promoviendo una acción en contra del contribuyente, basada en el artículo 110 del Código Tributario y desplazando de esta forma la investigación administrativa hacia la órbita penal. No se puede convertir una investigación administrativa en una investigación penal, con el sólo propósito de conocer la información bancaria de un contribuyente, ya que ello no constituye un fundamento legítimo. La Administración sólo podrá iniciar un levantamiento por vía penal, a través de los mecanismos previstos a estos efectos y a condición de que exista una resolución fundada. El no poder acceder a la información bancaria del contribuyente, no constituye un fundamento válido.

Otro aspecto a destacar es el cambio introducido por la LRT en cuanto a que la autorización de levantamiento puede estar dirigida directamente al Fisco. Previo a

la sanción de la LRT, según lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322, el relevamiento debía solicitarse por medio de una “autorización expresa y por escrito del interesado” dirigida directamente al banco y no a un tercero. De no cumplirse con este requisito, el banco no podía brindar acceso a la información. Además de controlar esto, debía atender a los aspectos sustantivos, como por ejemplo, que el contribuyente autorice el relevamiento “libremente y sin condiciones”.

A partir de la Ley N° 18.083, el contribuyente puede autorizar directamente al Fisco a solicitar la información al banco, y dicha autorización “se entenderá dirigida a todas las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982”, es decir, a toda la red bancaria.⁶¹

Por último, el artículo 53 también establece que la autorización dada por el contribuyente tendrá carácter irrevocable. Esto va en contra de uno de los derechos fundamentales e irrenunciables de los individuos, el derecho a la privacidad, ya que al no poder revocar la liberación del secreto, el individuo estaría renunciando al mismo. Así como otorga la autorización, debería poder revocarla o limitarla.

Finalmente, debemos mencionar que la reforma tributaria introdujo también una exoneración al Impuesto a la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF)

⁶¹ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 117 a 131.

condicionada a que el contribuyente acceda a levantar el secreto bancario, entre otras cosas. Dicha exoneración está establecida en el literal J) del artículo 27, de la ley N° 18.083, el cual establece:

“ARTÍCULO 27.- Están exonerados de este impuesto:

(...)

J) Las rentas derivadas de arrendamientos de inmuebles cuando la totalidad de las mismas no superen las cuarenta Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC) anuales, siempre que el titular autorice expresamente el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982. Esta exoneración no operará cuando el titular genere, además, otros rendimientos de capital que superen las 3 BPC anuales”.⁶²

Como vemos, esto lo que hace es condicionar una exoneración al levantamiento del secreto bancario, lo que refuerza aún más el debilitamiento de dicho instituto.⁶³

⁶² “Ley 18.083,”

[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18083&Anchor=.](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18083&Anchor=)

⁶³ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 149 y 150.

4.3 SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO ANTE DENUNCIAS PENALES

Esta causal de levantamiento queda establecida en el artículo 54 de la LRT, en donde se establece que la AT podrá solicitar en forma expresa y fundada la revelación de información amparada por el secreto bancario si presenta una denuncia fundada por el delito de defraudación tributaria. Dicho delito se encuentra consagrado en el artículo 110 del Código Tributario, el cual establece:

“(Defraudación tributaria).- El que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener, para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.

Este delito se perseguirá a denuncia de la Administración Tributaria, mediando resolución fundada”.⁶⁴

Resulta importante aclarar, como veremos a continuación en el artículo, que el levantamiento del secreto bancario sólo alcanza a las operaciones en cuenta corriente y caja de ahorro.

Si durante el plazo previsto (treinta días hábiles), el juez se pronuncia a favor del levantamiento, la Sede dará curso a la solicitud comunicándolo al Banco Central

⁶⁴ Dirección General Impositiva. Normativa y Dictámenes, “Código Tributario.”

del Uruguay (en adelante BCU), para que luego dicho organismo proceda a pedir la información a las instituciones correspondientes.

Pero lo que debemos resaltar es la importancia que adquiere el último inciso del artículo, al establecer el levantamiento tácito del secreto bancario, una vez transcurrido el plazo establecido (treinta días hábiles) sin que medie pronunciamiento en contrario por parte del juez.⁶⁵

“Artículo 54. Levantamiento del secreto bancario.- Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada al amparo del artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de dicha norma quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del juez de la causa. En tal hipótesis, el levantamiento del referido secreto alcanzará exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y en caja de ahorro.

Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del

⁶⁵ Dra. Paula Algorta Morales (2007), “CAMBIOS EN SECRETO BANCARIO Y EN EL EMBARGO DE CUENTAS.”

Decreto-Ley N° 15.322, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos.”

A continuación realizaremos un análisis del citado artículo.

En primer lugar, es de resaltar que la ley le otorga una facultad al Fisco, que no tiene ningún otro denunciante en un proceso penal, lo que sitúa a la AT en una posición de mayor poder en cuanto a solicitar el levantamiento del secreto bancario en un proceso penal. Esto se debe a que la Administración Fiscal pasa a tener la potestad de solicitar a su criterio el relevamiento.

Esto implica un cambio sustancial en el procedimiento, ya que el análisis de los elementos de prueba y el posterior dictamen de resolución fundada, dejan de estar en manos del juez para estar en manos de la AT. El juez ahora debe limitarse a pronunciarse a favor o en contra en el plazo previsto.

Los autores Cervini y Adriasola, a este respecto, plantean que se trata de una disposición que va en contra de una norma de rango constitucional, como lo es el artículo 8 de la Constitución que consagra el principio de igualdad, estableciendo lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.⁶⁶

⁶⁶ “Constitución de 1997,” <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm#2>.

La norma no dice nada al respecto de quién tiene la última palabra en caso de que el juez se oponga a la solicitud de levantamiento. Sin embargo, si nos basamos en el principio del Estado de Derecho le correspondería al juez tomar la decisión.⁶⁷

Por otro lado, la norma limita el alcance del levantamiento a las operaciones en cuenta corriente y caja de ahorro, lo que determina que sean pasibles de este relevamiento únicamente los bancos, las cooperativas abiertas de ahorro y crédito y las casas financieras. Por lo tanto, quedan excluidos de este artículo los corredores y agentes de bolsa, y los fondos de inversión cerrados, al no existir en ellos cuentas corrientes ni cajas de ahorro.

Cualquier otro tipo de depósitos o inversiones, cuya información sea necesaria para una investigación penal por defraudación fiscal, deberá obtenerse a través de las causales previstas en el artículo 25 del Decreto - Ley N° 15.322, siendo el juez el único habilitado para dictar la resolución fundada que permita llevar a cabo el levantamiento.⁶⁸

⁶⁷ Antonio Magalhães Gomes Filho, citado por Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional* (Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires), p. 113.

⁶⁸ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 113 y 114.

4.4 MODIFICACIONES A LOS REQUISITOS PARA PROCEDER AL EMBARGO DE CUENTAS BANCARIAS

La facultad de embargo de cuentas bancarias fue otorgada inicialmente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (en adelante MTSS), a través de la ley N° 15.907 del 10 de noviembre de 1987. A continuación citamos el artículo 290 de dicha ley:

“Artículo 290.- Facúltase a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social a solicitar, en los juicios ejecutivos que inicie para hacer efectivo el cobro de las multas impuestas, el embargo de las cuentas bancarias de las empresas, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón social del demandado. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay, quien lo hará saber a la red bancaria nacional. Esta, en caso de tener cuentas abiertas a nombre del ejecutado, deberá informarlo a la sede judicial en un plazo de tres días hábiles a efectos de proceder al embargo específico”⁶⁹.

Más adelante, con la ley N° 17.963 del 19 de mayo de 2006, se le confiere dicha facultad al Banco de Previsión Social (en adelante BPS), que en su artículo 15 establece:

⁶⁹ “Ley 15.903,”
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15903&Anchor=>.

“Artículo 15.- Facúltase al Banco de Previsión Social bajo resolución fundada a solicitar, en los juicios ejecutivos que inicie para hacer efectivo el cobro de los tributos que recauda, el embargo de las cuentas bancarias de las empresas, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón social del demandado. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay, quien lo hará saber a la red bancaria nacional. Ésta, en caso de tener cuentas abiertas a nombre del ejecutado, deberá informarlo a la sede judicial en un plazo de 3 (tres) días hábiles a efectos de proceder al embargo específico”.⁷⁰

A través del artículo 56 de la ley N° 18.083, la norma por un lado le otorga la facultad de solicitar el embargo de cuentas bancarias a la DGI y por otro, al incluir al BPS, unifica el tratamiento para ambas oficinas, derogando tácitamente lo establecido al respecto por la ley N° 17.963, ya mencionada.

A continuación, transcribimos el artículo 56 de la LRT, para luego realizar un análisis del mismo.

“Artículo 56.- Facúltase a la Dirección General Impositiva (DGI) y al Banco de Previsión Social (BPS), bajo resolución fundada, para el cobro de los tributos que recauda y/o administra, incluidas las multas, recargos y demás sanciones, a solicitar en los juicios ejecutivos que inicie y en las medidas cautelares que solicite, el embargo de las cuentas bancarias de los sujetos pasivos y de los

⁷⁰ “Ley 17.963,”

<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17963&Anchor=>

responsables solidarios, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón o denominación social del demandado o cautelado, conjuntamente con cualquier número identificatorio como ser el de los siguientes documentos o registros: cédula de identidad, pasaporte, documento de identidad extranjero, inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la DGI, o inscripción en el BPS. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay, quien lo comunicará por un medio fehaciente a todas las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, en un plazo de dos días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación.

El embargo de las cuentas bancarias a que refiere este artículo quedará trabado con la providencia judicial que lo decrete y se hará efectivo con la notificación del mismo a las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, por parte del BCU, según lo dispuesto en el inciso anterior”.⁷¹

En resumidas palabras, este artículo faculta a la DGI y al BPS bajo resolución fundada a solicitar en los juicios ejecutivos que inicien y en las medidas cautelares que soliciten, el embargo de cuentas bancarias de los sujetos pasivos y de los responsables solidarios, especificando únicamente su nombre completo o razón social y su respectivo número de identificación (CI o N° de Pasaporte, RUT, etc.).

⁷¹ “Ley 18.083.”

Frente a esto debemos remarcar la trascendencia que supone el hecho que se pueda solicitar el embargo de cuentas en el marco de las medidas cautelares, las cuales son adoptadas sin dar noticia previa al administrado, a diferencia de lo que sucede con los juicios ejecutivos.⁷² Actualmente, la AT adopta medidas cautelares antes de que finalicen los contradictorios administrativos, e incluso formula denuncias penales sin cumplir ese requisito.

El procedimiento establecido en el artículo consiste en que, en primer lugar, la DGI o el BPS solicitan el embargo al BCU. Acto seguido, este notifica a las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto - Ley Nº 15.322, quienes tienen un plazo de tres días hábiles a partir de dicha notificación para informar al BCU si el sujeto embargado posee fondos y valores, en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto (otro tipo de inversiones, títulos valores, etc.) y por qué montos. Las empresas que no posean fondos o valores a nombre del embargado, podrán no contestar la solicitud o hacerlo comunicando que el sujeto no posee cuentas en la institución. La información sobre las cuentas del embargado sólo podrá utilizarse a los efectos del embargo, no pudiendo usarse para determinar tributos, por ejemplo, salvo que el propio contribuyente lo autorice expresamente.

A través de la providencia judicial se traba el embargo, y el mismo se efectiviza con la notificación que realiza el BCU. Desde ese momento, todas las empresas

⁷² Dra. Paula Algorta Morales (2007), “CAMBIOS EN SECRETO BANCARIO Y EN EL EMBARGO DE CUENTAS.”

notificadas deberán informar las cuentas, depósitos o valores que tenga el o los sujetos embargados.

En lo que respecta al alcance de la información que los bancos deben proporcionar a solicitud del BCU, en primer lugar cabe señalar que la norma sólo autoriza al banco a identificar la cuenta e informar su monto al momento de la notificación, omitiendo todo tipo de información referente a movimientos anteriores, so pena de incurrir en responsabilidad civil y penal.

En segundo lugar corresponde analizar si la información se limita a los fondos situados en Uruguay o incluye también a las colocaciones realizadas en el exterior.

Actualmente, los bancos no sólo realizan las típicas operaciones de depósito en cuentas en el país, sino que también, cada vez más actúan como intermediarios por cuenta, orden y riesgo de sus clientes, realizando colocaciones offshore, operando como simple vehículo. Frente a esta situación, entendemos que no correspondería informar sobre dichas inversiones, ya que la norma se refiere a las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto – Ley N° 15.322, esto es, sujetas a la regulación del BCU y por lo tanto, a la legislación uruguaya. En todo caso, es responsabilidad del propio contribuyente informar la existencia de dichas colocaciones al momento de declarar su patrimonio ante el Fisco.

En relación a este tipo de colocaciones, el banco actúa a través de un mandato fiduciario, lo que suscita el problema de si debe informarse la existencia de dicho mandato ante la solicitud de información. Frente a esta disyuntiva, se ha entendido que el banco sólo debe revelar la existencia de dicho mandato en el caso de que se le solicite expresamente información respecto de este tipo de inversiones. Esto es así, en virtud de que en dichas colocaciones, el embargado no sería titular ni ordenatario de cuentas en la institución. En caso de que esta información sea solicitada expresamente, cabe analizar sobre qué extremos debe informar el banco, es decir, si sólo debe expresar que ha realizado este tipo de inversiones y por qué monto, o si también debe especificar en qué banco del extranjero la ha realizado, indicando también el número de cuenta.

La primera opción encuentra su fundamento en que la justicia uruguaya, debería acceder a los datos sobre el banco y el número de cuenta, haciendo uso de los mecanismos previstos en materia de cooperación internacional. De acuerdo a lo que plantean los autores Cervini y Adriasola, toda la información contenida en el mandato fiduciario debe ser informada al juez, si este lo solicita.

A modo de conclusión, el banco sólo debe informar sobre fondos o valores en depósito, cuenta corriente o custodia radicados en la plaza uruguaya y regulados por la ley uruguaya. Si revela información sobre colocaciones offshore, aun en la matriz o filiales o sucursales en otros países, se estaría violando el secreto

bancario y, en consecuencia, las personas físicas responsables incurrirían en el respectivo delito.

En relación a lo establecido por el artículo 56 que venimos analizando, vale la pena señalar las siguientes situaciones particulares:

4.4.1 Empresas comprendidas en el artículo 4° del Decreto - Ley N° 15.322.

Dicho artículo se refiere a las instituciones que exclusivamente pueden operar con clientes no residentes realizando operaciones de intermediación. Estas empresas, si bien operan con títulos valores, dinero o metales preciosos radicados fuera del país, al estar reguladas por la legislación uruguaya, les alcanza el artículo 56 de la ley N° 18.083, y por lo tanto no tendrían el mismo tratamiento que vimos con respecto a las colocaciones offshore.

4.4.2 Oficinas testigo o representaciones de bancos del exterior.

Muchas entidades financieras extranjeras tienen en Uruguay las denominadas oficinas testigo u oficinas de representación. Las mismas no se encuentran comprendidas en los artículos. 1° y 2° del Decreto - Ley N° 15.322 y, en consecuencia, no les aplica lo dispuesto por el artículo 56 de la LRT. Estas oficinas únicamente están obligadas a registrarse en el BCU.

4.4.3 Cuando el sujeto embargado por el Fisco es ordenatario y no titular de la cuenta.

En función de lo dispuesto por la ley, el banco sólo debe informar sobre las cuentas bancarias de las cuales el sujeto embargado sea el titular. Si a quien se busca embargar es sólo ordenatario o apoderado, el banco no podría otorgar la información, ya que en caso de hacerlo incurriría en responsabilidad penal.

4.4.4 Si el ejecutado por el Fisco es cotitular de la cuenta.

Pasamos a analizar qué pasa si el sujeto embargado no es el único titular de una cuenta y el otro titular no es objeto de la acción legal.

Frente a esta situación existen dos posibles soluciones. La primera, consiste en informar únicamente las cuentas en las que el sujeto embargado sea titular exclusivo. De esta forma, no se informaría sobre las cuentas de las que sea cotitular.

La otra alternativa sería informar cuales son las cuentas que el sujeto tiene tanto como titular como cotitular, sin dar ningún tipo de dato que permita identificar al cotitular ajeno a la investigación. En este caso, el banco se limita a dejar constancia que el sujeto es cotitular de determinada cuenta. Esto es así ya que, según lo dispuesto por la Sentencia 430 de la Suprema Corte de Justicia, también

puede violarse el secreto bancario mediante la revelación de información indirecta, que permita la identificación del cliente.⁷³

4.4.5 Los corredores y agentes de bolsa y los fondos de inversión.

Con respecto a estos agentes, es discutible a nivel de doctrina y jurisprudencia, si están alcanzados por el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322 o por el artículo 302 del Código Penal. Si consideráramos que les aplica el régimen de secreto bancario, igualmente ello no implicaría que estuvieran alcanzados por todas las normas en relación al mismo. Un ejemplo de esto es la ley N° 18.083, ya que no todas las disposiciones contenidas en la misma le serían aplicables, como por ejemplo el artículo 54 analizado en el apartado anterior.

Por su parte, el artículo 56 al permitir el embargo “de las cuentas bancarias de los sujetos pasivos o responsables”, estaría excluyendo a los corredores y agentes de bolsa y fondos de inversión, dado que “cuentas bancarias” existen exclusivamente en los bancos, cooperativas abiertas de ahorro y crédito y casas financieras. Por lo tanto, el Fisco no puede embargar cuota partes de un fondo de inversión.

Asimismo, el BCU tampoco podrá notificar a los corredores o agentes de bolsa para que informen si el ejecutado posee valores en custodia a los efectos de su embargo.

⁷³ Fleck Moyano, Patricia Luján y Cervini, Raúl, citados por Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, p. 109.

En conclusión, en estos casos, el secreto bancario sigue siendo oponible al Fisco, ya que no existen “*cuentas bancarias*” en estas entidades.⁷⁴

4.5 ALCANCE DEL SECRETO BANCARIO CUANDO LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA ACCEDE A INFORMACIÓN DEL BANCO COMO CONTRIBUYENTE

En el artículo 55 de la LRT, se limita el alcance del secreto bancario cuando la AT fiscaliza o controla al banco como contribuyente.

A continuación citamos dicho artículo:

“Artículo 55. Alcance del secreto bancario.- Interpretase que no está incluida en el secreto profesional a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la información que la administración tributaria solicite a las instituciones de intermediación financiera comprendidas en dicha norma, en relación a las obligaciones tributarias originadas en su condición de contribuyentes. Dicha información no podrá ser utilizada por la Administración en relación a terceros”⁷⁵.

Cuando el Fisco solicita información al banco a efectos de controlar el cumplimiento de sus obligaciones como contribuyente, accede indirectamente a

⁷⁴ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 110 y 111.

⁷⁵ “Ley 18.083.”

información de los clientes del mismo. Según lo dispuesto por el artículo 55 de la LRT, el secreto bancario no es oponible a la AT por la información a la que acceda en este contexto, a diferencia de lo que sucede con el BCU cuando dicho organismo supervisa a las instituciones financieras. El BCU está obligado a guardar secreto bancario y el no cumplimiento del deber de reserva trae aparejadas las correspondientes sanciones penales.

La situación del BCU, donde aplica la traslación del secreto bancario, no es la del Fisco. El artículo 55 establece claramente que la información no está incluida en el secreto bancario. Sin embargo, la Administración no podría llegar a utilizar la información con otros fines (“en relación a terceros”).

Si bien la norma no hace referencia al secreto tributario, debe interpretarse que la información sí estaría comprendida en el mismo. El secreto tributario consiste en que el Fisco no puede dar a conocer públicamente la información tributaria que maneja sobre sus contribuyentes, ya que la misma es una faceta del derecho a la privacidad de los individuos. En el caso del banco como contribuyente, la Administración estaría accediendo a la información de sus clientes, que también son contribuyentes, por lo que la divulgación de la misma estaría violando el secreto tributario y le aplicarían las correspondientes sanciones.

El secreto tributario se encuentra consagrado en el derecho uruguayo por el artículo 47 del Código Tributario, el cual establece que: “La Administración

tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales. Dichas informaciones solo podrán ser proporcionadas a la Administración tributaria y a los tribunales de justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaran por resolución fundada. La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente”.^{76 77}

4.6 CONCLUSIONES

De acuerdo a lo analizado en los apartados precedentes, podemos concluir que a consecuencia de los cambios que introdujo la Ley de Reforma Tributaria N° 18.083, las facultades de la Administración Tributaria (DGI) en cuanto al levantamiento del secreto bancario se vieron incrementadas. Esto trajo como consecuencia un notorio debilitamiento de dicho instituto. Las causales de levantamiento ya no se limitan a las establecidas en el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322, sino que se amplían, al incluirse las previstas en la LRT.

Como vimos, las nuevas causales de levantamiento que fueron introducidas, le otorgan a la AT mucho poder para acceder a la información de los contribuyentes, y no sólo eso, sino que, en lo que a embargos se refiere, tan sólo identificando al

⁷⁶ Dirección General Impositiva. Normativa y Dictámenes, “Código Tributario.”

⁷⁷ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 138 a 140.

contribuyente con su número de documento de identidad o pasaporte o número de RUT, según el caso, puede proceder a embargar sus cuentas en cualquier institución de intermediación financiera, a través de solicitudes genéricas emitidas por el BCU.

En lo que respecta a los acuerdos voluntarios que pueden establecer los contribuyentes con la AT, es de resaltar el hecho de que estos se vuelven irrevocables una vez otorgados y que a su vez, la autorización puede hacerse directamente al Fisco, dejando sin aplicación de alguna forma lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322, ya que según esta disposición, uno de los requisitos para el levantamiento es que las solicitudes estén dirigidas siempre al banco.

Por otro lado, la AT, en los casos de defraudación, adquiere la potestad de solicitar el levantamiento del secreto bancario a través de una denuncia ante el juez, que debe fundar. De esta forma adquiere mayor participación en la causa penal, ya que es la encargada de analizar los elementos de juicio que fundamentan la solicitud. La aprobación tácita de la misma, cuando el juez no se pronuncia en el plazo previsto, no hace más que reforzar la idea del poder adquirido por el Fisco.

En conclusión, la LRT marca un quiebre sustancial con el tradicional régimen de secreto bancario, consagrado en el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322, que

caracterizaba a nuestra plaza financiera como una de las más sólidas en cuanto a la reserva de la información bancaria.

CAPÍTULO 5 – EL SECRETO BANCARIO EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS BANCOS

5.1 OPERATIVA BANCARIA

5.1.1 La confidencialidad de la información.

En los bancos el secreto bancario constituye uno de los pilares fundamentales del negocio. Por lo tanto debe ser protegido en forma estricta para asegurar su correcto funcionamiento, y para contribuir al éxito y prestigio de la organización.

Por lo expresado anteriormente es que los bancos prestan especial cuidado a todos los aspectos involucrados con el secreto bancario. Siendo así, algunos bancos obligan a firmar un contrato de confidencialidad a los nuevos funcionarios que ingresen en la institución, así como también a los proveedores que comiencen a trabajar con la misma. Firmando dicho contrato, los empleados y proveedores asumen el compromiso de no divulgar información a la que accedan en función de sus tareas, y además la responsabilidad en caso de hacerlo.

Con el mismo objetivo, todos los bancos tienen su Código de Ética y Conducta, y su Código de buenas prácticas, en donde se incluye el tratamiento de la información relativa a los clientes por parte de todos aquellos que accedan a la

misma. Dichos documentos se publican en las páginas Web de los bancos y están a disposición del público en general.

A continuación analizamos las disposiciones previstas por los bancos en relación a este tema. Las mismas se encuentran presentes en los Códigos de Conducta y en los Códigos de buenas prácticas.

Por ejemplo, el Banco Santander, en su Código General de Conducta, capítulo III (“CONTROL DE LA INFORMACIÓN Y CONFIDENCIALIDAD”), numeral 22 (“Deber general de secreto”), establece entre otras cosas lo siguiente:

“1. Con carácter general, los Sujetos del Código deben guardar secreto profesional respecto a cuantos datos o información no públicos conozcan como consecuencia del ejercicio de su actividad profesional, ya procedan o se refieran a clientes, al Grupo, a otros empleados o a Directivos del mismo o a cualquier otro tercero.

En consecuencia, y sin perjuicio de la anterior regla general:

a. Deberán utilizar dichos datos o información exclusivamente para el desempeño de su actividad profesional en el Grupo, no podrán facilitarla más que a aquellos otros profesionales que necesiten conocerla para la misma finalidad y se abstendrán de usarla en beneficio propio.

b. Los datos e informaciones relativos a cuentas, posiciones financieras, estados financieros, negocios y, en general, actividad de los clientes serán tratados con confidencialidad y únicamente se trasladarán a terceros ajenos al Grupo con autorización expresa del cliente y según los procedimientos legalmente regulados.

(...)

2. Esta obligación de secreto persiste incluso una vez terminada la relación con el Grupo”.⁷⁸

En primer lugar, cabe señalar que los “Sujetos del Código” son todos los miembros que formen parte de los organismos administrativos del banco, así como sus empleados y los de las sociedades del Grupo.

Como mencionamos, la información que se protege es la de terceros, que derive de la actividad desarrollada en el banco y que no sea pública. Dicha información sólo puede ser utilizada con fines meramente profesionales, y sólo se divulgará con autorización del cliente, o de acuerdo a lo previsto en la ley.

Por último, es importante destacar que la obligación persiste aunque haya finalizado la relación laboral con el Grupo.

⁷⁸ Banco Santander Uruguay, “Código General de Conducta del Banco Santander Uruguay,” <http://www.santander.com.uy/>.

En el Código de Buenas Prácticas Bancarias del Santander, se refuerza la idea del tratamiento que debe darse a la información relativa a los clientes, incluso después de que dejan de serlo.⁷⁹

Similar tratamiento encontramos en otros Códigos de conducta y de buenas prácticas, como los del Citibank, HSBC y BBVA.

En los Códigos de conducta del Citi y del HSBC, se incluye la carta que deben firmar quiénes ingresen a trabajar al banco, la cual compromete al empleado a cumplir con las disposiciones del Código.

A continuación y a modo de ejemplo, transcribimos la carta del Citibank:

“Sólo para nuevos empleados:

Declaro que he leído el Código de Conducta de Citi y que comprendo mis obligaciones como empleado con respecto al cumplimiento de los principios, políticas y leyes enumerados en el Código, incluyendo cualquier enmienda realizada por Citi. Comprendo que una copia actualizada del Código de Conducta se encuentra publicada en el sitio web de Citi.

www.citigroup.com/citi/corporategovernance/codeconduct.htm

⁷⁹ Banco Santander, “Código de Buenas Prácticas Bancarias del Banco Santander Uruguay,” <http://www.santander.com.uy/>.

Comprendo que mi aceptación de cumplir con el Código de Conducta no constituye ni debe interpretarse como que constituye un contrato de trabajo por un período definido ni una garantía de continuación de mi relación laboral.

Firme aquí: _____

Fecha: _____

Escriba su nombre en letra de molde: _____

Número GEID: _____

Debe entregar este formulario firmado y completo a su representante de recursos humanos dentro de los 30 días posteriores a la recepción de este folleto. La falta de cumplimiento con dicho requerimiento no evitará que se le aplique este Código de Conducta o cualquiera de sus disposiciones.”

A su vez, resulta interesante, en el caso del Citibank, que además de incluir cláusulas referentes a la confidencialidad de la información del cliente, se menciona la exigencia a las empresas con las que trabaje el banco de proteger de igual manera la información.

“Cuando recurrimos a otras empresas para que nos presten servicios, les exigimos que protejan la información personal y confidencial que reciben.”

El Citibank también hace hincapié en lo importante que es consultar o asesorarse debidamente ante cualquier situación que ofrezca dudas sobre el tratamiento de la información del cliente.

Por último, con respecto a este banco, debemos destacar que realiza un tratamiento exhaustivo del tema de la confidencialidad, lo que demuestra la importancia del mismo, sobre todos para aquellos que comienzan la relación con el banco y pueden no estar al tanto de la relevancia de estos asuntos.⁸⁰

En la misma línea, el HSBC también contiene disposiciones sobre el tema y en particular hace mención al Decreto – Ley N° 15.322, para saber en qué casos corresponde entregar información amparada por el secreto bancario. Dicho banco, en su “Código de buenas prácticas bancarias”, además de establecer todo lo que ya mencionamos sobre la confidencialidad, dispone que ni siquiera se podrá divulgar información a los miembros del Grupo o de alguna compañía asociada, sin el consentimiento del cliente.^{81 82}

⁸⁰ Citibank, “Código de Conducta”,
http://www.citibank.com/citi/corporategovernance/data/codeconduct_es.pdf.

⁸¹ HSBC, “Codigo de Buenas Practicas”,
[http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_Buenas_Practicas.pdf/\\$FILE/Codigo_Buenas_Practicas.pdf](http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_Buenas_Practicas.pdf/$FILE/Codigo_Buenas_Practicas.pdf).

⁸² HSBC, “Codigo de Conducta”,
[http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_de_Etica.pdf/\\$FILE/Codigo_de_Etica.pdf](http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_de_Etica.pdf/$FILE/Codigo_de_Etica.pdf).

Por otro lado, también responsabiliza a los Gerentes por la correcta instrumentación y garantía del cumplimiento de la normativa, debiendo mantener informado al Oficial de Cumplimiento.

En el caso del BBVA, vemos como el banco ha adoptado normas y procedimientos para proteger el acceso a la información de los clientes, además de que responsabiliza a quiénes tengan acceso a la misma y no la custodien adecuadamente.^{83 84}

La Política de Privacidad del Banco Itaú, publicada en su página Web, establece que una de sus principales responsabilidades es mantener segura o protegida la información financiera.

Dicho banco autoriza a sus empleados a tener acceso a la información confidencial solo si es necesario para el desempeño de sus funciones. En caso de violar esta política, no solo estarían sujetos a las sanciones penales que establece la ley, sino también a las sanciones disciplinarias internas del banco.

⁸³ BBVA, “Código de Prácticas Bancarias de BBVA Uruguay”, <http://www.bbva.com.uy/wps/wcm/connect/5779660046ede274b8a2bac4b74a8913/CodigodePracticasBancariasdeBBVA%2520Uruguay.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5779660046ede274b8a2bac4b74a8913>.

⁸⁴ BBVA, “Código de Conducta del Grupo BBVA”, <http://www.bbva.com.uy/wps/wcm/connect/4e88948046ede274b8a1bac4b74a8913/CodigodeConducta.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4e88948046ede274b8a1bac4b74a8913>.

En cuanto a los proveedores, el Itaú les obliga a firmar un contrato de confidencialidad por el cual quedan autorizados únicamente a utilizar la información para prestar los servicios solicitados.

Asimismo, establece que cuando los auditores y asesores legales externos del banco, así como el BCU, le soliciten información en el cumplimiento de sus labores, deberán proporcionarla sin necesidad de pedir autorización al cliente. Esto es sin perjuicio de que en cualquier de estos casos, las personas, empresas y reguladores quedan sujetos a la normativa referente al secreto profesional.⁸⁵

El Código de Ética del Banco de la República Oriental del Uruguay (en adelante BROU), al respecto establece como dos de sus principios particulares la reserva bancaria y la confidencialidad. En dichos principios se describe el comportamiento que deberán tener los funcionarios del banco con respecto a la información de los clientes.⁸⁶

Observamos que las disposiciones sobre la confidencialidad y el cuidado del deber de reserva están presentes no sólo a nivel de banca privada, sino también de instituciones públicas. Lo que nos lleva a concluir que se trate del banco que sea, en sus respectivos Códigos, incluyen cláusulas para asegurar el correcto funcionamiento del secreto bancario.

⁸⁵ Banco Itaú, “Política de Privacidad,” <http://www.bancoitau.com.uy/>.

⁸⁶ Banco de la República Oriental del Uruguay, “Código de Ética”, http://www.brounet.com.uy/c/document_library/get_file?uuid=0622bbdf-90fd-4c30-99d0-bceb953e9e66&groupId=10164.

A continuación presentamos un cuadro que resume los puntos a destacar de cada banco:

Banco	Código de Conducta			Manual de Buenas Prácticas
	Información protegida	Utilización	Divulgación	
SANTANDER	De terceros, que derive de la actividad desarrollada en el banco y que no sea pública	Fines únicamente profesionales	Con autorización del cliente y/o según lo previsto en la ley	Énfasis en el tratamiento de la información relativa a clientes
CITIBANK	Se incluye carta de compromiso para nuevos empleados	Énfasis en el correcto asesoramiento ante	Mención especial: empresas con las que trabaje el banco deben proteger de igual	Ídem
HSBC	Mención especial al Decreto - Ley N° 15.322	Ídem	Ídem	No se podrá divulgar información de clientes ni siquiera a miembros del Grupo o compañía asociada, sin consentimiento de los mismos
BBVA	Adopción de normas y procedimientos específicos	Ídem	Responsabilización de involucrados en la incorrecta divulgación	Ídem
BANCO ITAU	Una de sus principales responsabilidades es mantener la información protegida	Ídem	Sanciones penales y disciplinarias	Obligación de firmar contratos de confidencialidad para los proveedores
BROU	Dos de sus principios fundamentales son la reserva bancaria y la confidencialidad	Ídem	Ídem	Ídem

5.1.2 Procedimiento frente a una solicitud de levantamiento del secreto bancario o de traba de embargo.

A través de una de las entrevistas que mantuvimos, nos informamos respecto a los procedimientos internos de un banco en particular respecto a la traba de embargos y a las solicitudes de levantamiento del secreto bancario. A continuación describiremos los procedimientos mencionados.

Las solicitudes de levantamiento y la traba de embargos llegan a los bancos principalmente por vía judicial, ya sea por casos de pensión alimenticia, o por causa penal. Sin embargo, también existe la posibilidad de que sea el Banco Central (por pedido de la justicia) quién envíe solicitudes genéricas a todos los bancos, como consecuencia de pedidos de levantamiento o de traba de embargos de la DGI, BPS o el MTSS.

Estas tres oficinas están facultadas por ley a solicitar información o a trabar embargos tan solo contando con el nombre de la persona o empresa, y su correspondiente cédula de identidad o número de RUT. Dichos organismos son los únicos a los que se les permite solicitar embargos genéricos a través del BCU. En el caso de la DGI, esta facultad fue otorgada con la reforma tributaria del 2007 (ley N° 18.083), a diferencia del BPS y el MTSS que ya estaban autorizados por otras leyes.

Para los embargos, el procedimiento comienza cuando el organismo envía un título ejecutivo al juzgado y solicita el embargo (por ejemplo, para el BPS puede ser una resolución firme, un avalúo, o declaraciones juradas de no pago, o convenios de pago caducos). El juez verifica que el título ejecutivo sea hábil, y siendo así traba el embargo sobre las cuentas bancarias, oficiando al BCU a comunicarlo a toda la banca pública y privada. Así es como el oficio llega al banco. El Departamento encargado de estos temas, en primer lugar verifica si la

persona o empresa objeto de la solicitud, tiene cuenta en el banco (accediendo al sistema).

Si la persona o empresa no tiene cuenta, puede contestarse el oficio dejando constancia de ello, o puede no contestarse. Frente a esto es importante mencionar que conviene contestar de todos modos, para que no se vuelva a recibir el mismo oficio ya que a veces el BCU reitera las solicitudes ante la no respuesta.

Si el sujeto objeto del embargo tiene cuenta, y tiene fondos en la misma, el embargo queda trabado automáticamente y en caso de tratarse de una cuenta corriente, por exigencia del BCU, el banco tiene cinco días hábiles para notificar al cliente que sus fondos fueron embargados. Si se trata de una caja de ahorros el banco no está obligado a ello, sin embargo algunos bancos lo hacen para que el cliente esté al tanto.

El procedimiento continúa con la respuesta del banco al BCU o al propio organismo (dependiendo de quién haya enviado la solicitud, dado que a veces puede mandarla directamente el organismo si sabe que el deudor tiene cuenta en el banco). A partir de ahí se inician las acciones de cobro.

Algunas particularidades del embargo:

1- Si el cliente tiene fondos que superan la deuda, sólo se embarga hasta el monto de la misma, quedando el resto a libre disposición. En el estado de cuenta al

cliente sólo le figuran los fondos que tiene a disposición, el resto se mueve a una cuenta vista dentro de la misma cuenta, pero que está a la orden del juzgado.

2- Los fondos embargados son los que existen al momento de la solicitud, sin importar que en el futuro ingrese más dinero a la cuenta. Si los fondos no son suficientes para cubrir el importe de la deuda, se embarga lo que haya y se comunica al organismo para que esté informado.

3- Generalmente, los embargos que traba el MTSS corresponden a multas adeudadas por infracciones a la normativa laboral, las cuales no son por importes muy significativos. Por el contrario, DGI solicita embargos por tributos adeudados, a lo que se le suma las multas y recargos, lo que hace que los montos puedan llegar a ser muy significativos.

4- El trámite de embargo lleva un tiempo considerable, por lo que muchas veces sucede que cuando se traba el mismo, el sujeto ya había pago la deuda, y entonces el cliente debe presentar al banco copia del escrito de levantamiento de embargo o el comprobante de pago del organismo acreedor.

5- Muchas veces el sujeto embargado es cotitular de una cuenta. En esos casos, se presume que a cada cotitular le corresponde el 50 % de la cuenta (en caso de que sean dos personas), a menos que el cliente al momento de abrir la cuenta especifique algo distinto (lo que no es muy usual). El banco procede a trabar

embargo sobre el total de la deuda y son las partes, quienes luego, si lo desean deben presentarse al juzgado, para arreglarse entre ellas.

6- Algunos clientes poseen en el banco otros activos distintos a cuenta corriente o caja de ahorro, como por ejemplo un cofre fort o bonos. En el primer caso, es necesario que exista un embargo específico y debe presentarse un alguacil del juzgado y realizar un acta de apertura. Con respecto a los bonos, se podría llegar a trabar embargo, pero ello resulta muy difícil porque debe identificarse el número y la serie del mismo, lo que actualmente es aún más complicado por existir cada vez más bonos electrónicos.

7- En la práctica, muchas veces los embargos no se llevan a cabo porque los contribuyentes no tienen fondos en la cuenta por haberlos retirado con anticipación.

En el caso de solicitud de levantamiento del secreto bancario, el procedimiento se inicia con la llegada del oficio de parte del juzgado (siempre actúa un juez tanto en la traba de embargo como en el levantamiento).

Lo que debe revisar el banco es si el mismo se solicita por resolución fundada. A este respecto, pueden llegar oficios que solamente establezcan que se pide la información “por resolución fundada”, no dando ningún otro tipo de explicación o fundamento. Frente a este tipo de oficios, el banco puede adoptar la posición de

dar la información aunque no se den motivos, o puede solicitar al juzgado una breve justificación del pedido. Algunos jueces toman a mal que se solicite información adicional, pero muchas veces el banco debe hacerlo para cubrirse de una eventual responsabilidad. En caso de no estar de acuerdo con el fundamento de la resolución, el banco puede agotar la vía administrativa recurriendo al Tribunal de Apelaciones. Ha pasado que la fundamentación no era correcta y por tanto no correspondía levantar el secreto.

Si el banco no da la información por creer que no es válida la fundamentación, cuando en realidad lo es, la persona que actúa en nombre del banco corre el riesgo de incurrir en responsabilidad y de ser procesado por desacato. En ese caso, además, la institución es pasible de una multa por parte del Banco Central.

En otros casos, cuando se trata causas penales, generalmente el juez solo indica que se trata de un asunto penal y eso es suficiente para otorgar la información.

Frente a casos dudosos, algunos bancos tienen consultores externos que los asesoran en estas situaciones. Igualmente la posición de muchos bancos, en caso de duda, es restrictiva, atendiendo a un criterio conservador a favor de los clientes.

Si el pedido de información proviene del exterior, se entiende que el juez uruguayo debe verificar la fundamentación dada por el juez extranjero para poder darle curso al procedimiento.

Cuando un banco tiene conocimiento de que un cliente posee colocaciones en el exterior (en otra institución, aun del grupo al que pertenezca el banco), no debe dar dicha información, sino que se debe limitar a responder sobre los activos que el cliente tiene en Uruguay. En esos casos debe realizarse un exhorto y ver si contestan los bancos del exterior.

En el caso de que un estudio contable o un auditor externo del cliente solicite información sobre el mismo, deberá presentar una carta firmada por alguien que tenga firma registrada en el banco, autorizando al banco a otorgar la información. Estas solicitudes, al tener autorización del cliente, generalmente no llegan al departamento encargado de contestar los oficios, sino que se encarga el propio oficial de cuentas o el sector de Contaduría. Si llegara a pasar que el cliente se quejara, argumentando que nunca firmó la carta de autorización, existen mecanismos previstos (formularios de denuncia) para el reclamo. En caso de que la respuesta no sea satisfactoria para el cliente, este podrá recurrir al Banco Central, quien hará la investigación pertinente.

Luego de haber analizado cómo se desarrolla la operativa bancaria en estos aspectos, podemos concluir que en muchas situaciones no queda del todo claro para los bancos cómo deben actuar. Por un lado deben velar por los intereses de sus clientes, pero por otro deben cumplir con la normativa. Es en esa puja de intereses que el banco debe moverse con cautela e intentar cumplir con ambas

partes. Consideramos correcto que de ser necesario los bancos recurran a un asesoramiento externo que los ayude a encontrar el mejor camino.

5.2 ROL DEL BANCO CENTRAL DEL URUGUAY Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA PRESERVAR EL SECRETO BANCARIO

Al Banco Central del Uruguay, organismo regulador del sistema financiero, le compete, entre otras cosas, el control de todas las instituciones comprendidas en el artículo 1° de dicho Decreto (toda persona pública no estatal o privada que realice intermediación financiera), como bien lo establece el artículo 15 del Decreto – Ley N° 15.322. Dicho artículo establece lo siguiente:

“Las empresas e instituciones comprendidas en el artículo 1° de esta ley, estarán sometidas al control del Banco Central del Uruguay, anterior, concomitante y posterior a su gestión.

El Banco Central del Uruguay ejercerá a su vez, por los medios que juzgue más eficaces, la vigilancia y orientación de la actividad financiera privada, fiscalizando el cumplimiento de las leyes y decretos que rijan tal actividad así como las normas generales e instrucciones particulares que dicte. Para el ejercicio de tales cometidos no le será oponible lo dispuesto en el artículo 25 de la presente ley”.⁸⁷

⁸⁷ “Ley 15.322.”

Como podemos observar, al Banco Central no le es oponible el artículo 25 a los efectos de llevar a cabo sus tareas de control. El BCU debe cerciorarse de que todas las leyes y decretos que regulan el sistema financiero sean cumplidos. Para poder llevar a cabo dicha tarea, accede a información correspondiente a los clientes de la institución de que se trate y es aquí donde vemos que no le es oponible el artículo 25. Más allá de esto, el BCU y sus funcionarios deberán mantener la información en secreto y sólo podrán utilizarla para los fines por los cuales accedieron a ella, es decir, la fiscalización del cumplimiento de las normas referentes al sistema financiero.⁸⁸

Además de las funciones de control que le competen al Banco Central, resulta importante mencionar por el tema que nos ocupa, el rol que el BCU asumió con respecto a la prevención y control del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, ya que, las medidas tomadas en los últimos años pueden llegar a no ser del todo compatibles con la obligación de guardar secreto impuesta por el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322.

En este sentido, debemos comenzar haciendo mención a la Circular N° 1.722⁸⁹ emitida por el Banco Central el 21 de diciembre de 2000. Dicha circular crea la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), la cual funciona en la

⁸⁸ Bado Cardozo Virginia y López Rodríguez Carlos, “Secreto profesional financiero,” *Derecho Comercial*, <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseContFinSecreto01.htm>.

⁸⁹ Banco Central del Uruguay (2000), “Circular N° 1.722 - LAVADO DE DINERO. Creación de una Unidad de Información y Análisis Financiero (U.I.A.F.) que funcionará en la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera. - (Expediente B.C.U. N° 2000/1378),” <http://www3.bcu.gub.uy/autoriza/ggsegg/seggc1722.htm>.

Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera y tiene el cometido de tratar todo lo referente a las operaciones que involucren activos cuya procedencia sea de dudosa licitud. Es decir, su objetivo principal es la identificación, análisis y reporte de transacciones sospechosas.

Respecto a lo establecido por esta circular, el Dr. Raúl Cervini expresó que la misma va en contra de la regulación del secreto bancario, establecida por una norma de mayor rango legal (Decreto – Ley N° 15.322), ya que los cometidos de dicha unidad podrían llegar a ir en contra de la obligación de guardar secreto, al tener la obligación de denunciar operaciones sospechosas.⁹⁰

En relación a esto, consideramos importante analizar la entrevista realizada por el diario “El Observador” en marzo del 2009, a Ricardo Gil, quien fue Director de la Secretaría Nacional Antilavado de Activos de la Presidencia de la República durante la gestión de Tabaré Vázquez.

En dicha instancia se consultó a Ricardo Gil sobre la vinculación existente entre el secreto bancario y la prevención y el combate del lavado de activos. En primer lugar se le preguntó si la existencia del secreto bancario suponía alguna traba para la prevención y combate del lavado de activos. Ante esto, Gil expresó que por ahora el secreto bancario no constituye una traba importante, ya que puede ser levantado por vía judicial en caso de existir elementos suficientes y razonables al

⁹⁰ Raúl Cervini (2006), “Carga de Reportar Operaciones sospechosas a la luz de las Innovaciones de la Ley N° 17.835 de 23.09.04,” *Adriasola, Clavijo & Asociados - SERVICIOS LEGALES*, <http://www.adriasolaclavijo.com/publicaciones.php?b=a&n=6>.

entender de los jueces, y para el caso concreto de la UIAF tampoco lo es, ya que dicha unidad en la práctica obtiene información del sistema bancario en forma rápida.

En cuanto a qué opinaba sobre los problemas en el plano tributario, Gil se mostró en contra del sistema en este plano, ya que a su entender, el sistema defiende la privacidad y apunta a preservar propiedades independientemente de la forma en que se obtengan y a través de distintos tipos societarios es posible ocultar la identidad de los verdaderos beneficiarios.

Por otro lado, frente a la pregunta de si es partidario de que el secreto bancario se flexibilice más o que directamente se elimine, según Gil el país debe llevar a niveles razonables la transparencia, es decir, no es partidario de eliminarlo, sino de analizar cuáles son los impedimentos que trae para poder trabajar con seriedad. También expresó que para él, el mayor problema no es el secreto bancario, sino otros elementos que presentan serias complejidades. Uno de ellos es el tema societario, ya que más allá de la eliminación de las SAFIs a partir del 1º de enero de 2011, las sociedades comunes también pueden ser utilizadas para la realización de actividades con fines ilícitos. Según Gil, hay que reconocer y respetar la función que cumplen las sociedades comerciales en la economía, pero se debe incorporar la prevención. No se debe ver al secreto bancario como un derecho divino, ni como algo intocable, sino que si es necesario levantarlo, se debe hacer. De hecho, siempre que se ha necesitado se ha levantado, afirmó Gil.

Luego se le preguntó que efecto tendría la posible eliminación del secreto bancario, ante lo que respondió que para aquellos ciudadanos que no tienen nada que ocultar, la eliminación del secreto bancario no debería suponer un mayor problema. Según él, se trata de una problemática que va más allá del ciudadano común, afecta principalmente a un sector concreto de la sociedad (comerciantes, empresarios, industriales, etc.) y se mostró dispuesto a apoyar cualquier iniciativa que implique flexibilizar el secreto bancario ante requerimientos nacionales de una investigación. Frente a la interrogante de si el secreto bancario es un mecanismo que debería existir, Gil contestó que si bien a Uruguay se lo ha cuestionado mucho por ciertas actividades offshore que se realizan en el país, no está mal exportar servicios financieros, siempre que se tomen las medidas necesarias para que no se realicen actividades ilegales. Eso es lo que hay que cambiar según él, y si para eso es necesario flexibilizar o eliminar el secreto bancario hay que hacerlo. Sin embargo, si se pueden tomar las medidas adecuadas que prevengan ciertos riesgos y que permitan que Uruguay tenga una imagen seria, sin eliminarlo, entonces esto último no sería necesario. Para finalizar, se le preguntó sobre la imagen que tiene el extranjero de Uruguay como plaza financiera y él contestó que ha habido un fuerte cambio en este sentido, que se ha avanzado mucho y que se seguirá avanzando y que hay una sensación de respeto.⁹¹

⁹¹ María Orfila (2009), "Secreto Bancario-No tan secreto-(Mujica) Otra idea polémica-," <http://rigofa.blogdiario.com/1238418360/>.

CAPÍTULO 6 – EL SECRETO BANCARIO Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

6.1 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN A NIVEL MUNDIAL: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y OBSTÁCULOS

Antes de comenzar a analizar las principales características de la cooperación internacional, es importante destacar que la misma es un principio y no una excepción, lo que significa que un país no sólo debe cooperar con otro si existe un tratado de por medio, sino que puede hacerlo aun cuando no haya firmado uno.

La cooperación a nivel internacional comprende dos niveles: el judicial y el administrativo.

La doctrina identifica dentro de la cooperación judicial en materia penal los siguientes niveles: a) asistencia judicial de primer nivel, consistente en la realización de trámites, como ser las notificaciones, citaciones o pedidos, que no implican un daño para la persona; b) asistencia judicial de segundo nivel, que comprende los actos que causan gravamen irreparable al particular, como, por ejemplo, medidas cautelares, levantamiento de secretos, allanamientos o registros; y c) asistencia judicial de tercer nivel, que consiste en la medida más extrema, ya que involucra la libertad física de las personas, por medio de la extradición.⁹²

⁹² Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” p. 26.

Por su parte, la cooperación administrativa, que tuvo su origen en el combate del lavado de dinero, promueve el intercambio de información entre diversos organismos, las Unidades de Inteligencia Financiera (en adelante, UIFs). Dicho intercambio se realiza, generalmente, mediante memorandos de entendimiento entre los Bancos Centrales de los países. También puede darse mediante el intercambio directo entre las propias UIFs.⁹³ El intercambio de información entre las UIFs se trata de un mecanismo de carácter excepcional para los delitos relacionados con el lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

Volviendo a la cooperación judicial en materia penal, pasamos a analizar sus principales características. Dicha cooperación sólo se aplica cuando se trata de un delito, por lo tanto, no podría solicitarse este tipo de asistencia en casos de infracciones administrativas fiscales, por ejemplo.

Con respecto a los principios que la rigen, a continuación mencionaremos los más significativos:

6.1.1 Principio de respeto a la diversidad de los órdenes jurídicos.

Actualmente se reconoce la existencia de diversos órdenes jurídicos, lo que significa que se contempla que en algunos países no sean los jueces quienes se

⁹³ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 231 y 232.

encarguen de investigar delitos y solicitar información. En el pasado, sólo se admitía que fueran los jueces quienes solicitaran la cooperación judicial penal.

6.1.2 Exigencia de doble identidad delictual para actos de cooperación de segundo nivel.

Cuando se trata de medidas de segundo nivel, el juez del estado requerido para decidir si presta o no asistencia, debe considerar los hechos que se investigan y analizar si los mismos configuran algún delito en su Estado, aunque no se trate de la misma figura penal que en el Estado requirente. Para ello, el juez del Estado requerido deberá acceder a información completa sobre los hechos investigados a efectos de poder tomar la decisión.

6.1.3 El pedido de relevamiento de secretos por vía de cooperación judicial internacional se rige por la ley del Estado requerido.

6.1.4 Responsabilidad por excesos en el cumplimiento del pedido de asistencia.

Cuando se trata de pedidos de relevamiento de secreto bancario, el juez del Estado requerido debe proceder de igual manera que si se tratara de una investigación a nivel nacional. En consecuencia, el Estado requerido y no el requirente, será el responsable en caso de que el relevamiento se realice sin un fundamento adecuado.

El juez requerido debe realizar su propio análisis de los hechos, más allá de la investigación efectuada por el Estado requirente, ya que de lo contrario se va a ver imposibilitado de fundar la decisión. De esta forma, además se estaría limitando cualquier accionar abusivo del Estado requirente y dando mayores garantías al proceso.

En cuanto a la responsabilidad por los perjuicios causados por un relevamiento que no correspondía, la misma recae sobre el Estado requerido y no sobre el funcionario (el juez) que determinó el levantamiento. Sin embargo, el Estado puede ir contra el funcionario para resarcirse de lo que le hubiera costado reparar el daño ocasionado.

El funcionario sólo incurre en responsabilidad en caso de haber actuado con culpa grave o dolo, como por ejemplo si actuó sin motivación o si la misma fue defectuosa (pseudo motivación). Esta última sólo atiende a los aspectos formales, haciendo mención a que se trata de una investigación penal y que por eso es necesario el levantamiento del secreto bancario, sin contemplar los aspectos sustanciales, de fondo, que hacen a la resolución. Como podemos apreciar, la responsabilidad del juez es subjetiva, a diferencia de la responsabilidad del Estado, que es objetiva. Dado que no se trata de una persona física no es posible apreciar si hubo culpa o dolo como en el caso del funcionario.

Por último, es importante aclarar que la resolución mal fundamentada genera la nulidad del acto jurisdiccional.

6.1.5 El derecho del particular o entidad afectado por el acto de cooperación a oponerse al mismo.

Con respecto a la cooperación judicial penal internacional, han existido dos posiciones. Una, sostenida por los internacionalistas, considera que se trata de un acto de cooperación exclusivamente entre Estados, por lo que excluyen cualquier participación de los particulares o entidades privadas involucradas.

Otra, propia de la doctrina penal, sostiene que la cooperación internacional no sólo involucra a los Estados, sino que contempla la participación del particular objeto de la investigación, colocándolo en un plano de igualdad, permitiéndole de esta manera preservar sus derechos de un posible abuso por parte del Estado.

En la práctica, si bien la mayoría de los tratados incluyen una cláusula que expresamente prohíbe a los sujetos investigados oponerse al pedido de información, o no contienen ninguna mención acerca de su derecho a hacerlo, esto no significa que el particular no pueda oponer objeciones si lo entiende necesario.

Cervini y Chavez⁹⁴ consideran que el derecho del particular de oponerse al levantamiento se debe a la posibilidad de que le medida de asistencia pueda causarle un gravamen. Siendo así, sostienen que “la legitimación del sujeto concernido por los actos procesales de entreaayuda, para intervenir en ellos, está determinada precisamente por la posibilidad de recibir perjuicios resultantes de la actividad dedicada a cumplir aquellos. Esta posibilidad es evidente en las medidas de cooperación de tercer nivel (extradición). Pero también está presente la posibilidad de perjuicio dentro del elenco de medidas correspondiente al segundo nivel (...)”.

En el caso puntual de Uruguay, el juez es quien debe proteger las garantías individuales de las personas, de acuerdo al artículo 23 de la Constitución de la República: “Todos los Jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca.”⁹⁵ Este artículo respalda el hecho de que el particular afectado pueda manifestarse si considera que sus derechos corren el riesgo de ser violados. Si esto sucede, el juez no puede negar el reclamo en virtud de que existe un tratado que impide la participación de los sujetos involucrados. Esta disposición no puede limitarse a asuntos internos, ya que se trata de un artículo de la Constitución que consagra la tutela jurisdiccional, propia de la forma democrática de gobierno, y por ello no puede verse subordinada a un tratado de cooperación internacional.

⁹⁴ Citados por Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” p. 34.

⁹⁵ “Constitución de 1997,” <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm#2>.

Esta idea se ve reforzada por lo establecido en el artículo 11.1 del Código General del Proceso, que consagra el derecho de las personas de recurrir a los Tribunales en caso de tener un problema jurídico (“11.1 Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.”⁹⁶). Al igual que la disposición anterior, este derecho no puede limitarse al ámbito doméstico, sino que abarca a todo el ordenamiento jurídico.

A su vez, a través de la ley N° 15.737, Uruguay ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que en su artículo 8.1 establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.⁹⁷

En conclusión, vemos como disposiciones de derecho internacional, constitucionales y legales, están alineadas con la posición de la doctrina penal, que considera que el particular afectado tiene derecho a objetar la medida, ya que

⁹⁶ “Ley 15.982 - Código General del Proceso,” <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15982&Anchor=>.

⁹⁷ “CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHO HUMANOS - PACTO SAN JOSE COSTA RICA,” <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/pactos/Pact15737.htm>.

de lo contrario se lo estaría privando del principio de tutela jurisdiccional, que ampara a los ciudadanos que acuden a los Tribunales en caso de haberse violado sus derechos.

En cuanto a los obstáculos que se presentan en la cooperación penal internacional, si bien se dice que el secreto bancario dificulta el intercambio de información, esto no es así, sino que es el secreto societario el verdadero obstáculo. El secreto bancario es una manifestación legítima del derecho a la intimidad y ante una solicitud de levantamiento bien fundada, no puede negarse ni obstruirse el otorgamiento de la información. En cambio, el secreto societario muchas veces obstaculiza la cooperación para combatir el crimen organizado, especialmente en casos de lavado de dinero.

Muchas veces se confunden los mencionados secretos y es por eso que se piensa que el secreto bancario es una de las características principales de los centros offshore o paraísos fiscales. Lo que en realidad caracteriza a los paraísos fiscales es el anonimato o poco conocimiento de los beneficiarios finales de las compañías que poseen activos en dichas jurisdicciones.

Tampoco constituye un obstáculo el hecho de que los paraísos fiscales tengan baja o nula tributación, sino que el verdadero problema que contribuye a que se concreten los fraudes internacionales y que obstruye el buen funcionamiento de los tratados de cooperación es la insuficiente regulación bancaria y la carencia de

registros en cuanto a beneficiarios finales. Por lo tanto, el obstáculo lo constituye la regulación flexible y la poca supervisión que se da en estos centro financieros.⁹⁸

No podemos dejar de mencionar el riesgo que presenta el intercambio de información entre las UIAFs, ya que muchas veces con el motivo de investigar el delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, se trata de acceder a la esfera de tutela del secreto bancario, cuando en realidad los verdaderos fines son de persecución fiscal.

Por lo tanto, ante este riesgo es necesario hacer hincapié en que el intercambio de información entre las UIAFs debe darse exclusivamente en casos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

Por esto mismo es que si un juez está investigando delitos distintos del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, no puede recurrir a una UIAF para obtener información bancaria o patrimonial. Si necesita información tutelada por el secreto bancario, deberá solicitarla atendiendo a los procedimientos para su correcto levantamiento. En caso de necesitar información en poder de instituciones financieras del exterior, deberá obtenerla a través de los exhortos previstos en los tratados de asistencia mutua en materia penal.⁹⁹

⁹⁸ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” pp. 55 a 57.

⁹⁹ Ibid., pp. 71 y 72.

6.2 EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN A NIVEL REGIONAL: EL PROTOCOLO DE SAN LUIS

El 25 de junio de 1996 los países miembros del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) firmaron el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales en San Luis, Argentina. Dicho Protocolo fue ratificado por Uruguay a través de la Ley N° 17.145 del 28 de julio de 1999.

A continuación analizaremos algunas de las disposiciones del Protocolo en relación al intercambio de información.

En primer lugar, el Protocolo contempla en su artículo 40 el principio de respeto de diversidad de los órdenes jurídicos, estableciendo lo siguiente: “Las solicitudes transmitidas por una Autoridad Central, al amparo del presente Protocolo, se basarán en pedidos de asistencia de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos”.¹⁰⁰

Con esto lo que se busca es lograr un funcionamiento ágil de los asuntos judiciales entre los países miembros que tienen sistemas jurídicos diferentes. A través de lo dispuesto en este artículo, quedan legitimados para solicitar y otorgar información tanto los jueces como los fiscales. Sin embargo, podría interpretarse que además

¹⁰⁰ “MERCOSUR - PROTOCOLO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES,” <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/protocolos/prot17145.htm>.

de estos, estaría autorizado cualquier otro organismo que se encargue de la investigación de delitos. De ser así, se desvirtuaría la finalidad del Protocolo, y la información tutelada por el secreto bancario podría ser intercambiada fácilmente sin cumplir con los procedimientos previstos.

La información amparada por el secreto bancario en el ámbito del Protocolo, queda sujeta a la ley del Estado requerido. Por lo tanto, el juez que reciba la solicitud deberá verificar que se cumplan todos los requisitos previstos por la normativa de su país a tales efectos, para poder otorgar la información. Esto está consagrado por el artículo 15 literal b) del Protocolo que establece lo siguiente: “A solicitud de la autoridad competente del Estado requirente, la del Estado requerido: a) proporcionará copias de documentos oficiales, registros o información accesibles al público; y b) podrá proporcionar copias de documentos oficiales, registros o información no accesibles al público, en las mismas condiciones por las cuales esos documentos se proporcionarían a sus propias autoridades. Si la asistencia prevista en este literal es denegada, la autoridad competente del Estado requerido no estará obligada a expresar los motivos de la denegatoria”.¹⁰¹

En Uruguay, la autoridad competente para decidir sobre el levantamiento del secreto bancario es el juez, por lo que el Estado requirente deberá dirigir su

¹⁰¹ Ibid.

solicitud al Poder Judicial, más allá de que por decreto del Poder Ejecutivo, el juez deba requerir asesoramiento del Banco Central del Uruguay.

Luego de decidir dar curso a la solicitud, el juez uruguayo deberá dictar una resolución fundada. Es decir, una resolución que deje constancia de los argumentos de hecho y de derecho en que se basa su decisión.¹⁰²

No basta con que el pedido haga referencia al Protocolo, sino que el Estado requirente debe exponer las razones que hacen a la solicitud para que el juez requerido pueda emitir la resolución fundada, como si se tratara de un caso de relevamiento interno.

El Protocolo también contempla el principio de exigencia de doble identidad delictual para actos de cooperación de segundo nivel. Si bien el artículo 1.4 establece que las conductas no tienen porque configurar delito en el Estado requerido, se exceptúa de ello lo previsto en los artículos 22 y 23, que refieren a las medidas de cooperación de segundo nivel (medidas cautelares y entrega de documentos y otras medidas de cooperación).¹⁰³

El secreto bancario, al quedar comprendido en las medidas de segundo nivel, requiere para ser relevado que se configure el delito en ambos estados, el

¹⁰² Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 233 y 234.

¹⁰³ “MERCOSUR - PROTOCOLO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES.”

requirente y el requerido. Por lo tanto, el Protocolo apoya lo sostenido por la doctrina.

En los tratados de asistencia penal que ha firmado Uruguay este requisito de la doble identidad, para las medidas de segundo nivel, también está presente. Son ejemplos de ello, los tratados firmados con México, Cuba, Canadá y Venezuela.¹⁰⁴

Por otro lado, el artículo 1.5 impide a los particulares intervenir u oponerse al cumplimiento de la medida objeto de la asistencia. Este es un ejemplo de los tantos documentos que contienen esta cláusula, aunque como ya mencionamos, a pesar de esta disposición, a nivel de doctrina es un tema discutible. Además, de acuerdo a lo visto para el caso de Uruguay, pueden existir otros textos legales que sí avalen la participación y el derecho de oponerse de los particulares.

En conclusión, podemos apreciar que el Protocolo contempla lo previsto por la doctrina en cuanto a los principios que analizamos en el apartado anterior. En cuanto al principio de que rija la ley del estado requerido, creemos que es correcto que sea el juez del estado requerido quien deba emitir resolución fundada luego de analizar la solicitud y los elemento de prueba proporcionados por el estado requerido, ya que dota al procedimiento de mayores garantías para los particulares. Asimismo, el hecho de que las medidas de segundo nivel deban configurar delito en ambos estados, protege de mejor forma los derechos de los

¹⁰⁴ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 235 y 236.

sujetos que pueden ver perjudicado su patrimonio cuando se llevan a cabo este tipo de medidas. Por último, entendemos necesario que se respeten los distintos órdenes jurídicos, ya que de no ser así la implementación práctica del Protocolo sería compleja.

6.3 ROL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE)

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE) es una organización que se fundó en 1961 con las siguientes finalidades:

- Apoyar el desarrollo económico sostenible
- Incrementar el empleo
- Elevar los niveles de vida
- Mantener la estabilidad financiera
- Apoyar el desarrollo económico de otros países
- Contribuir al crecimiento del comercio mundial¹⁰⁵

La OCDE es una organización de cooperación internacional integrada por más de treinta estados (considerados los más avanzados y desarrollados del mundo) cuyo

¹⁰⁵ OCDE, “Acerca de la OCDE,”
http://www.oecd.org/pages/0,3417,es_36288966_36288120_1_1_1_1_1,00.html.

objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales.¹⁰⁶ Desde hace cuarenta años la OCDE es una de las fuentes de datos y estadísticas, económicas y sociales, más importantes y fiables del mundo.

Más allá de sus actividades de recolección de información, la OCDE analiza y prevé las evoluciones económicas. La organización estudia los cambios que afectan a la sociedad y a la evolución de diferentes áreas, como el medio ambiente, la agricultura, la tecnología, la fiscalidad, etc.. La OCDE vigila los principios de democracia y de economía de mercado, para lograr un crecimiento económico durable, desarrollar el empleo, mejorar el nivel de vida, mantener la estabilidad financiera y ayudar a otros países a desarrollar su economía y contribuir con el crecimiento del comercio mundial. Otro de sus cometidos es preparar informes sobre temas relacionados con la economía, además de supervisar el cumplimiento de las normativas internacionales de capitales.¹⁰⁷

A través de la OCDE, los gobiernos encuentran el medio para intercambiar experiencias, para solucionar problemas, y coordinar prácticas y políticas locales e internacionales. La OCDE incentiva el crecimiento y la lucha contra la pobreza, participando en la regulación del desarrollo económico, la estabilidad financiera, el comercio, la inversión, la tecnología, la innovación y la cooperación para el

¹⁰⁶ Florencia Castagnola y Juan Manuel Albacete (2009), “Uruguay se compromete ante la OCDE,” *On Line News Guyer & Regules*, <http://www.guyer.com.uy/newsletters/newsletter13.html>.

¹⁰⁷ Heber Perdigon (2009), “Uruguay no es un paraíso fiscal,” *Diario La República*, <http://www.larepublica.com.uy/politica/364408-uruguay-no-es-un-paraiso-fiscal>.

desarrollo. Otros objetivos de esta organización son la creación de empleo, la igualdad social, la transparencia y efectividad en la gobernación.

En los últimos años, la OCDE ha trabajado en una serie de temas económicos, sociales y de medio ambiente. En particular, se ha encargado del tratamiento de los sistemas tributarios y de los precios de transferencia, lo que ha dado paso a la firma de tratados bilaterales en materia tributaria en todo el mundo.¹⁰⁸

Sostienen que para formar parte de la organización los países deben comprometerse con la economía de mercado y la democracia pluralista. No es una organización exclusiva o cerrada, ya que a lo largo de los años nuevos países se han ido incorporando, y otros están interesados en hacerlo, para la cual deben ser aceptados por la organización. De todos modos, la OCDE mantiene relaciones con países no miembros a través de la suscripción de tratados y el compromiso con el desarrollo de determinadas actividades.¹⁰⁹

¹⁰⁸ OCDE, “Más información sobre la OCDE,”
http://www.oecd.org/document/7/0,3746,es_36288966_36288120_36954951_1_1_1_1,00.html.

¹⁰⁹ Wikipedia, la enciclopedia libre, “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”,
http://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_para_la_Cooperaci%C3%B3n_y_el_Desarrollo_Econ%C3%B3mico#Estados_miembros.

6.4 CUMBRE DEL GRUPO DE LOS 20 EN LONDRES (02.04.2009)

A grandes rasgos, el Grupo de los 20 es un conjunto de países que se reúnen regularmente para tratar temas relacionados con los países desarrollados y las economías emergentes. Su objetivo es fomentar la cooperación para lograr la estabilidad financiera internacional.¹¹⁰

El 2 de abril de 2009 el Grupo de los 20 se reunió en Londres, con el objetivo de tratar la transparencia, la nueva regulación de los mercados y la supervisión del desarrollo y crecimiento en el marco de la crisis financiera internacional.

En la cumbre se planteó cuáles son los compromisos que deben adoptar los distintos países para el cumplimiento de los objetivos mencionados. Deberán tomar medidas tendientes a estabilizar los mercados financieros y evitar que los particulares y empresas se vean muy perjudicados por la recesión. Asimismo, deberán colaborar con las acciones a nivel internacional para reestablecer el equilibrio de los sistemas económico y financiero, y recuperar su credibilidad. Por último, deberán cooperar con el crecimiento de la economía mundial.¹¹¹

Uno de los principales temas que se trataron en la cumbre fue el secreto bancario, con respecto al cual los líderes se pronunciaron a favor de la eliminación de dicho

¹¹⁰ Wikipedia, la enciclopedia libre, “Grupo de los 20 (países industrializados y emergentes)”, [http://es.wikipedia.org/wiki/Grupo_de_los_20_\(pa%C3%ADses_industrializados_y_emergentes\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Grupo_de_los_20_(pa%C3%ADses_industrializados_y_emergentes)).

¹¹¹ Wikipedia, la enciclopedia libre, “Cumbre del G-20 de Londres”, http://es.wikipedia.org/wiki/Cumbre_del_G-20_de_Londres#Metas.

instituto, argumentando que una de las causas de la crisis financiera internacional fue la falta de información sobre las pérdidas de las entidades.¹¹²

Como resultado de ello, solicitó a la OCDE, elaborar una nueva forma de categorización de las distintas jurisdicciones en función del grado de cumplimiento del intercambio de información tributaria a nivel internacional.¹¹³

En consecuencia, la OCDE publicó un reporte sobre el progreso que los países considerados centros financieros, habían tenido en la implementación de los estándares internacionales en materia de intercambio de información con fines tributarios. Dichos estándares fueron desarrollados por la OCDE, y establecen que el intercambio de información es obligatorio cuando es requerido para el cumplimiento de normas impositivas, y no debe considerarse los intereses impositivos internos, o el secreto bancario.¹¹⁴

¹¹² Javier González (2009), “Los logros de la cumbre del G-20 en Londres”, <http://www.elmundo.es/mundodinero/2009/04/02/economia/1238698910.html>.

¹¹³ Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2009), “Uruguay: país comprometido con estándares internacionales de intercambio de información,”

http://www.presidencia.gub.uy/_Web/noticias/2009/04/2009040318.htm.

¹¹⁴ Florencia Castagnola y Juan Manuel Albacete (2009), “Uruguay se compromete ante la OCDE.”

6.5 LISTAS EMITIDAS POR LA OCDE Y SUS CONSECUENCIAS

Como mencionamos, la categorización realizada por la OCDE refiere al grado de cumplimiento de los estándares en materia de intercambio de información a nivel internacional, e incluye los siguientes grupos de países:

- 1- Países que los han implementado sustancialmente. Dentro de esta categoría hay cuarenta países, entre los cuales encontramos a Argentina, Australia, China, Alemania, Estados Unidos, entre otros.
- 2- Países considerados “Paraísos Fiscales” y que se han comprometido a implementarlos, pero no lo han hecho sustancialmente. Esta categoría está integrada por treinta y seis países, entre los cuales se encuentran Bahamas, Liechtenstein y Panamá.
- 3- Otros centros financieros que se han comprometido a implementarlos pero no lo han hecho sustancialmente. Los países de esta lista son pocos, Chile, Luxemburgo y Suiza son ejemplos.
- 4- Países que no se han comprometido a implementarlos. Se incluye a Costa Rica, Malasia y Filipinas.¹¹⁵

¹¹⁵ Ibid.

El 2 de abril, al publicar el reporte, la OCDE incluyó a Uruguay dentro de la lista de países no comprometidos a implementar los estándares de intercambio de información a nivel internacional, junto con Costa Rica, Malasia y Filipinas.

Las “listas”, a pesar de tener un componente técnico en su elaboración, tienen una influencia política muy importante. Cabe señalar que la OCDE está compuesta por 30 países desarrollados, por lo que existe mucha especulación acerca de que las decisiones tienen más fundamento político que objetivo.

Unos pocos días antes de la emisión de las listas, el Gobierno uruguayo tenía conocimiento de un posible pronunciamiento adverso respecto a Uruguay, motivo por el cual fueron iniciadas gestiones a nivel de Cancillería y del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF) para evitarlo. Entre las listas que emitió la OCDE, se encontraba la nómina de países “no comprometidos en intercambiar información tributaria”, en la cual estaban Uruguay, Costa Rica, Malasia y Filipinas.

Dicha lista nunca fue calificada de “lista negra”, dado que la OCDE no hace uso de este término en su nomenclatura. Sin embargo, muchos medios de prensa, tanto nacionales como extranjeros, usaron ese calificativo, y peor aún, trataron a los países incluidos en esta lista como paraísos fiscales.¹¹⁶ Grace Pérez Navarro, directora adjunta del Centro de Política y Administración Fiscales de la OCDE,

¹¹⁶ Diario La República (2009), “OCDE retiró a Uruguay de lista de países “no colaboradores””, <http://www.larepublica.com.uy/politica/358904-ocde-retiro-a-uruguay-de-lista-de-paises-no-colaboradores>.

sostuvo que la inclusión de Uruguay en la lista de países no cooperantes “no fue el resultado de presión política externa” y que “el problema es que tiene un secreto bancario muy estricto”, al igual que Suiza.

Pérez Navarro declaró que “no existe lista negra. Es un calificativo de la prensa, un invento. Nosotros lo que hemos publicado en nuestro sitio Web es un informe que indicaba cuatro países que en ese momento no se habían comprometido a implementar los estándares de la OCDE acerca del intercambio de información. Existen cuatro tablas en las cuales se distinguen las posiciones de varios países. Tenemos ahí más de 84 países y están en posiciones diferentes. Los 84 países no son paraísos fiscales.” Continuó expresando que “en ningún momento se dijo que Uruguay era un paraíso fiscal. No reúne las condiciones para ser designado como paraíso fiscal. Existen cuatro factores principales para ser considerado como paraíso fiscal: 1) el régimen comporta imposición frágil o casi nula, con actividades financieras móviles sobre el plan geográfico. 2) El régimen está desconectado de la economía nacional. 3) El régimen carece de transparencia, quiere decir que los detalles de ese régimen o de su aplicación no son aparentes, o el control reglamentario o las informaciones financieras comunicadas son insuficientes. 4) La jurisdicción facilita el establecimiento de entidades bajo control extranjero sin obligación de la presencia local sustancial o prohíbe a esas entidades tener un impacto comercial sobre la actividad económica local (...)”.¹¹⁷

¹¹⁷ Heber Perdigon (2009), “Uruguay no es un paraíso fiscal.”

A pesar de la declaración realizada por Pérez Navarro en cuanto a que Uruguay no constituye un paraíso fiscal y que la OCDE nunca habló de una “lista negra”, tanto a nivel nacional como internacional, el país quedó mal posicionado. De todas formas hubo publicaciones que hablaban de “lista negra” al referirse a la lista de la OCDE y de paraísos fiscales a los países incluidos dentro de la misma. Por lo tanto, a partir de ese momento, Uruguay comenzó a emprender acciones tendientes a ser removido de la primera categorización realizada por la OCDE.

CAPÍTULO 7 – URUGUAY BUSCA ALINEARSE A LAS TENDENCIAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

7.1 COMPROMISOS ADOPTADOS PARA SER REMOVIDOS DE LA “LISTA GRIS” Y GRADO DE AVANCE EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS MISMOS

Como mencionamos en el capítulo anterior, Uruguay quedó incluido en la categoría de países no cooperantes con el intercambio de información a nivel mundial, es decir, que no estaban comprometidos con los estándares de la OCDE en este aspecto.

A raíz de esto, el Gobierno uruguayo, pocas horas después de la emisión de las listas, rechazó enfáticamente la categorización de Uruguay y las autoridades del MEF se mostraron en total desacuerdo y consideraron que se trataba de una descalificación errónea y discriminatoria que no se ajustaba a los criterios aplicados por la OCDE.¹¹⁸

El ex Ministro de Economía y Finanzas, Álvaro García, declaró que Uruguay no era paraíso fiscal de acuerdo a los criterios objetivos establecidos por la OCDE, y que además, desde la creación de la Reforma Tributaria, el país comenzó un plan

¹¹⁸ Diario La República (2009), “OCDE retiró a Uruguay de lista de países “no colaboradores”.”

de acción cuyos objetivos son los tratados de promoción y protección de inversiones para evitar la doble tributación y el fomento de la transparencia.

García explicó que Uruguay necesita la recepción de inversiones para fortalecer su crecimiento económico, por lo que el énfasis se hace en los tratados de protección y promoción de inversiones con diferentes países para otorgarles determinadas garantías. Además, muchos de estos tratados incluyen cláusulas para evitar la doble imposición tributaria, que evitan que los inversores paguen dos veces los impuestos.

El MEF, luego de la categorización de la OCDE, entró en contacto con la organización para aclarar el asunto y comprometerse a dejar atrás aquellos aspectos que pudieran haber sido la razón de dicha categorización. El Gobierno resaltó que las prácticas y compromisos asumidos no aportaban razones para estar dentro de esa lista.¹¹⁹

En consecuencia, Uruguay comunicó formalmente a la OCDE “su firme compromiso al respecto, basado en la extensión de la red de tratados para evitar la doble imposición, y en la aplicación de los estándares de la OCDE sobre intercambio de información, particularmente contenidos en el artículo 26 del modelo del organismo de 2005”. Esto implica la “obligación mutua de los países signatarios de intercambiar información tributaria ante el requerimiento de la otra

¹¹⁹ Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2009), “Uruguay: país comprometido con estándares internacionales de intercambio de información.”

parte a nivel administrativo”. Las administraciones tributarias de los países signatarios pueden pedirse información con respecto a residentes en una u otra nación.¹²⁰

Asimismo, Uruguay se comprometió a ratificar uno o varios tratados durante el año 2009. A esa fecha, Uruguay había ratificado solo dos tratados internacionales para evitar la doble imposición, uno con Alemania (Ley N° 16.110 del 24 de abril de 1990) y otro con Hungría (Ley N° 16.366 del 13 de mayo de 1993), ninguno de los cuales contenía normas que limitaran el secreto bancario o tributario, ni tenían la redacción del artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE actual.¹²¹

Como resultado de los compromisos asumidos por Uruguay, el 3 de abril de 2009 la OCDE reconoció haber cometido un error y recategorizó a Uruguay, cambiándolo a la lista de “jurisdicciones que a pesar de no cumplir, están comprometidos con los estándares internacionales y los van a comenzar a aplicar”.¹²²

Pérez Navarro (Directora adjunta del Centro de Política y Administración Fiscales de la OCDE) declaró que Uruguay “tiene que firmar, por lo menos con 12 países acuerdos bilaterales para figurar en la lista de países que cooperan con el

¹²⁰ Diario La República (2009), “OCDE retiró a Uruguay de lista de países “no colaboradores”.”

¹²¹ Florencia Castagnola y Juan Manuel Albacete (2009), “Uruguay se compromete ante la OCDE.”

¹²² Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2009), “Uruguay: país comprometido con estándares internacionales de intercambio de información.”

intercambio de información. Luego de firmados tienen que implementarse, entrar en vigor. Es lo mínimo para entrar en esa categoría.”¹²³

El 24 de setiembre de 2009 el organismo publicó un nuevo reporte sobre el avance respecto a la implementación de acuerdos de intercambio de información. Uruguay aparece en la misma ubicación que tuvo luego de comprometerse a implementar los estándares en materia de intercambio de información.

El Gobierno no expresó preocupación como resultado de esto. García declaró que “No hay preocupación en absoluto. Estamos cumpliendo para evitar la doble tributación. Estamos participando de todos los foros de la OCDE, así que el futuro va a ir diciendo cuáles son los caminos a seguir, pero no hay ninguna preocupación en ese sentido”. Agregó que “estamos en el mismo lugar desde la negociación de abril, acompañados de otros países prestigiosos”.

En el informe, la OCDE señaló que “Costa Rica, Filipinas, Malasia y Uruguay, originalmente identificados en el reporte del 2 de abril como no habiendo aprobado el estándar internacional acordado sobre impuestos, ahora lo han hecho y han identificado pasos concretos a tomar este año para implementarlo”. La lista de “países que se han comprometido con el estándar internacional acordado sobre impuestos pero no lo han implementado sustancialmente aún” diferencia entre “paraísos fiscales” -donde se incluye a Panamá, San Marino y varias islas

¹²³ Heber Perdigon (2009), “Uruguay no es un paraíso fiscal.”

caribeñas- y “otros centros financieros” donde encontramos a Uruguay. En la categoría “países que no se han comprometido con el estándar” -en la que aparecía Uruguay hasta el 2 de abril- no hay ningún país.

Uruguay no cambiará de categoría hasta que no firme al menos 12 acuerdos para evitar la doble tributación que incluyan los estándares de la OCDE.¹²⁴

7.2 EL ARTÍCULO 26 DEL MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO DE LA OCDE

A continuación analizaremos el contenido del artículo de 26 del modelo de la OCDE, que regula el intercambio de información.

El apartado 1 del artículo 26 establece que:

“1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los Artículos 1 y 2”.

¹²⁴ Fabián Tiscornia (2009), “Sin nuevos tratados, Uruguay mantuvo lugar en lista de OCDE,” *Diario El País*, <http://www.elpais.com.uy/090925/pecono-444091/actualidad/sin-nuevos-tratados-uruguay-mantuvo-lugar-en-lista-de-ocde/>.

Dicho apartado contempla un intercambio de información lo más amplio posible, pero no permite que se realicen solicitudes injustificadas. A través de “información previsiblemente pertinente” se trata de lograr el equilibrio entre un alcance amplio y un pedido con fundamento.¹²⁵

Asimismo, se establece que el intercambio de información se aplica a los impuestos “de toda clase y naturaleza” y que por tanto no se ve limitado por el artículo 2 (que establece cuáles son los impuestos comprendidos). Es decir que no sólo se aplican para el Impuesto a la Renta y al Patrimonio, sino a otros impuestos, aunque no alcanza a los impuestos aduaneros (hay acuerdos expresos para este tipo de impuestos) ni tampoco a las tasas y las contribuciones especiales de mejora.¹²⁶ Igualmente, en la mayor parte de los acuerdos firmados, el intercambio de información cubre solo los impuestos comprendidos en el convenio.

Los tipos de intercambio de información previstos son los siguientes:

1) El intercambio de información previa petición, que consiste en que el país requirente solicita información particular al país requerido.

¹²⁵ OCDE (2006), “MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON FINES TRIBUTARIO”, <http://www.oecd.org/dataoecd/17/18/41814482.pdf>.

¹²⁶ Dr. Juan Manuel Albacete y Cr. Enrique Ermoglio (2010), “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información.”, *Revista Tributaria*, Tomo XXXVII, Número 219.

2) El intercambio automático de información, que se utiliza cuando la información solicitada es obtenida rutinariamente por el país requerido (por ejemplo, a través de declaraciones de los pagadores) y por lo tanto, se encuentra a disposición de los países con los que se haya firmado tratados. La información que se intercambie bajo esta modalidad, normalmente, deberá ser acordada por los países intervinientes en forma previa.

3) El intercambio espontáneo de información, que consiste en que uno de los países intercambia información (que obtuvo como consecuencia de su gestión) sin previa solicitud del otro, sólo por considerarla de interés para ese otro país. El éxito de este tipo de intercambio depende del grado de conocimiento que se tenga respecto de la información que pudiera ser de interés para el otro país.¹²⁷

Por otro lado, es importante señalar que la información no se limita a contribuyentes nacionales, dado que podrían existir no residentes de otros Estados que no fueran parte del tratado, pero que por ejemplo tuvieran un establecimiento permanente en alguno de los Estados contratantes.

El artículo 26 continúa, en su apartado 2, de la siguiente manera:

“2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud

¹²⁷ OCDE (2006), “MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON FINES TRIBUTARIO”.

del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargados de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales”.

Está planteando una obligación de confidencialidad respecto de la información recibida, a través del secreto tributario internacional. La información intercambiada, en principio sólo podrá ser utilizada con fines tributarios. Sin embargo, la misma podría llegar a ser usada con otros fines si las leyes de ambos Estados lo permiten y si el Estado que envía la información autoriza el uso de la misma con otros fines ajenos a los tributarios. Para instrumentar lo antedicho, los Estados podrán agregar una aclaración al respecto al final del apartado 2.¹²⁸

Es fundamental que la confidencialidad que existe en el país que brinda la información también exista en el país que la recibe, para que dicha información mantenga su nivel de protección. Por lo tanto, el intercambio de información no puede ser denegado alegando que se está violando el secreto tributario porque la

¹²⁸ Dr. Juan Manuel Albacete y Cr. Enrique Ermoglio (2010), “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información.”

confidencialidad está garantizada por el tratado y por la legislación del país requirente.

El intercambio de información, en principio parecería ser obligatorio según lo dispuesto en el apartado 1 (por el uso de la palabra “intercambiarán”). Sin embargo, el apartado 3 establece una serie de hipótesis en las cuales no es obligatorio el intercambio:

“3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) suministrar información que se no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante;

c) suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.”

En estos casos, la parte contratante puede decidir, a su discreción, si facilita o no la información solicitada. Si lo hace, estaría decidiendo brindar la información aunque no exista la obligación de hacerlo, debiendo acogerse a lo establecido en el acuerdo de todas formas.¹²⁹

El literal b) lo que está planteando es que el Estado requirente, no puede solicitar información que no podría obtener dentro su sistema de información interno. Esto quiere decir que Uruguay, por ejemplo, podría negarse a brindar información si en el Estado requirente no es posible obtener dicha información, ya sea por razones legales o administrativas.

Respecto al literal c), al tratarse de derechos consagrados por normas de rango constitucional, debe prevalecer lo establecido en la legislación interna del país que otorga la información.

La referencia al orden público tiene que ver con que no debe suministrarse información cuando estén en juego intereses fundamentales del Estado o que por ejemplo, la información sea motivo de persecución política, racial o religiosa.

¹²⁹ OCDE (2006), “MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON FINES TRIBUTARIO”.

El apartado 4 del artículo 26 establece que:

“4. Si un Estado contratante solicita información conforme al presente Artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aún cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés doméstico en la misma.”¹³⁰

Es decir que un Estado no puede justificar el no intercambiar información porque la misma no es de su interés o porque no la necesita para la gestión o aplicación de sus leyes. Tampoco puede hacerlo en los casos en que la información requerida no esté disponible, el artículo 26 establece que de darse esta situación, el otro Estado Contratante deberá tomar todas las medidas de recopilación de información necesarias.¹³¹

¹³⁰ Dr. Juan Manuel Albacete y Cr. Enrique Ermoglio (2010), “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”.

¹³¹ OCDE (2006), “MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON FINES TRIBUTARIO”.

El último apartado del artículo 26, el apartado cinco, plantea que:

“5. 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 ésta 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”.

La finalidad de este apartado es impedir que un Estado niegue información solamente porque la misma está en poder de bancos, otras instituciones financieras o fiduciarios, etc.. Al aprobar un tratado por ley, que contenga este apartado, se configura una nueva causal de levantamiento del secreto bancario. Pero, debe tenerse en cuenta que el relevamiento se tendrá que hacer siempre por vía judicial, tal como está previsto para las demás causales, ya que el Poder Judicial es quien califica fundadamente, la correspondencia de la solicitud. Además, el pedido debe realizarse por resolución fundada e invocando el tratado y la ley que lo aprueba. Todo esto para que el suministro de información se realice sin violar el secreto bancario.

Actualmente, no existe reglamentación en la práctica para el intercambio de información. También falta que se regulen muchos aspectos relativos a los derechos y garantías del sujeto objeto del intercambio de información.

Esto se debe a que Uruguay ha suscrito pocos acuerdos y a que aún no se han dado casos de solicitudes de información en virtud de los mismos.

Es muy importante que se establezcan pautas prácticas, sobre todo para proteger los derechos de los contribuyentes. El sujeto pasivo debería ser notificado previo al intercambio de información, para poder estar al tanto de la información que se está solicitando, de qué forma, a qué entidad, etc. para poder controlar la regularidad jurídica de la solicitud. En caso de no estar de acuerdo, poder oponer objeciones al respecto, y en caso de sí estarlo, poder incluso colaborar.

Uruguay debe implementar los estándares de la OCDE en materia de intercambio de información porque el modelo se ajusta a las pretensiones de los países que integran dicho organismo, con el cual Uruguay se comprometió a cooperar. El Modelo de la OCDE, en cuanto al intercambio de información y el secreto, es el más estricto de todos los modelos.¹³²

En cuanto al secreto bancario, como ya mencionamos, estos tratados al incluir al artículo 26 del Modelo OCDE, estarían flexibilizando dicho instituto, a través de la introducción de una nueva causal de relevamiento.

¹³² Dr. Juan Manuel Albacete y Cr. Enrique Ermoglio (2010), “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”.

7.3 TRATADOS INTERNACIONALES FIRMADOS POR URUGUAY

7.3.1 Obstáculos al intercambio de información a nivel mundial.

La firma de tratados internacionales trae aparejados varios obstáculos que deben subsanarse para asegurar el correcto intercambio de información.

Dentro de los obstáculos se encuentran los que mencionaremos a continuación. En primer lugar, los países poseen sistemas penales tributarios muy diferentes. Ante un mismo hecho los países aplican sanciones distintas. Esto trae como consecuencia que coexistan y se entremezclen sanciones de tipo penal, administrativo de naturaleza fiscal y aduanera.

En segundo lugar, la organización interna del sistema tributario de cada país tiene sus particularidades. Por ejemplo, hay países que gravan la renta mundial de sus residentes, por lo que están interesados en obtener información referida a sus residentes que poseen inversiones en otros países. En cambio, los países que utilizan el criterio de la territorialidad, sólo están interesados en obtener la información relativa a hechos ocurridos dentro de su territorio, sin importar si son hechos realizados por residentes o no residentes. Por lo tanto, al tener los países distinto interés en cuanto a la información es que esta diferencia de criterios puede constituir un obstáculo para el intercambio de información a nivel internacional en materia tributaria.

Otra dificultad que existe se debe a la falta de uniformidad a nivel internacional en la definición de conceptos tributarios.¹³³

7.3.2 El caso uruguayo: antecedentes.

Pasando a analizar los tratados que Uruguay ha firmado previo a las listas emitidas por la OCDE, cabe señalar que los mismos estaban basados en versiones previas del modelo actual de convenio de dicho organismo. Se trata de dos acuerdos, uno con Alemania (ratificado por la ley N° 16.110 del 24 de abril de 1990) y otro con Hungría (ratificado por la ley N° 16.366 de 13 de mayo de 1993).

El intercambio de información contemplado en estos acuerdos debe darse siempre y cuando las autoridades competentes de los estados intervinientes se comprometan a guardar reserva de la información intercambiada. La información sólo puede revelarse a las personas, autoridades o tribunales encargados de la liquidación o recaudación de los impuestos que estén amparados en el convenio, o encargadas del estudio de los recursos administrativos o jurisdiccionales o de acciones penales que tengan que ver con dichos impuestos.

Ambos convenios establecen límites al intercambio de información. No se debe intercambiar información si para ello es necesario adoptar medidas administrativas que sean contrarias a la legislación o práctica administrativa

¹³³ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2007), *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*, pp. 241 y 242.

internas. Tampoco se debe otorgar información que no es posible obtener en forma legal y se debe tener mucho cuidado en la no revelación de secretos comerciales, de negocios, industriales o profesionales o que incluso puedan ir contra el orden público.

En estos convenios no se regula ni se establecen procedimientos para la forma en que debe hacerse la solicitud de información.¹³⁴

7.3.3 El caso uruguayo: actualidad.

Como ya hemos mencionado, Uruguay se vio obligado a firmar varios tratados de intercambio de información como consecuencia de la presión ejercida por el grupo de países desarrollados que integran la OCDE. En estas condiciones claramente Uruguay deja de tener poder de negociación en la firma de tratados, estando siempre en una posición más desfavorable frente a los Estados con los que contrate. Esto se manifiesta a través del tener que aceptar criterios de intercambio de información más amplios (que hay que encuadrar dentro de los secretos profesional, tributario y bancario, todos provistos de estrictez) así como criterios de atribución de la potestad tributaria diferentes (criterio de la residencia en lugar del criterio de la fuente, criterios de establecimiento permanente menos favorables, etc.).

¹³⁴ Dr. Juan Manuel Albacete y Cr. Enrique Ermoglio (2010), “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”.

Los tratados que Uruguay firme deberán conjugarse adecuadamente con lo previsto en nuestra legislación, tanto para el secreto bancario como tributario. Como bien hemos expuestos en capítulos anteriores, los secretos bancario y tributario sólo pueden ser revelados en casos expresa y taxativamente previstos en la legislación vigente. Para el secreto bancario rige el artículo 25 del Decreto – Ley N° 15.322, el cual establece que las instituciones de intermediación financiera deben guardar estricto secreto bancario y que la información amparada por dicho secreto solo puede ser suministrada en las hipótesis allí previstas (cuando el propio interesado releva expresamente a la institución del deber de guardar secreto, o cuando exista una resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente en el caso de una obligación alimentaria). El secreto tributario está regulado por el artículo 47 de Código Tributario, el cual establece que la administración tributaria y sus funcionarios están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas y judiciales. Solo pueden suministrar dichas informaciones a los tribunales de justicia en materia penal, de menores o aduanera, cuando fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada.¹³⁵

Cabe señalar que de acuerdo a nuestro derecho, los tratados internacionales son fuente de obligaciones en virtud de tener rango legal (luego de suscrito debe ser ratificado por una ley). En consecuencia, pueden derogar o modificar parcialmente normas internas, como las que regulan el secreto bancario y

¹³⁵ Ibid.

tributario, por ejemplo. No obstante, esto sería a los solos efectos y con el alcance previsto en los mismos, así como en la relación puntual con el otro Estado Contratante.¹³⁶

A continuación analizaremos algunos acuerdos que Uruguay ha firmado.

7.3.3.1 México

Respecto a los acuerdos que firmó Uruguay, en primer lugar analizamos el firmado con México. Dicho convenio fue firmado el 14 de agosto de 2009 en la ciudad de Montevideo, y ratificado por el parlamento uruguayo el 12 de febrero de 2010 por medio de la promulgación de la Ley N° 18.645, siendo el primero de los convenios para evitar la doble imposición en ser ratificado.

El mismo incluye el estándar de intercambio de información (artículo 26 del Modelo de la OCDE), y por lo tanto establece que el gobierno debe otorgar información solicitada por su contraparte, aunque no exista presunción de evasión fiscal y sin poder oponer el secreto bancario.¹³⁷

El texto del acuerdo, en su artículo 26, establece que “las autoridades competentes de los Estados Contratantes intercambiarán la información que previsiblemente

¹³⁶ Florencia Castagnola y Juan Manuel Albacete (2009), “Uruguay se compromete ante la OCDE”.

¹³⁷ Diario El País (2009), “Gobierno deberá levantar secreto bancario, según nuevos tratados,” <http://www.elpais.com.uy/091127/pecono-456781/actualidad/gobierno-debera-levantar-secreto-bancario-segun-nuevos-tratados/>.

sea relevante para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para la administración o ejecución del derecho interno, relativa a los impuestos de cualquier naturaleza y denominación establecidos por los Estados Contratantes, por sus subdivisiones políticas o entidades locales, en la medida en que la imposición exigida en el mismo no sea contraria al Convenio”. Como podemos apreciar, se trata del apartado 1 del Modelo de Convenio Tributario.¹³⁸

A su vez, el convenio dispone que la información deberá mantener su nivel de confidencialidad, tal como lo establece el Modelo de la OCDE.

El convenio también señala que “cuando la información sea solicitada por un Estado Contratante de conformidad con el presente Artículo, el otro Estado Contratante utilizará todas las medidas de recopilación de información para obtener la información solicitada, incluso si el otro Estado no necesita dicha información para sus propios efectos impositivos”.¹³⁹ Es decir que cuando el Gobierno mexicano lo solicite, el MEF (que es la autoridad competente en este acuerdo) deberá agotar todas las posibilidades para conseguirla, realizando inspecciones de ser necesario, y flexibilizando el secreto tributario.¹⁴⁰

En el apartado 3 del artículo 26 del convenio con México, se indica que el Estado uruguayo “en ningún caso” estará obligado “a adoptar medidas administrativas

¹³⁸ “Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, México-Uruguay”, <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv-ap-101146.htm>.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Diario El País (2009), “Gobierno deberá levantar secreto bancario, según nuevos tratados.”

contrarias a la legislación y práctica administrativa” o a “suministrar información que no se pueda obtener según la legislación o en el ejercicio de la práctica administrativa normal” o a “suministrar información que revele cualquier secreto comercial, empresarial, industrial, mercantil o profesional o procedimientos comerciales o información cuya revelación sería contraria al orden público”, por lo que se ajusta exactamente a lo dispuesto por el Modelo de la OCDE.

Con respecto al apartado 5, también recoge textualmente el contenido del mismo apartado en el Modelo de la OCDE (“en ningún caso las disposiciones del párrafo 3 deberán interpretarse en el sentido de permitir que un Estado Contratante se niegue a proporcionar información únicamente debido a que la misma está en poder de un banco, otra institución financiera”). Por último se incluye un breve protocolo al final del convenio, que no agrega nada trascendente.¹⁴¹

Existen diversas opiniones en relación al convenio firmado con México. Algunos opinan que el hecho de que el Gobierno mexicano pueda pedir información sin necesidad de que exista una presunción de defraudación, es algo que sentó un precedente para los futuros acuerdos que el país firmó y que continuará firmando. Uruguay de alguna forma queda atado a cualquier tipo de información tributaria que le pida su contraparte (por ejemplo la solicitud de información sólo con fines de fiscalización).

¹⁴¹ “Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, México-Uruguay.”

En un principio, al momento de la firma de este tratado, se dio una incoherencia debido a que la DGI carecía de facultades para acceder a información que necesitara, pero sí debía conseguirla para el fisco mexicano. Luego, con la sanción de la ley N° 18.718, esto se subsana al otorgársele a la DGI la misma facultad.

De la misma forma, cuando se firmó el tratado, Uruguay no necesitaba acceder a la información de uruguayos en México en virtud de que el criterio que grava la renta y el patrimonio es el de la fuente y no el de la residencia. Para México era al revés, por lo que sí le interesa acceder a información que Uruguay le pueda dar sobre sus residentes. Actualmente, con el cambio que introdujo la ley N° 18.718, Uruguay pasa a tener más interés en la información que puedan tener el resto de los países.

7.3.3.2 España

El acuerdo con España, que también recoge el artículo 26 del modelo de la OCDE, fue firmado el 9 de octubre de 2009 y ratificado en Uruguay a través de la ley N° 18.730 del 7 de enero de 2011.

Dicho acuerdo, al igual que el firmado con México, recoge lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 del Modelo de la OCDE. Sin embargo, a diferencia del convenio con México, agrega una mención para el uso de la información con otros fines ajenos a los tributarios: “No obstante lo anterior, la información recibida por

un Estado contratante podrá utilizarse con otros fines, cuando dicha utilización esté permitida por las leyes del Estado que proporciona la información”.¹⁴²

Por otro lado, el convenio con España incluye un protocolo adicional que trata, entre otras cosas, el intercambio de información, siguiendo los lineamientos del “Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria” de la OCDE.¹⁴³ Dicho protocolo dispone que para que un Estado otorgue información al otro deberá existir requerimiento previo. En cuanto al sujeto investigado, no se prevé nada sobre su notificación respecto al pedido de información.

El procedimiento establecido en este Protocolo para el intercambio de información es el siguiente:

- Una vez recibida la solicitud, el Estado requerido tendrá un plazo de quince días corridos para notificar la recepción de la misma.
- A partir de que lo notifica, cuenta con sesenta días para dar aviso al Estado requirente de cualquier error que se hubiera detectado en la misma.
- Paralelamente, tendrá un plazo de noventa días desde la notificación de recepción para otorgar la información. En caso de no poder hacerlo se deberá informar a la contraparte inmediatamente, explicando las razones de ello. En virtud de la negativa, el Estado requirente deberá decidir si

¹⁴² “Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, España - Uruguay,” <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv-ap-103190.htm>.

¹⁴³ OCDE, “ACUERDO SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA”, <http://www.oecd.org/dataoecd/37/54/37975122.pdf>.

retira la solicitud. Si decide no anular la solicitud, los Estados deberán llegar a un acuerdo de manera informal para solucionar el asunto.

- En caso de no ofrecer negativa a la solicitud en el plazo estipulado de noventa días, el Estado requerido contará con un plazo máximo de seis meses, desde la confirmación de la recepción del pedido, para otorgar la información.¹⁴⁴

A modo de resumen, el convenio analizado es mucho más completo que el de México, dado que dedica un apartado especial a los aspectos prácticos y a detallar cuestiones como por ejemplo, la información a proporcionarse (según el requerimiento), cuáles son las posibilidades para poder denegar la solicitud, cuáles son los requisitos que debe tener la notificación, etc..

7.3.3.3 Francia

A principios de 2010, los gobiernos de Uruguay y Francia comenzaron las negociaciones con el fin de firmar un convenio para evitar la doble imposición. Lo primero que se hizo al respecto fue firmar un acuerdo de intercambio de información tributaria. El 28 de enero se firmó en París dicho acuerdo, el cual analizaremos a continuación.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Dr. Juan Manuel Albacete y Cr. Enrique Ermoglio (2010), “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”.

¹⁴⁵ Ibid.

El acuerdo establece en su artículo 5, apartado 5, cuál será la información que el Estado requirente deberá proporcionar al Estado requerido para que este último pueda dar curso a la solicitud. La misma consiste en: la identidad de la persona investigada, el período examinado, el tipo y forma de la información, el fin tributario que justifica el pedido, la razón por la que se considera que el otro Estado posee dicha información, la identificación de quien pudiera recabar la información, constancia de que la solicitud es acorde a la legislación y práctica administrativa del requirente y declaración que indique que el requirente ha agotado todas las posibilidades de obtener la información dentro de su territorio.

En lo que hace al procedimiento, el mismo también está previsto en el artículo 5, el cual establece que el Estado requerido deberá confirmar la recepción de la solicitud una vez que la haya recibido. Si llegase a detectar alguna inconsistencia, tendrá un plazo de sesenta días para notificarlo. Si la parte requerida no encontrara motivos para rechazar la solicitud, contará con un plazo de noventa días para otorgar la información. Si no lo hace tendrá que justificarlo.

Un aspecto en el que este acuerdo va más allá de lo establecido por el Modelo de la OCDE, está previsto en el artículo 6. El mismo prevé la posibilidad de que el Estado requirente realice fiscalizaciones dentro del territorio del Estado requerido. Dicha fiscalización deberá ser autorizada en forma previa por la parte requerida y

consistirá en la realización de entrevistas a personas físicas y en el análisis de documentación.¹⁴⁶

En el caso de Uruguay esta autorización debería emitirla el Poder Judicial, que es la autoridad competente en estos aspectos y es quien puede garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos.

Otro de los aspectos en que el acuerdo con Francia excede lo dispuesto por el Modelo de la OCDE, es que abarca todos los tributos existentes establecidos por ambas legislaciones, sin limitarse a tributos de ningún tipo (nacional, municipal, etc.).

Como el Modelo de la OCDE, el convenio es aplicable a todo tributo de naturaleza idéntica y análoga que se establezca en el futuro, ya sea que se trate de un tributo nuevo o uno que sustituya a alguno de los comprendidos en el convenio.

Este acuerdo ya fue ratificado por ambos Parlamentos. En Uruguay, ya entró en vigencia al haber sido promulgada y publicada la ley que ratificó el convenio (Ley 18.722 del 30 de diciembre de 2010). En cuanto a la materia tributaria penal, el acuerdo rige a partir de la fecha de entrada en vigencia. Para el resto de los casos el tratado será aplicable para los ejercicios en curso y para los iniciados a partir de

¹⁴⁶ “Acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, Francia - Uruguay,” <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/acuerdos/acue-ap-105768.htm>.

esa fecha, y en aquellos casos en que no exista ejercicio regirá para los vencimientos de tributos que ocurran después de la entrada en vigencia del tratado. De lo que se desprende que el acuerdo no tiene efectos retroactivos.

Esto significa que si se solicitara información vinculada a ejercicios anteriores a la entrada de vigencia del convenio, la parte requerida no debería proporcionarla.¹⁴⁷

7.3.3.4 Alemania

El 9 de marzo de 2010 se suscribió un acuerdo para evitar la doble imposición tributaria en materia de impuesto a la renta y al patrimonio con el Gobierno alemán. Esto constituyó otra de las medidas tomadas para salir de la lista “gris” de la OCDE.¹⁴⁸

Dicho acuerdo cumple con el Modelo de la OCDE y además cuenta con un protocolo que agrega disposiciones a una serie de artículos, entre ellos el que trata el intercambio de información. Destacamos el hecho de que se establezca específicamente que el intercambio no quedará limitado por el Decreto – Ley N° 15.322, es decir, por el secreto bancario. Asimismo, es de apreciar que se establecen condiciones muy estrictas para el intercambio de información, ya que no sólo se debe utilizar la información únicamente para fines tributarios, sino que

¹⁴⁷ Dr. Juan Manuel Albacete y Cr. Enrique Ermoglio (2010), “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”.

¹⁴⁸ Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2010), “Uruguay y Alemania firmaron un acuerdo para evitar la doble imposición tributaria,” <http://www.presidencia.gub.uy/sci/noticias/2010/03/2010030911.htm>.

también el Estado requirente deberá informar al requerido sobre la utilización dada a la información y sobre los resultados obtenidos, si este último lo solicitara en forma previa. Por otro lado, algo que entendemos es muy importante, el protocolo obliga a informar al sujeto objeto de investigación acerca de los datos transmitidos sobre su persona y el fin por el cuál fueron solicitados, si el interesado lo pidiera en forma previa. Sólo se prevé la negativa a esta petición si el interés público prevalece sobre el particular.¹⁴⁹

7.3.3.5 Portugal

El 30 de noviembre de 2009 Uruguay firmó con Portugal un convenio tendiente a evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal. El mismo aún no ha sido ratificado por el Parlamento uruguayo, por lo que el tratado todavía no entró en vigencia.

El artículo 27 del convenio recoge lo establecido por el artículo 26 del Modelo de la OCDE y no difiere en ningún aspecto ni tampoco agrega cláusulas adicionales. Sólo realiza un par de aclaraciones en relación a este artículo en el protocolo al final del convenio.¹⁵⁰

¹⁴⁹ TAXANALYSTS (2010), “ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LA REDUCCIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO,”

<http://services.taxanalysts.com/taxbase/wwtreaty.nsf/dockey/T-geruru2010g-0309201>.

¹⁵⁰ “Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, Portugal - Uruguay,” <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv-ap-103191.htm>.

7.3.3.6 Suiza

El 18 de octubre de 2010 se firmó en Berna, Suiza, un convenio para evitar la doble imposición en materia de impuesto a la renta y al patrimonio con dicho país.

El artículo 26 de dicho convenio, que refiere al intercambio de información, se ajusta al Modelo de la OCDE.

Al igual que el convenio firmado con España, se permite la utilización de la información con otros fines ajenos a los tributarios, siempre que las leyes de ambos estados lo permitan y la autoridad competente del Estado requerido lo autorice.

También al igual que el tratado con España, el convenio con Suiza incluye un protocolo al final del mismo que agrega disposiciones a varios artículos, entre ellos, el 26.

Realizando una breve comparación entre ambos protocolos (España y Suiza), en primer lugar señalamos que el protocolo del convenio con Suiza no incluye definiciones adicionales ni un detalle del procedimiento a nivel práctico, ni cuáles son las posibilidades para denegar un requerimiento ni tampoco cuáles son los requisitos que debe tener la notificación, por lo que en este sentido, es menos completo que el de España. Por otro lado, al igual que el protocolo del tratado con

España, establece que el intercambio de información no podrá efectuarse de forma automática y/o espontánea, por lo que sólo se permite el intercambio previo requerimiento de parte. Por último, es importante mencionar que el protocolo con Suiza incluye un agregado que dispone que los derechos de los contribuyentes bajo investigación en el país requerido, continuarán rigiendo en la aplicación del tratado de intercambio de información. Otro aspecto que contempla el protocolo con Suiza y que no lo hace el incluido en el tratado con España, es el detalle de información que debe brindar Estado requirente al requerido, para que este pueda dar curso a la solicitud. Esto también se encuentra presente en el convenio firmado con Francia. Un punto importante que incluye el protocolo del tratado firmado con Suiza es el que se refiere a que no podrá solicitarse información con fines de persecución fiscal (“*fishing expeditions*”).¹⁵¹

El acuerdo con Suiza aún no ha sido ratificado por el Parlamento uruguayo, por lo que todavía no entró en vigencia.

7.3.3.7 Liechtenstein

Al igual que el convenio con Suiza, el tratado firmado con Liechtenstein para evitar la doble imposición en cuanto al impuesto a la renta y al patrimonio, fue firmado el 18 de octubre de 2010 en Berna.

¹⁵¹ “CONVENTION BETWEEN THE ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY AND THE SWISS CONFEDERATION FOR THE AVOIDANCE OF DOUBLE TAXATION WITH RESPECT TO TAXES ON INCOME AND ON CAPITAL”, http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edactr/ury.Par.0078.File.tmp/bt_101206_dbl_impstn_e.pdf.

Dicho convenio se ajusta al Modelo de la OCDE en cuanto al intercambio de información e incluye un protocolo que agrega varias disposiciones a los efectos de aclarar el funcionamiento que deberá tener el intercambio de información, como por ejemplo respecto a partir de qué períodos fiscales puede solicitarse información, al uso que pueda tener la información (se permite el uso ajeno a fines tributarios si se cuenta con la autorización del Estado requerido), la información que deberá otorgar el Estado requirente al requerido en la solicitud, etc..¹⁵²

Por último mencionamos que dicho convenio aún no ha sido ratificado por lo que no ha entrado en vigencia.

¹⁵² Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2011), “PROYECTO DE LEY MEDIANTE EL CUAL SE APRUEBA EL CONVENIO ENTRE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY Y EL PRINCIPADO DE LIECHTENSTEIN PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO”, http://www.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2011/03/mre_658.pdf.

A modo de resumen presentamos a continuación un cuadro comparativo que contiene las principales características de los tratados analizados:

Pais	Tipo de tratado	Estado	Fecha firma	Ratificación	Artículo 26 Modelo	Aspectos particulares	Protocolo
México	Convenio para evitar la doble imposición	Ratificado	14/08/2009	Ley Nº 18.645 del 12/02/2010	Cumple	No tiene	Tiene
España	Convenio para evitar la doble imposición	Ratificado	09/10/2009	Ley Nº 18.730 del 07/01/2011	Cumple	Cláusula que permite utilizar la información con otros fines ajenos a los tributarios.	Tiene
Francia	Tratado de Intercambio de Información	Ratificado	28/01/2010	Ley Nº 18.722 del 30/12/2010	Cumple	1. Se prevé la posibilidad de fiscalizaciones por parte del Estado requirente dentro del territorio del requerido. 2. Abarca todos los tributos de ambas	No tiene
Alemania	Convenio para evitar la doble imposición	Firmado	09/03/2010	N/A	Cumple	1.Mención específica a inoponibilidad del Decreto - Ley Nº 15.322. 2. El Estado requerido podrá solicitar se le informe sobre la utilización de la información y los resultados obtenidos. El requirente no podrá negarse. 3. El interesado podrá solicitar información sobre los datos transmitidos en relación a su persona y la misma deberá otorgársele, a menos que prevalezca el interés público.	Tiene
Portugal	Convenio para evitar la doble imposición	Firmado	30/11/2009	N/A	Cumple	N/A	Tiene
Suiza	Convenio para evitar la doble imposición	Firmado	18/10/2010	N/A	Cumple	1. Se permite la utilización de la información con otros fines ajenos a los tributarios. 2. Los derechos de los contribuyentes bajo investigación en el país requerido, continuarán rigiendo en la aplicación del tratado. 3. Establece que la información no podrá ser utilizada con fines de persecución fiscal.	Tiene
Liechtenstein	Convenio para evitar la doble imposición	Firmado	18/10/2010	N/A	Cumple	Cláusula que permite utilizar la información con otros fines ajenos a los tributarios.	Tiene

7.3.3.8 Otros países

Hasta el momento hemos mencionado los acuerdos que Uruguay ha firmado (y algunos hasta han sido ratificados) con el objetivo de llegar a los 12 tratados que se le exigen para salir de la lista “gris” de la OCDE.

También ha firmado recientemente acuerdos con Corea del Sur y Finlandia, y está en proceso de negociación con Bélgica, Malasia, Malta, Chile, Mónaco, Andorra, India y Canadá.¹⁵³ Hay otros países en los cuales Uruguay se mostró interesado en negociar como por ejemplo, Estados Unidos, China, Reino Unido, Vietnam, Costa Rica y Ecuador.¹⁵⁴

Luego de este análisis podemos concluir que todos los convenios que se han firmado hasta el momento se ajustan al Modelo de Convenio de la OCDE en materia de intercambio de información. Como vimos, hay algunos que presentan ciertas particularidades y exceden lo previsto por dicho organismo, al agregar disposiciones con el fin de mejorar la instrumentación práctica del intercambio de información.

En comparación a los tratados anteriores (firmados con Alemania y Hungría), podemos ver, como si bien algunos aspectos se mantienen incambiables, otros evidencian un avance que se debe a la actualización que ha tenido en el correr de los años el Modelo de la OCDE en este tema. Vemos esto por ejemplo, en el hecho de que los tratados actuales detallan más el procedimiento del intercambio, algunos prevén otros usos de la información, más allá del fin tributario, otros establecen aspectos de forma que debe tener la información, etc..

¹⁵³ Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2009), “Uruguay: país comprometido con estándares internacionales de intercambio de información.”

¹⁵⁴ Fabián Tiscornia (2010), “Piden que OCDE valore avances y no sólo la firma de tratados,” *Diario El País*, <http://www.elpais.com.uy/100127/pecono-467833/actualidad/piden-que-ocde-valore-avances-y-no-solo-la-firma-de-tratados/>.

Esta evolución del Modelo de la OCDE en cuanto al intercambio de información forma parte de una tendencia existente a nivel mundial de cooperar con otros estados intercambiando información, para evitar la doble imposición, la evasión, aumentar la transparencia de los mercados y así prevenir futuras crisis financieras.

CAPÍTULO 8 – LA LEY N° 18.718: UNA NUEVA FLEXIBILIZACIÓN AL SECRETO BANCARIO

8.1 ANTECEDENTES

El secreto bancario ha sido considerado como un instituto a través del cual se ocultaban capitales ilícitos provenientes de la evasión fiscal.

Si bien Uruguay siempre ha cooperado en materia penal y en los últimos años ha implementado mecanismos con el fin de conocer la identidad de los beneficiarios finales de las cuentas, igualmente el secreto bancario continúa siendo visto como un obstáculo para combatir la evasión fiscal a nivel internacional. Los fondos provenientes de la evasión fiscal no se consideran fondos ilícitos, ya que se trata de dinero generado en una actividad comercial lícita que se oculta al Fisco con el fin de no pagar o pagar menos impuesto. Al ser así, dichos fondos quedan fuera del alcance del Fisco, tanto nacional como extranjero y de un juez en el caso de estar ante una investigación penal – tributaria.

Sólo si se trata de fraude fiscal, que implica la actuación de una organización criminal, se podrá utilizar el levantamiento del secreto bancario como herramienta para combatirlo. En el resto de los casos, los que están detrás de la evasión son contribuyentes, no organizaciones criminales, que como dijimos, lo que buscan es evadir con el fin de pagar menos impuesto.

La actual preocupación por la evasión fiscal es consecuencia del gran déficit fiscal en el caso de los países desarrollados y del creciente gasto público en los países en vías de desarrollo, como el nuestro.

El creciente gasto público ha sido uno de los factores internos para que el Fisco uruguayo quisiera modificar el régimen del secreto bancario instaurado por el Decreto – Ley N° 15.322. De la misma forma, la creación del impuesto a la renta de las personas físicas requiere la obtención de mayor información.

La crisis financiera de 2007 es uno de los factores externos de flexibilización del secreto bancario. A raíz de la misma, las necesidades de financiamiento de los países desarrollados se vieron incrementadas, y con ello se iniciaron acciones para fomentar la transparencia en el intercambio de información fiscal. Por ejemplo, podemos mencionar que ya en la cumbre de los países G20 de Londres en abril de 2009 se anunció terminantemente que la era del secreto bancario había terminado.

En el caso particular de Uruguay, esto tuvo un gran impacto a partir de su inclusión en la lista “negra” de la OCDE, que como ya hemos analizado, trajo consigo la firma de varios tratados por parte de nuestro país. La conjunción de estos factores resultó en una profunda flexibilización del instituto del secreto bancario uruguayo.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” pp. 85 a 88.

8.2 PROCESO DE ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA TRIBUTARIA

El 7 de junio de 2010 se presentó ante el Consejo de Ministros el proyecto de ley por el que se gravarían las ganancias derivadas de colocaciones que los residentes locales tienen en el exterior y se flexibilizaría el secreto bancario.

Para lograr llevar a cabo este último punto, se le otorgaría a la Dirección General Impositiva (en adelante DGI) la facultad de solicitar a la Justicia Civil el levantamiento del secreto bancario a efectos de fiscalización. Sin embargo, la DGI no podrá pedir el levantamiento generalizado de varias cuentas bancarias, sino que deberá hacerlo en forma individual.

Antes de la sanción de la ley, la DGI podía solicitar a la Justicia Penal el levantamiento del secreto únicamente en los casos en los que haya presunción de defraudación. Si se hubiera aprobado la versión original del proyecto, el cambio en cuanto a las potestades de la DGI hubiera sido abismal, ya que dicho organismo podría haber tenido acceso a información tutelada por el secreto bancario, sólo con fines de rutinaria fiscalización y sin tener sospecha ni fundamento de ningún tipo.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Diario El País (2010), “Ministros tratan texto de cambios tributarios,” <http://www.elpais.com.uy/100606/pecono-493436/economia/ministros-tratan-texto-de-cambios-tributarios/>.

Uno de los puntos más discutidos en el Parlamento fue el rol del juez. Al respecto, el tributarista Pérez Novaro, representante del Colegio de Abogados del Uruguay, expresó preocupación, ya que tal como estaba redactado el proyecto hasta ese momento, el juez sería un simple homologador de la solicitud de la DGI y por lo tanto se estaría violando la garantía jurisdiccional establecida en la Constitución de la República. Ante esto, propuso que debía ser el juez quien comprobara la existencia de “hechos y de circunstancias que hagan presumir, razonablemente, la ocultación de activos o de ingresos, es decir, hechos que demuestren eficazmente el propósito de omitir el pago de los impuestos, ocultando esa realidad impositiva o esa responsabilidad tributaria, conducta que conlleva a la tipificación de una infracción”.

A su vez, Alberto Varela, también miembro del Colegio de Abogados, expresó que el problema estaba en los fines que tendría la solicitud de la DGI, ya que el proyecto hasta el momento establecía que la Administración Tributaria podría solicitar el levantamiento del secreto bancario “para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones juradas”. A su entender, esta redacción es muy amplia y prácticamente no habría hipótesis en las que el juez pudiera denegar el levantamiento del secreto bancario, en virtud de que siempre “va a ser conveniente verificar la veracidad e integridad de una declaración jurada, levantando así el secreto bancario”. Para corregir esto, propuso la siguiente redacción “El Juez solo admitirá la solicitud cuando la Administración Tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir

razonablemente la ocultación de activos o ingresos con el propósito de omitir el pago de tributos”. De esta forma, Varela limita las hipótesis de levantamiento y le otorga un rol decisivo al juez y no sólo de mero homologador.¹⁵⁷

Como veremos, la redacción definitiva de la ley recoge en parte esta propuesta, ya que el Colegio de Abogados del Uruguay se refería a ocultación de activos o de ingresos con el propósito de omitir el pago de tributos, mientras que la ley definitiva hace uso del concepto de evasión, el cual no se encuentra definido en nuestra legislación.¹⁵⁸

Varela también señaló una importante diferencia entre las potestades otorgadas a la DGI con la Reforma Tributaria del 2007 y las que se lo otorgarían con esta ley y destacó que en el 2007 la información iba dirigida al juez, mientras que con esta nueva ley, la información va directamente a DGI.¹⁵⁹

Por otro lado, el senador Eber Da Rosa (Alianza Nacional) elevó a la comisión que estaba estudiando el proyecto, una nueva propuesta con algunos cambios. Lo que se propuso fue desglosar los artículos vinculados al Impuesto al Patrimonio a cuentas en el exterior, crear uno o más juzgados especializados para el

¹⁵⁷ COMISIÓN DE HACIENDA (2010), “NUEVO SISTEMA TRIBUTARIO - SE INTRODUCEN AJUSTES - COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY - Distribuido N° 330,” <http://www.parlamento.gub.uy/distribuidos/AccesoDistribuidos.asp?Url=/distribuidos/contenido/senado/s20100330.htm>.

¹⁵⁸ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” pp. 135 a 137.

¹⁵⁹ COMISIÓN DE HACIENDA (2010), “NUEVO SISTEMA TRIBUTARIO - SE INTRODUCEN AJUSTES - COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY - Distribuido N° 330.”

levantamiento del secreto bancario y que hubiera un pronunciamiento expreso del juez ante el pedido de levantamiento del secreto bancario. A la vez estableció garantías para que “el afectado pueda apelar” la sentencia. Este último punto, trajo aparejadas opiniones opuestas entre el senador frenteamplista Alberto Couriel, que opinó que la apelación del levantamiento del secreto no debe tener efecto suspensivo, y el senador blanco Francisco Gallinal, quien respondió que el efecto suspensivo “es de principio en el derecho uruguayo”. Dicho senador propuso reducir los plazos y que la sentencia definitiva tuviera un plazo máximo de 90 días.

Otro punto debatido fue el gravamen sobre los depósitos en el exterior, como consecuencia de una propuesta que presentó el senador herrerista Luis Alberto Heber para que no se afectara con el IRPF a los depósitos en el exterior que no son generados con recursos uruguayos, sino sólo a los depósitos en el exterior “de fuente uruguaya”. Se contempló esta propuesta pero de una forma no tan rígida.

El proyecto de ley estaba compuesto por tres grandes áreas. Una de ellas referida al procedimiento para otorgar información de naturaleza financiera como consecuencia de los acuerdos de intercambio de información o de doble tributación que el país firmara con otros estados. Una segunda área trataba la ampliación de facultades para la DGI con respecto al levantamiento del secreto bancario. Por último, el tercer gran tema era la introducción de un gravamen sobre los activos en el exterior, ya sea a través del IRPF o del Impuesto al Patrimonio.

Este segundo impuesto se “desglosaría” del proyecto de ley y se aplicaría más adelante.¹⁶⁰

Para aprobar rápidamente el proyecto de ley, el Frente Amplio buscó llegar a un acuerdo con la oposición. Para esto, la Comisión de Hacienda propuso el 16 de setiembre de 2010, la creación de una sub-comisión, que se integre con un miembro de cada partido para lograr el consenso de opiniones. El Gobierno expresó que se tendrían en cuenta tres propuestas planteadas por Alianza Nacional (sector del Partido Nacional): el pronunciamiento expreso de la Justicia, la instalación de un juzgado especializado para otorgar más garantías al secreto bancario, así como el “desglose” del Impuesto al Patrimonio.

Por su parte, Unidad Nacional (sector del Partido Nacional) presentó un proyecto que apuntaba sólo al secreto bancario y que lo separaba de la otra iniciativa: establecía “un sistema de garantías en que las distintas partes pueden defender sus derechos y ofrecer pruebas para levantar el secreto”.

También planteó un proyecto de ley que buscaba que no se afecte con IRPF a los depósitos en el exterior de extranjeros residentes en Uruguay, aunque aceptaba que se gravaran los depósitos de uruguayos en el exterior. La Unidad Nacional (UNA) mantuvo una postura más dura que la de Alianza Nacional.

¹⁶⁰ Sebastián Cabrera (2010), “Frente y blancos a punto de acordar por secreto bancario,” *Diario El País*, <http://www.elpais.com.uy/100924/pnacio-517385/politica/frente-y-blancos-a-punto-de-acordar-por-secreto-bancario/>.

En tanto, el Partido Colorado afirmó que tal como estaba, no votaría el proyecto de ley. Argumentaron su postura basándose en la defensa del ciudadano y en la preocupación que les generaba la restricción del secreto bancario, ya que ello significaría la intromisión del Estado en la vida privada de las personas.¹⁶¹

El 7 de octubre de 2010 la negociación sobre el proyecto de ley de secreto bancario se vio estancada debido a un cambio propuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas. Esto agravó la interna blanca, ya que la UNA se molestó por el diálogo establecido entre Alianza y el Gobierno y por otro lado, aumentaron las críticas coloradas.

El único cambio significativo planteado por el Ministerio y rechazado por los blancos, refería al contenido que debía tener la demanda a ser presentada por la DGI ante la Justicia para solicitar el levantamiento del secreto bancario. El planteo del Ministerio establecía que la solicitud “deberá ser presentada conjuntamente con los antecedentes que sustenten el requerimiento y que justifiquen que es necesario contar con la información para determinar las obligaciones tributarias del sujeto pasivo, identificando las declaraciones o falta de ellas que se pretende verificar”.

¹⁶¹ Diario El País (2010), “Secreto bancario: intentan rápido acuerdo con oposición,” <http://www.elpais.com.uy/100917/pnacio-515830/politica/secreto-bancario-intentan-rapido-acuerdo-con-oposicion/>.

Según Alianza Nacional “el proyecto que remite Economía hace muy laxa y genérica la exigencia de elementos que debe presentar la Impositiva para justificar el levantamiento del secreto bancario”.

La última propuesta de Alianza Nacional al respecto, establecía que el juez sólo podría admitir la solicitud de levantamiento del secreto bancario cuando la DGI “haya acreditado actos, hechos u omisiones que hagan presumir razonablemente el propósito de defraudar al fisco en el pago de tributos, siempre que la información solicitada resulte necesaria para la determinación de adeudos tributarios o tipificar infracciones”.

Por su parte, la UNA expresó que el cambio planteado por Economía fue “un paso atrás muy grande” porque “casi basta con que la administración pida levantar el secreto bancario para que el juez deba ceder” y “lo más grave es que lo mismo regirá para los países con los que Uruguay firme tratados”.

Frente a la diversidad de opiniones en cuestión, el Frente Amplio decidió no votar el proyecto como estaba previsto y tomarse más tiempo para analizar el tema.¹⁶²

El 13 de octubre de 2010, luego de una reunión mantenida con Alianza Nacional, el Frente Amplio retiró la propuesta sobre secreto bancario planteada por el Ministerio de Economía y Finanzas. Llegaron a un acuerdo que trataron en la

¹⁶² Sebastián Cabrera (2010), “Se trancó el acuerdo de secreto bancario,” *Diario El País*, <http://www.elpais.com.uy/101008/pnacio-520462/politica/se-tranco-el-acuerdo-de-secreto-bancario/>.

comisión, respecto a la redacción que fue planteada originalmente por Alianza en cuanto a cómo debe ser el procedimiento para que la DGI solicite el levantamiento del secreto a la Justicia. A la propuesta de Alianza se le incluyeron algunas pequeñas modificaciones, ya que el Frente opinó que pedirle a la DGI acreditar “actos, hechos u omisiones” que hagan presumir la defraudación era exigirle demasiado¹⁶³ y además el Gobierno entendía que “eso se puede probar después de realizado el proceso”. Otro cambio que se hizo a la iniciativa, planteado por Alianza Nacional, fue que la solicitud de la DGI debía ser firmada por el Director General de Rentas.¹⁶⁴

En resumen, Alianza pidió que la DGI tuviera “razonable convicción” para pedir el levantamiento, “elementos de convicción suficiente” o “indicios objetivos”. Frente a esto, la UNA se pronunció en contra y solicitó que se considerara la legislación chilena, que establece que la autoridad debe acudir al juez presentando todos los antecedentes “que justifiquen que es indispensable” la medida. Este planteo no fue tomado en cuenta por la mayoría de la comisión.¹⁶⁵

Por lo tanto, el Frente Amplio y Alianza Nacional el 14 de octubre de 2010, aprobaron en la Comisión de Hacienda del Senado el proyecto de ley definitivo que amplía las facultades de la DGI para pedir el levantamiento del secreto

¹⁶³ Diario El País (2010), “Luz verde para el proyecto de secreto bancario,” <http://www.elpais.com.uy/101014/pnacio-521777/politica/luz-verde-para-el-proyecto-de-secreto-bancario/>.

¹⁶⁴ Diario El País (2010), “Secreto bancario: FA y Alianza votaron el proyecto,” <http://www.elpais.com.uy/101015/pnacio-521993/politica/secreto-bancario-fa-y-alianza-votaron-el-proyecto/>.

¹⁶⁵ Diario El País (2010), “Luz verde para el proyecto de secreto bancario.”

bancario y que grava con IRPF los activos en el exterior. Dicho proyecto también establece un procedimiento para que Uruguay otorgue información financiera a los países con los que haya firmado acuerdos de intercambio de información.

El proyecto fue rechazado por la UNA y por el Partido Colorado, que sólo aprobaron el “desglose” de los artículos relativos a gravar con Impuesto al Patrimonio a los activos en el exterior, que irán en un proyecto aparte.

La UNA expresó que su voto estaba condicionado a que el pedido de levantamiento de secreto bancario por parte de una autoridad extranjera tuviera el mismo procedimiento que las solicitudes de la DGI a nivel local. “Es inaceptable un mejor tratamiento a una autoridad extranjera que a la DGI”. Este planteo fue evaluado en la Comisión, pero finalmente se desechó, ya que el tema se encuentra regulado por tratados internacionales. También solicitó que se “reconsideren” cambios planteados por su sector a los artículos sobre el IRPF, pero eso no fue tenido en cuenta, por lo que finalmente la UNA votó en contra.¹⁶⁶

El 3 de noviembre de 2010 el Senado le dio media sanción al proyecto que flexibiliza el levantamiento del secreto bancario.

Los impulsores de este proyecto (el Frente Amplio y Alianza Nacional) destacaron que el mismo incorpora un criterio de “equidad tributaria” porque

¹⁶⁶ Diario El País (2010), “Secreto bancario: FA y Alianza votaron el proyecto.”

pasarán a estar gravados tanto los activos de uruguayos en el exterior como los de inversores extranjeros en la plaza local, y si bien se faculta a la DGI y a ciertos gobiernos extranjeros a solicitar el levantamiento del secreto bancario, se le dan “garantías” a los individuos y empresas.

Quienes no estuvieron de acuerdo con el proyecto fueron la UNA y el Partido Colorado, quienes criticaron a la OCDE por la presión ejercida, de tipo imperial a su juicio, y expresaron que el proyecto constituye “una entrega de soberanía” y que la razón de todo era al apetito fiscal.¹⁶⁷

Finalmente, el 24 de diciembre de 2010 se sancionó la ley N° 18.718 que analizaremos a continuación.

8.3 ANÁLISIS

Con la sanción de la ley N° 18.718 se favoreció al Fisco, en detrimento del régimen de secreto bancario consagrado por el Decreto – Ley N° 15.322. Sin embargo, la Administración Tributaria no puede acceder directamente a la información en poder de los bancos, sino que debe hacerlo a través de un juez civil.

¹⁶⁷ Daniel Isgleas (2010), “Entre “equidad tributaria” y temor a “fuga” de capitales,” *Diario El País*, <http://www.elpais.com.uy/101104/pnacio-526398/politica/entre-equidad-tributaria-y-temor-a-fuga-de-capitales/>.

El comienzo de la flexibilización del secreto bancario se dio a partir la de Ley de Reforma Tributaria N° 18.083, ya analizada en capítulos anteriores.

Esta ley, junto con la recientemente sancionada N° 18.718, implican cambios tan sustanciales que asemejan el régimen actual del secreto bancario, al establecido con anterioridad al Decreto – Ley N° 15.322, en donde el mismo era regulado por el artículo 68 del Código Tributario, a través del cual, el Fisco accedía directamente a la información bancaria. La diferencia es que actualmente se requiere la intervención de un juez civil y con el régimen del artículo 68 del Código Tributario, el Fisco no necesitaba ningún tipo de intervención judicial para acceder a la información. De todas formas, las facultades del Fisco aumentan considerablemente.¹⁶⁸

En lo que tiene que ver con el ámbito internacional, la ley N° 18.718 también flexibiliza el secreto bancario, al introducir una nueva causal de levantamiento del mismo. Esto como consecuencia de la inclusión de Uruguay en la lista gris de la OCDE, lo que lo llevó a firmar varios tratados que contienen el modelo del artículo 26 previsto por los estándares de la OCDE en materia de intercambio de información.

Esta firma de tratados con fines exclusivamente fiscales va en contra de la política uruguaya de no cooperar en materia penal – tributaria. Esta contradicción se debe

¹⁶⁸ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” pp. 89 y 90.

a que por un lado, con la firma de estos tratados Uruguay otorgará información a otros Estados para que puedan fiscalizar sus tributos y por otro lado el país tiene vigente tratados de asistencia penal con otros Estados que no permiten el intercambio de información con estos fines. Por lo tanto, la incoherencia está dada por el hecho de que un juez penal uruguayo no puede otorgar información a un juez extranjero en el marco de la investigación de un delito fiscal, mientras que un juez civil uruguayo sí podría hacerlo en virtud de los tratados OCDE.¹⁶⁹

A continuación pasamos a analizar el artículo 15 de la ley N° 18.718, que modifica el artículo 54 de la ley N° 18.083.

La nueva redacción de los dos primeros incisos del artículo 54 dada por la ley N° 18.718 es la siguiente:

“ARTÍCULO 54. (Levantamiento del secreto bancario).- Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada al amparo del artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de dicha norma quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un

¹⁶⁹ Ibid., pp. 116 a 119.

plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del Juez de la causa.

Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos”.¹⁷⁰

El texto anterior establecía que:

“Artículo 54. Levantamiento del secreto bancario.- Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada al amparo del artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de dicha norma quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del Juez de la causa. En tal hipótesis, el levantamiento del referido secreto

¹⁷⁰ “Ley 18.718.”

alcanzará exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y en caja de ahorro.

Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos”.¹⁷¹

Como vemos, la única diferencia entre ambos textos es que en la nueva redacción no se restringe el levantamiento del secreto bancario a cuentas corrientes y cajas de ahorro, sino que alcanza a cualquier tipo de colocación. Lo que significa que a partir de ahora el levantamiento del secreto bancario también alcanza a los plazos fijos y/o a cuentas de inversión entre otros.

A su vez, el artículo 15 amplía las facultades del Fisco, ya que le permite obtener información tutelada por el secreto bancario para poder determinar adeudos tributarios.¹⁷²

El inciso tercero de la disposición establece:

“También se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la

¹⁷¹ “Ley 18.083.”

¹⁷² Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” pp. 125 y 126.

Dirección General Impositiva y respecto de obligaciones tributarias no prescritas, solicite en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil, toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas. Para dichas actuaciones será competente el Juez del lugar del domicilio de la persona física o jurídica titular de la información, entendiéndose a tales efectos, el domicilio constituido ante la administración tributaria o, en su defecto, el domicilio real. El Juez solo hará lugar a la solicitud cuando la administración tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo, y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones. La misma información, podrá ser solicitada por la administración tributaria, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición, que se encuentren vigentes, debiendo indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada. Lo dispuesto en este inciso será de aplicación para informaciones relativas a operaciones posteriores al 1º de enero de 2011”.¹⁷³

¹⁷³ “Ley 18.718.”

Como podemos observar, este inciso plantea dos hipótesis. Por un lado, el uso de la información a nivel interno y por otro lado, el otorgamiento de información a los países con los que Uruguay haya firmado tratados para evitar la doble imposición o de intercambio de información.

Con respecto a la primera hipótesis, el sujeto habilitado es el Director General de Rentas, lo que nos lleva a concluir que esta facultad sólo podrá ejercerse en relación a los tributos que recauda la DGI. Por lo que ninguna otra Administración Tributaria (ni BPS, ni Gobiernos Departamentales) podría hacer uso de esta facultad.

Continuando con el análisis de este artículo, cabe señalar un aspecto que podría traer inconvenientes y estaría violando el mandato de certeza contenido en la Constitución. Esto se debe a que la ley hace uso del concepto de “evasión” el cual no está definido a nivel legal, lo que lo deja librado al arbitrio del juez civil involucrado. Esto a su vez se ve agravado por el hecho de que no existen en Uruguay juzgados especializados en materia tributaria, lo que significa que la decisión queda en manos de un juez que muy posiblemente no cuente con la adecuada capacitación.

La ley plantea que la Administración Tributaria deberá acreditar ante el juez la existencia “de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo” y luego, deberá probar que la información

bancaria resulta “necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones”.

No existe acuerdo respecto a las diferencias entre los conceptos de fraude, evasión y elusión fiscal. La evasión y algunos tipos de elusión son consideradas en general como infracciones administrativas y no penales, aunque hay quienes opinan que algunos tipos de evasión pueden ser sancionados penalmente. El hecho de no poder distinguir claramente entre estos tres conceptos hace imposible aplicar con certeza la disposición.

Una definición sencilla de evasión podría ser la siguiente: Cuando una persona, infringiendo la ley, deja de pagar dolosamente todo o una parte de un impuesto al que está obligado. Como ejemplo de evasión podemos mencionar la ocultación de la base imponible, el incremento indebido de las deducciones, exoneraciones, o créditos por impuestos pagos, el desplazo de la base imponible y la morosidad en el pago de impuestos.

Algunos diferencian la evasión de la elusión, en que esta última es de naturaleza lícita, ya que implica el uso por parte del contribuyente de los vacíos legales para pagar menos impuesto. Sin embargo, otros consideran que la elusión es ilícita al igual que la evasión.

Los doctores Cervini y Adriasola opinan que la elusión es ilegítima por considerarla un abuso intencional de la forma jurídica adoptada para llevar a cabo un negocio. Sin embargo, consideran que la ocultación no puede configurar el delito de defraudación tal como está definido en el Código Tributario.

Otros autores sostienen lo contrario, es decir, que la ocultación puede configurar el delito de defraudación tributaria. Si fuera así, el Fisco podría iniciar una causa penal en virtud de la información recibida a través de la justicia civil. Ello no sería correcto, ya que el juez civil puede autorizar el levantamiento del secreto bancario con fines exclusivamente de persecución fiscal en el ámbito administrativo y no penal.

Es muy importante distinguir entre ocultación y engaño activo, ya que el primero corresponde a la esfera administrativa, mientras que el segundo queda comprendido en el ámbito penal. Al no existir consenso en este sentido, se debe ser muy estricto en la aplicación de la ley, dado que en un caso de ocultación debe recurrirse a la ley N° 18.718 (justicia civil), mientras que si se trata de un engaño como conducta activa deberá relevarse el secreto bancario a través de los mecanismos previstos por el Decreto – Ley N° 15.322 (justicia penal).

La falta de consenso no es sólo a nivel doctrinal, sino también en el derecho comprado. Por ejemplo, los países anglosajones consideran que la evasión es ilegal, pero no es tan grave como el fraude fiscal.¹⁷⁴

En resumen, como se puede apreciar, Uruguay no es el único país que no tiene definido legalmente el concepto de evasión, sino que en materia doctrinaria tampoco hay consenso en cuanto al alcance del concepto y sus diferencias con el fraude y la elusión.

Planteada esta situación, es muy posible que cuando se deba aplicar esta disposición, cada juez utilice su propio concepto de evasión, por lo que en uno y otro caso diferirán las soluciones.

En cuanto a los mecanismos previstos por la ley N° 18.718 y el Decreto – Ley N° 15.322 podemos señalar la siguiente diferencia: Mientras que aplicando el Decreto – Ley N° 15.322 generalmente el sujeto investigado no conoce el fundamento hasta que no se haya cumplido la resolución, a través de la ley N° 18.718, el titular de la información accede en todo momento a la fundamentación del juez. Esto puede observarse en la nueva redacción del artículo 54 de la ley N° 18.083: “Cuando se tramiten solicitudes de levantamiento del secreto bancario, el proceso judicial deberá mantenerse reservado para terceros distintos del solicitante y de titular de la información”.

¹⁷⁴ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” pp. 127 a 141.

Ante esto, el banco es responsable de controlar el fundamento de la resolución, debiendo solicitar al cliente una copia del expediente. Esto debe hacerlo para no incurrir en responsabilidad penal y porque es un deber impuesto por el secreto profesional. Por lo tanto, si el titular de la información tutelada se opone e igualmente la justicia avala el levantamiento, aún resta que la entidad financiera controle el fundamento y puede oponerse a la medida sin cometer desacato.¹⁷⁵

Otro aspecto importante de analizar en relación al artículo 15 es lo referente a que la sentencia de levantamiento será apelable. Al respecto se establece lo siguiente:

“El Juez dictará sentencia haciendo lugar o denegando la solicitud de levantamiento del secreto bancario, a cuyos efectos tendrá en consideración la prueba diligenciada y todas las circunstancias del caso. La sentencia será apelable por cualquiera de las partes. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo de la providencia impugnada y se regirá por lo dispuesto en el artículo 254 numerales 1) y 2) del Código General del Proceso. Evacuado el traslado de la apelación o vencido el plazo correspondiente, el Juzgado deberá remitir el expediente al Superior en un plazo de cinco días hábiles. El Tribunal de Apelaciones deberá resolver en acuerdo, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los autos”.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Ibid., pp. 143 a 146.

¹⁷⁶ “Ley 18.718.”

Esto representa una garantía para el contribuyente objeto de la investigación, al poder cualquiera de las partes apelar la resolución y tener este efecto suspensivo. Al respecto de las garantías, destacamos el hecho de que la DGI haya emitido el documento “Carta del Contribuyente”, el cual se encuentra disponible en su página Web, y establece claramente cuáles son los derechos y obligaciones de los contribuyentes. El objetivo del documento es reforzar la idea de que los mismos no han perdido garantías en virtud de los cambios introducidos por la ley.

Es importante destacar que el levantamiento del secreto bancario, mediante autorización judicial y por solicitud fundada de la DGI, podrá hacerse exclusivamente sobre depósitos radicados en Uruguay. Con respecto a la banca off-shore, es importante destacar que la misma no se verá afectada, ya que sólo están autorizadas a operar con no residentes. Otras operaciones que no se verán afectadas por el proyecto son las bursátiles, según el abogado tributarista Leonardo Costa.¹⁷⁷

Por último, el inciso tercero del artículo 15 de la ley N° 18.718 faculta a la DGI a solicitar información previamente requerida por un Estado extranjero con el cual Uruguay haya firmado y ratificado un convenio en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición. Al respecto establece que deberá “indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada”.

¹⁷⁷ J. L. Aguiar (2010), “Depósitos en el exterior podrán quedar fuera del alcance de DGI,” *Diario El País*, <http://www.elpais.com.uy/101103/pnacio-526213/politica/depositos-en-el-externo-podran-quedar-fuera-del-alcance-de-dgi/>.

En este caso también se utiliza el indefinido concepto de evasión y a su vez los tratados que Uruguay ha firmado y vaya a firmar, al estar basados en el Modelo de la OCDE contienen una cláusula que también denota inexactitud por ser de amplio alcance (suministrar información “previsiblemente pertinente”).¹⁷⁸

8.4 POSIBLES CONSECUENCIAS. OPINIONES A FAVOR Y EN CONTRA

Expertos en materia tributaria, empresarios y operadores que administran inversiones financieras tienen opiniones opuestas en relación a la ley N° 18.718. Algunos destacan que supondrá una mayor justicia tributaria, otros se mostraron alarmados ante los riesgos que supone que la DGI tenga tanto acceso a la información sobre los contribuyentes, lo que transmitiría una mala imagen del país hacia el exterior.

Leonardo Costa (ex prosecretario de la Presidencia durante el período 2000-2005) expresó que “se han mejorado los aspectos más criticables del proyecto original; no se gravará el incremento de capital (ganancias obtenidas por la diferencia de precio en la venta de activos), se permitirá acreditar los impuestos pagados en el exterior y se mejorarán las garantías para el resguardo del secreto bancario”.

¹⁷⁸ Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2011), “Publicación inédita en proceso de edición,” p. 152.

Sin embargo, Costa entiende que las modificaciones tributarias previstas en la ley, fueron dispuestas por voluntad del Gobierno, ya que la OCDE en ningún momento exigió la modificación de las políticas impositivas de Uruguay.

Con respecto a las disposiciones de la ley referidas al secreto bancario, Costa se mostró en desacuerdo, ya que según él, con las modificaciones introducidas tenemos mucho para perder y no se derivan claros beneficios. Las consecuencias negativas que esta ley acarrearía tienen que ver con que los gobiernos extranjeros tendrían un total acceso a las cuentas de sus ciudadanos en el país y esto implicaría la fuga de inversores que encontraban atractivo invertir en Uruguay por tener una tradición respetada en materia de secreto bancario.

Al igual que Costa, Ignacio de Posadas, abogado y ex ministro de Economía nacionalista, no ve claramente cuáles son los beneficios de Uruguay por salir de la lista “gris” de la OCDE. De Posadas expresó: “El error está en que modifica una norma que viene de antiguo -la fuente del gravamen- y da señales negativas sobre el secreto bancario, que es una tradición respetada; además, corre al inversor que apuesta a radicarse en Uruguay para prestar servicios al exterior, lo cual es como pegarse un tiro en los pies”.

Ángel Urraburu, presidente de la Bolsa de Valores de Montevideo, se mostró a favor de la ley, indicando que las modificaciones que se le incluyeron la mejoraron. En relación a la reforma en el plano impositivo, expresó que con la ley

Nº 18.718 se subsanará una falencia de la ley Nº 18.083 (Ley de Reforma Tributaria) que consistía en que, al no gravarse las colocaciones en el exterior, los ahorristas retiraban su dinero del país.

Sin embargo, en el ámbito bancario advierten que resultará dificultoso gravar las rentas de colocaciones en el exterior, ya que la DGI sólo tendrá acceso a las cuentas bancarias situadas en los países con los cuales Uruguay haya firmado convenios para evitar la doble imposición o de intercambio de información.

Además, otra dificultad radica en el hecho de que la ley no designa un agente de retención a los efectos de gravar las rentas en el exterior y por lo tanto, no queda establecido de antemano como se implementarán sus disposiciones en la práctica.¹⁷⁹

El senador Francisco Gallinal, expresó al respecto que la ley sobre el levantamiento del secreto bancario “no es más garantista” para el inversor extranjero como expresan sus defensores, sino que “se aplica para flexibilizarlo, lo que genera incertidumbre en la plaza”. El inversor extranjero, especialmente el argentino, “se sentirá vulnerado” y se “desmotivará” de haber traído sus capitales a Uruguay.

¹⁷⁹ J. L. Aguiar (2010), “Depósitos en el exterior podrán quedar fuera del alcance de DGI.”

Por su parte, el presidente de la Cámara de Turismo, Luis Borsari, expresó su desacuerdo en cuanto a que la DGI pueda levantar el secreto bancario sin existir una presunción de defraudación, ya que según él, se estaría atentando contra la captación de inversiones en el sector turístico.¹⁸⁰

A nuestro entender, también resulta importante mencionar lo expresado por el Banco Santander (hoy el banco privado más grande en el país), que si bien está de acuerdo con implantar cambios para salir de la lista “gris” de la OCDE, reclama ciertas garantías en relación al levantamiento del secreto bancario a nivel nacional. El presidente de dicho banco, Jorge Jourdan, sostuvo que si bien no es posible estar por fuera del avance en materia de transparencia financiera internacional, se debe velar rigurosamente por los derechos de los individuos.¹⁸¹

Fernando Jiménez de Aréchaga, vicepresidente y asesor jurídico externo del Banco Santander entiende que en materia de secreto bancario, Uruguay debe adaptarse para salir de la lista “gris” de acuerdo a los criterios de la OCDE. Sin embargo, según él, se debe separar el intercambio de información financiera con el exterior de la potestad de la DGI para levantar el secreto bancario a nivel local, sobre lo cual tiene reservas.

¹⁸⁰ Diario El País (2010), “Levantamiento del secreto bancario “atenta contra la inversión”,” <http://www.elpais.com.uy/100721/ultmo-503234/ultimomomento/levantamiento-del-secreto-bancario-atenta-contra-la-inversion/>.

¹⁸¹ Daniel Isgleas (2010), “Entre “equidad tributaria” y temor a “fuga” de capitales.”

También se mostró firme en cuanto al establecimiento de garantías al momento de levantar el secreto bancario, en la creación de un tribunal especializado y en la resolución expresa del juez, ya que según él, es fundamental la intimidad.

La postura de Jiménez de Aréchaga no cayó tan dura con la ley a los ojos de los legisladores frenteamplistas y blancos, pero mostró ciertas diferencias con la postura expresada por el director ejecutivo de la Asociación de Bancos Privados del Uruguay, Julio de Brun, quien se mostró en contra de la iniciativa y restó importancia a la salida de la lista “gris”.

De Brun afirmó que con los acuerdos de intercambio de información o para evitar la doble tributación, “Uruguay abandona una tradición en materia de confidencialidad de la información financiera de las personas, especialmente cuando está en poder del sistema bancario”. Y expresó que “el único impulsor de todo esto ha sido el apetito fiscal y el ejercicio de poder de carácter internacional de algunos países desarrollados”. En relación al secreto bancario, preguntó: “¿Por qué esto, que es aplicable a ciudadanos extranjeros que tienen ciertos activos y están siendo perseguidos por la administración tributaria del exterior, se extiende a la DGI sobre cualquier ciudadano uruguayo y sobre cualquier actividad realizada en nuestro país? (...)”. Según De Brun, no existe ningún tipo de justificativo para que la DGI pueda obtener información sobre cualquier ciudadano uruguayo ni sobre las actividades realizadas en nuestro país. A juicio de la Asociación de Bancos, tal como se redactó la ley “no hay ningún elemento

que dé lugar a un juez a negarse a la petición de la DGI”. En relación al secreto se muestra en una postura extrema, ya que para él, el secreto no se puede flexibilizar, simplemente existe o no y expresa que la ley no justifica en ningún momento el levantamiento, sino que sólo se habla de que “(...) el levantamiento está protegido por la intervención del juez”.

Por su parte, el Citibank, se excusó de opinar al respecto y se remitió a lo expresado por la gremial de bancos, que se mostró en una posición mucho más dura, como ya mencionamos.

En tanto, el experto Alberto Varela, de CPA/Ferrere, dijo que “es inevitable que el Gobierno uruguayo acate las demandas de transparencia fiscal de la OCDE, pero está en su poder desacelerar el ritmo con que firma los requeridos doce tratados de intercambio de información para poder seguir siendo atractivo destino de inversiones”. Según Varela, el objetivo de la OCDE “es incompatible” con los intereses de Uruguay y se mostró en desacuerdo con la decisión del Gobierno de comenzar a gravar la renta y el patrimonio en el exterior. Entiende que a Uruguay nadie lo obligó a levantar el secreto bancario para la DGI.¹⁸²

¹⁸² Sebastián Cabrera (2010), “Frente y blancos a punto de acordar por secreto bancario.”

CAPÍTULO 9 – TRABAJO DE CAMPO

9.1 INTRODUCCIÓN

Nuestro objetivo en relación al trabajo de campo fue recabar la opinión y profundizar nuestros conocimientos sobre el tema a través de la realización de varias entrevistas a personas involucradas de una u otra forma con el secreto bancario. Es a través de los distintos puntos de vista de los sujetos entrevistados que llegamos a comprender la complejidad del tema sobre todo en la actualidad.

Como veremos a continuación, las personas que hemos entrevistado comprenden un elenco variado y representativo de individuos que de una u otra forma tienen contacto con el tema.

9.2 RESUMEN DE ENTREVISTAS REALIZADAS

A continuación presentamos un resumen de las entrevistas que llevamos a cabo.

9.2.1 Entrevista al Dr. Raúl Cervini.

El Dr. Cervini, además de ser consultor de importante firma jurídica, es un reconocido expositor en la materia a través de numerosas obras que ha publicado a lo largo de los años.

En primer lugar, considera que el secreto bancario hace a la intimidad y a la libertad de las personas y es un elemento que históricamente ha caracterizado y fortalecido a la plaza financiera del país.

En relación a la Ley de Intermediación Financiera, Decreto – Ley N° 15.322, el entrevistado considera que la misma es acertada, ya que si bien le otorga una adecuada protección al secreto bancario, no es totalmente cerrada, al prever casos en los cuales es posible relevar el secreto. A su vez, destaca la importancia que tiene el hecho que deba existir una resolución fundada para que sea posible levantar el secreto bancario.

Otro punto importante al entender del autor es que siempre rigió y aún continúa rigiendo la normativa interna de nuestro país en referencia al secreto bancario, frente a cualquier legislación internacional.

A partir de la sanción de la Ley N° 18.083 (Ley de Reforma Tributaria) es que comienzan a darse los aflojamientos más grandes de la normativa referente al secreto bancario.

Luego, el instituto continúa debilitándose a través de las presiones internacionales derivadas de la inclusión de Uruguay en la lista “gris” de la OCDE, que nos obligó a firmar tratados que contengan el artículo 26 del Modelo OCDE en materia de intercambio de información, para poder salir de la referida lista. En

relación a los tratados que Uruguay ha firmado, el entrevistado considera que el país ha cedido mucho y no ha defendido lo suficiente el secreto bancario, que tradicionalmente caracterizó a nuestra plaza financiera. A su vez, destaca el hecho de que los tratados firmados por Uruguay hasta el momento crean un precedente sin retorno que en el futuro nos condenará cuando enfrentemos por ejemplo a países como Brasil y Argentina. Dichos países ya están ejerciendo presión para firmar con Uruguay tratados para evitar la doble imposición, algo que no nos convendría en absoluto, debido a que la gran mayoría de nuestros depósitos extranjeros son provenientes de dichos países.

En relación a la percepción de tributos, el Dr. Cervini considera que al tratarse de una construcción formal del hombre, sería discutible si es una razón válida para levantar el secreto bancario y por lo tanto, sacrificar la intimidad de las personas, que es parte de la libertad de los individuos, uno de los bienes jurídicos más protegidos por el derecho penal. Al entender del entrevistado, las personas que evaden el pago de impuestos, lo hacen por un tema de carencia de cultura tributaria y porque no ven correspondencia entre la presión ejercida por el Estado y los resultados visibles.

En cuanto a la reciente sanción de la Ley N° 18.718, según el Dr. es incorrecto que existan juzgados especializados en materia tributaria, que otorguen las debidas garantías a los contribuyentes, cuando la DGI solicite el levantamiento del secreto bancario. Considera que la especialización de los magistrados es

fundamental para poder argumentar si existe o no resolución fundada que justifique el levantamiento.

El entrevistado cree que corresponde hacernos la interrogante de si el instituto de secreto bancario aún existe o se han creado tantas excepciones que ya no es posible decir que el mismo continúa vigente.

Por último, también expresó que si bien no se considera un defensor a ultranza del secreto bancario, sí está a favor del mismo.

9.2.2 Entrevista a abogada de importante estudio jurídico.

La abogada entrevistada desempeña funciones en prestigiosa firma jurídica, siendo una de las principales el asesoramiento a bancos.

En primer lugar manifestó que analizan los pedidos de información que llegan a los bancos (clientes del estudio), los cuales se reciben más que nada en materia penal (por la investigación de delitos) y también en materia de pensiones alimenticias.

Señaló que no han recibido ningún pedido de levantamiento al amparo del artículo de defraudación contenido en la Ley de Reforma Tributaria de 2007.

Al responder un pedido de información, prestan especial atención en verificar que se haya establecido la fundamentación del mismo. Si la fundamentación ofreciera dudas, se preocupan por solicitar más información y obtener de esa manera un fundamento más claro. Todo en pos de lograr un mayor nivel de seguridad para la institución y su cliente.

Respecto al ámbito internacional, la entrevistada expresó que lo que ha inquietado más a los clientes recientemente ha sido la firma de tratados por parte de Uruguay, más que su inclusión en la lista “gris” de la OCDE. Particularmente, la posibilidad de que se firme un tratado con Argentina o con Brasil es algo que preocupa y mucho, a nivel de clientes. Si bien la OCDE no podría obligarnos a ponernos de acuerdo con un país determinado, los países interesados en firmar convenios con nosotros sí pueden ejercer presión.

Existen dos tipos de tratados, el tratado de intercambio de información y el tratado para evitar la doble imposición. Este último abarca una cantidad enorme de temas, mientras que el primero solo se ocupa del intercambio de información. Es por ello que el convenio para evitar la doble imposición es muchas más difícil de negociar.

En cuanto a la sanción de la ley N° 18.718, entiende que se avanzó desde el proyecto original, dado que la versión final contiene mayores garantías para el sujeto investigado (la posibilidad que tiene de oponerse, la posibilidad de poder apelar la sentencia, etc.).

Los cambios propuestos por dicha ley pueden observarse en dos ámbitos: los pedidos de información en virtud de un tratado de intercambio de información o para evitar la doble imposición, firmado con otro país, y los pedidos de información que puede realizar la DGI. Al respecto de este último, antes sólo podía solicitar el levantamiento del secreto cuando existía presunción de defraudación y denuncia penal por ello.

Ahora, con esta ley, puede pedir el levantamiento si entiende razonablemente que hay indicios de evasión, lo cual parece correcto para que la Administración Tributaria de otro país no termine teniendo más potestades que la DGI respecto a la información contenida en los bancos de nuestro país.

Esta ampliación de facultades no es algo novedoso a nivel mundial, de hecho las Administraciones Tributarias de varios países tienen mucho más poder a nivel de la información bancaria. El problema es que ha impactado en nuestro país en virtud de que sí es algo nuevo para nosotros.

La información que solicita la DGI es la necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios, y siempre que se presenten esos indicios objetivos. Sin embargo, la norma menciona el concepto de “evasión”, el cual no está definido en nuestro derecho (“el Juez sólo hará lugar a la solicitud cuando la Administración Tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir

razonablemente la existencia de evasión”). Esto va a producir numerosas discusiones y quien va a decidir va a ser un juez civil, lo cual sin duda que no es garantista. Esto debería quedar en manos de un juez especializado.

Toda esta preocupación por conocer los ahorros de las personas deriva de nuestro sistema tributario y de la introducción del IRPF.

La entrevistada opina que la flexibilización del secreto que se ha ido dando en nuestro país, es propia de las presiones internacionales (principalmente por parte de la OCDE) y que el país ha tenido que ajustarse a las tendencias mundiales. La solución planteada, a su entender, es bastante conservadora y garantista.

Por último, entiende que los pedidos de información por parte de la DGI a nivel interno comenzarán a darse el año que viene y que los pedidos de información realizados por otros Estados (con los que Uruguay hubiera firmado un tratado) serán pocos.

9.2.3 Entrevista a jefa de sección de reconocido banco privado.

La contadora entrevistada cuenta con amplia experiencia en materia bancaria al ser jefa de una sección de banco y trabajar en el ámbito desde hace 10 años.

La entrevistada reconoce al secreto bancario como uno de los pilares básicos que rigen tanto para el Banco (por “Banco” nos referimos a la organización particular

donde trabaja) como institución como para sus funcionarios o personas vinculadas (por ejemplo, proveedores). Es por esta razón, que quienes comienzan a trabajar en el Banco deben firmar un contrato de confidencialidad.

En cuanto a las medidas tomadas por el Banco para preservar el secreto bancario, la entrevistada mencionó las siguientes:

- El estado de cuenta de cada cliente es enviado a la dirección específica indicada por el mismo.
- Para poder otorgar información a alguien distinto del juez (que podría obtener la información tutelada si se configurara alguna de las causales previstas para poder levantar el secreto bancario), siempre es necesario tener una autorización firmada por aquel que posee firma registrada en el Banco.
- En cuanto a la emisión de comprobantes o formularios, el Banco siempre presta especial atención a que sólo accedan a la información las personas autorizadas y por lo tanto, antes de que la misma salga del Banco es revisada por el departamento legal.

El Banco Central, que accede a la información en virtud de sus funciones de contralor, debe utilizarla únicamente con esos fines. En relación a la información que publica dicho organismo, actualmente es posible conocer el endeudamiento y calificación de cualquier deudor en todo el sistema financiero, lo que no afecta

para nada el secreto bancario, que como sabemos, ampara sólo a las operaciones pasivas de los bancos.

Con respecto a las especulaciones actuales sobre la fuga de capitales de inversores mayoritariamente de Brasil y Argentina que se podría ocasionar si se levantara el secreto bancario, la entrevistada expresó que mientras no se firmen tratados de intercambio de información o para evitar la doble imposición con estos países, no habría ningún problema. En caso de que en el futuro dichos tratados llegarán a concretarse, no cree posible determinar cuál sería el impacto que esto produciría en el volumen de depósitos.

Para finalizar, la entrevistada concluyó que si bien a Uruguay no le convendría firmar tratados con países como Brasil y Argentina, tampoco le conviene seguir en la lista “gris” de la OCDE y en un futuro el país no tendría argumentos para no firmar con los países mencionados. También considera que si bien Uruguay está tratando de alinearse a la tendencia mundial de cooperación en materia de intercambio de información, hasta ahora a quien se le ha dado más facilidades es a la DGI. Por último, expresó que el secreto bancario siempre ha sido uno de los pilares básicos de nuestra plaza financiera y por lo tanto, se deben evaluar las consecuencias que podría traer cualquier modificación a la normativa que lo rige, pero en función de la tendencia mundial, sería razonable flexibilizarlo.

9.2.4 Entrevista a abogado del departamento legal de un banco privado.

El entrevistado trabaja hace muchos años en el departamento encargado de recepcionar los oficios de levantamiento de secreto bancario en banco privado.

En primer lugar, en cuanto a las medidas que toma el banco para preservar el secreto, el entrevistado indicó que a todos los empleados que ingresan a trabajar en la institución se les hace firmar una carta de compromiso a través de la cual asumen la obligación de no divulgar información. Esta medida también se toma con todos aquellos que puedan llegar a tener acceso a la información en virtud de sus funciones (por ejemplo, proveedores).

En relación a la frecuencia de las solicitudes de levantamiento, el Dr. manifestó que las mismas no son diarias, pero sí semanales. Por lo general, llegan por vía judicial, aunque también reciben pedidos de la DGI, el BPS y el Ministerio de Trabajo. Las solicitudes por parte de la DGI se vieron recién a partir de la Reforma Tributaria del 2007, en cambio BPS y el Ministerio ya podían solicitar información desde antes.

Luego de que el banco recibe la solicitud, lo primero que hace es verificar si se trata de un cliente, ya que muchas veces las solicitudes enviadas por parte del BCU están dirigidas a toda la red bancaria. En caso de tratarse de un cliente, se estudia el oficio, evaluando si cumple con todas las formalidades requeridas y por

supuesto, si se ajusta a alguna de las causales previstas por la ley. También verifica el fundamento y en caso de ser necesario solicita información adicional al juzgado. Por un lado, el banco debe velar por los intereses de sus clientes, pero si el fundamento es válido, debe proceder a levantar el secreto bancario porque de lo contrario, el funcionario del banco podría incurrir en el delito de desacato. A su vez, el banco puede llegar a ser multado por el BCU. Si el banco tiene dudas respecto a algún oficio en particular, se asesorara con algún abogado experto en la materia, que actúe como consultor.

Respecto a los embargos de cuentas bancarias, es necesario identificar la cuenta, salvo si se trata por parte de DGI, BPS y MTSS. En caso de que se trate embargo sobre una cuenta a nombre de dos personas, el banco por un tema de seguridad debe proceder a embargar toda la cuenta y luego los sujetos involucrados deberán buscar una solución ante el juzgado que ordenó el embargo. El banco no tiene obligación de informar al BCU la traba de embargos, lo que sí debe hacer es notificar al cliente si se trata del embargo de una cuenta corriente. En relación a los clientes que tienen colocaciones offshore, el banco no da la información sobre dichas cuentas (porque se trata de dinero que no está dentro de sus rubros), ni siquiera cuando tiene conocimiento sobre los bancos en que tiene las cuentas el cliente (por ejemplo en un banco corresponsal o en la casa matriz).

Si el banco recibe solicitudes de información sobre operaciones activas (que como sabemos, quedan fuera del alcance del secreto bancario), sólo la otorga si el pedido proviene del BCU.

En cuanto a la recientemente sancionada ley N° 18.718, el entrevistado no cree que vaya a impactar demasiado, dado que sigue siendo un juez el que debe ordenar el levantamiento. Considera que las facultades de la DGI aumentaron sustancialmente a raíz de la sanción de la ley y que no se deja en desventaja al contribuyente, dado que en todo el mundo las Administraciones Tributarias tienen estas facultades o incluso más.

En cuanto a la preocupación por la fuga de capitales argentinos, expresó que mientras no se firme un tratado con Argentina no va a haber ningún problema. A su vez confirmó que aún no han recibido solicitudes extranjeras en virtud de tratados firmados por Uruguay.

Por último, su opinión en cuanto al secreto bancario es que se trata de un muy buen instrumento, pero no considera que sea la característica más preciada del banco. Está de acuerdo con la flexibilización dada por la nueva ley siempre y cuando la DGI no se extralimite, y también con la firma de tratados, ya que entiende que no se puede ir en contra de la tendencia mundial.

9.2.5 Entrevista al Cr. David Eibe.

El Cr. Eibe fue Jefe de la Asesoría Tributaria de la DGI y Director de la Asesoría Tributaria del Ministerio de Economía y Finanzas. Actualmente trabaja en la órbita privada.

En primer lugar, el entrevistado manifestó que con la ley N° 18.083 lo que se estableció fue una nueva causal de levantamiento del secreto bancario, el delito de defraudación, además de establecerse el embargo de cuentas bancarias como medida cautelar, y la posibilidad de celebrar acuerdos con la DGI para levantar el secreto bancario voluntariamente.

Seguidamente, expresó su opinión acerca de la inclusión de Uruguay en la lista “gris” de la OCDE, que fue producto de la crisis financiera internacional, y que fue realizada en función del grado de cooperación entre países en materia de intercambio de información. La OCDE es un organismo que entre otras cosas se ocupa de la cuestión fiscal, estableciendo sanciones para las naciones que no cumplan con los estándares impuestos por los países poderosos que forman parte del mismo. Frente a esto, Uruguay se vio obligado a tomar medidas para ser removido de la lista de los países no cooperantes en el intercambio de información.

Con respecto a la ley N° 18.718, entiende que existen dos planos diferenciados, uno que tiene que ver con el cumplimiento de los estándares exigidos por la OCDE, y otro que tiene que ver con la DGI. El primero, pretende instrumentar el intercambio de información en virtud de los tratados firmados con otros países. El segundo, plantea un cambio sustancial para nuestra normativa, aunque no para la del resto del mundo (donde las facultades de las Administraciones Tributarias son mucho más amplias). El sentido de la norma, en su opinión, es favorecer el cumplimiento tributario, y con ello, disminuir la evasión.

Reconoce que puede parecer inconsistente la sanción de esta ley como resultado de las presiones exigidas por la OCDE, dado que dicho organismo nunca solicitó levantar el secreto bancario a efectos internos. Sin embargo, lo que debe razonarse es que esta norma impide que se de la incoherencia de que DGI deba pedir el levantamiento del secreto para un estado extranjero y no pueda hacerlo para ella misma. Al respecto, no considera que las facultades dadas a la Impositiva sean excesivas, dado que el pedido siempre tiene que pasar por un juez. Por otro lado, tiene que haber una resolución fundada y que además se ajuste al concepto de evasión, que entiende deberá ser reglamentado (al no tener definición legal).

Tampoco considera que las garantías de los contribuyentes se vean disminuidas, ya que se requiere una fundamentación de hecho y además se pasa por el control jurisdiccional. Esto siempre y cuando no existan abusos por parte de la Administración.

Todo forma parte de las medidas que debe tomar Uruguay para alinearse al nuevo orden internacional, de acuerdo a palabras del Cr. Eibe. Por ahora no se han manifestado las fugas de capitales, temidas en un principio.

En relación a la firma de tratados con otros países, el entrevistado señaló que la estrategia de Uruguay ha sido firmar con países de fuera de la región. En el futuro probablemente deba encarar la firma con un país de la región, pero entiende que para ello falta que se avance en otros sentidos. Opina que dada la fuerza relativa que tiene Uruguay a la hora de negociar, es razonable esperar que no se obtengan beneficios en la firma de tratados. Ciertamente es que con cada firma se va adquiriendo experiencia, pero tampoco puede esperarse demasiado, y menos considerando que los tratados están basados en estándares. Sin embargo, reconoce la estrategia de Uruguay (de firmar acuerdos con países de fuera de la región) como adecuada.

Finalmente, el Cr. Eibe expresó que las prácticas de otros países nos enseñan que el secreto bancario no es oponible a la Administración Tributaria, es decir que es razonable que la misma acceda a la información, y no necesariamente con el requisito de fundamentación (es el caso de otros países).

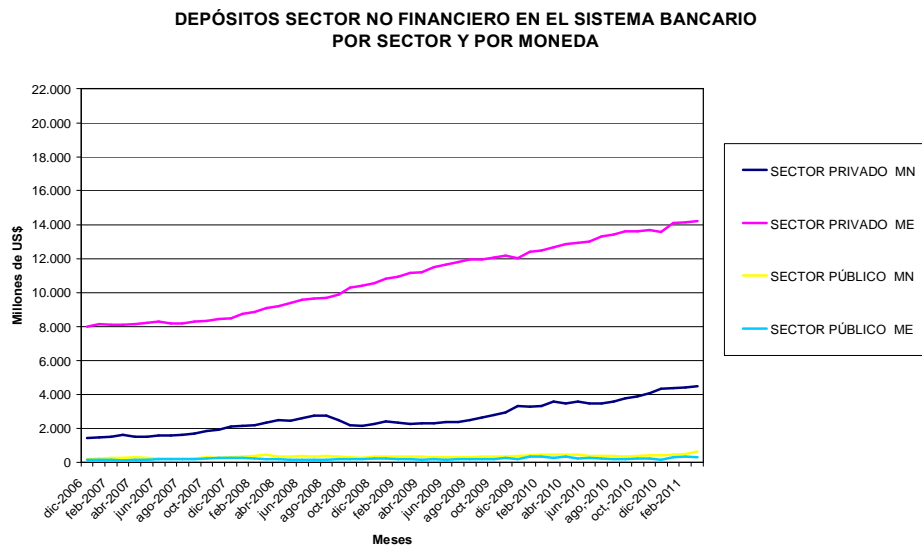
9.3 ANÁLISIS

Luego de este resumen, en primer lugar podemos concluir que todos los entrevistados coinciden en que, si bien la nueva ley aprobada modifica aspectos sustanciales en relación a la normativa anterior y flexibiliza en gran medida el secreto bancario, aún no se han producido mayores impactos en la plaza financiera uruguaya. Es también de opinión generalizada que el gran golpe a nuestro sistema financiero sería la firma de tratados con Argentina y Brasil, al conformar la principal fuente de capitales extranjeros invertidos en el país.

A los efectos de demostrar que hasta el momento la plaza financiera uruguaya no ha sufrido impactos negativos como se pensó en un primer momento, a continuación analizamos información extraída de la página del Web del BCU en relación a la evolución que han tenido los depósitos.

El período en el cual centramos nuestro análisis abarca los meses desde diciembre 2006 a marzo 2011, por considerar interesante estudiar la situación previa a la primera gran flexibilización del secreto bancario (Reforma Tributaria de 2007) y su evolución a lo largo del tiempo hasta llegar al segundo gran relajamiento del régimen del secreto.

En primer lugar, presentamos la evolución que han tenido los depósitos del sector no financiero en toda la red bancaria uruguaya, atendiendo al sector (público y privado) y a la moneda (moneda extranjera y moneda nacional).

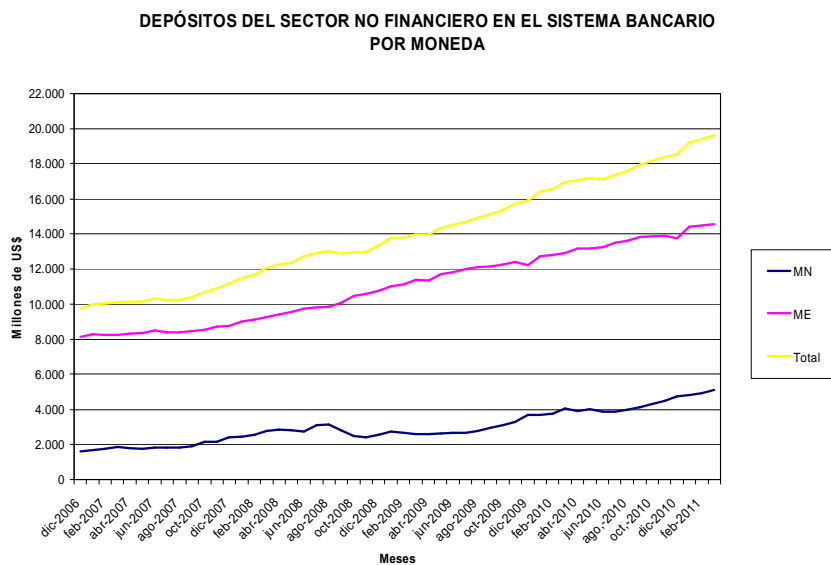


Gráfica elaborada en función de datos extraídos de página Web del BCU¹⁸³

Como podemos observar, son mucho mayores los depósitos provenientes del sector privado en moneda extranjera, los cuales a su vez muestran una tendencia claramente creciente a lo largo del tiempo. A estos los siguen los depósitos privados en moneda nacional, que si bien muestran una ligera tendencia al aumento, esta no es tan acentuada. Por último, los depósitos provenientes del sector público, tanto en moneda nacional como extranjera, se han mantenido constantes y su volumen es poco significativo en relación a los del sector privado.

¹⁸³ BCU, “Series Estadísticas - Depósitos,” <http://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/Paginas/Series-estadisticas-Depositos.aspx>.

En segundo lugar, exponemos la evolución de los depósitos provenientes del sector no financiero en todo el sistema bancario, diferenciando los efectuados en moneda nacional de los efectuados en moneda extranjera.



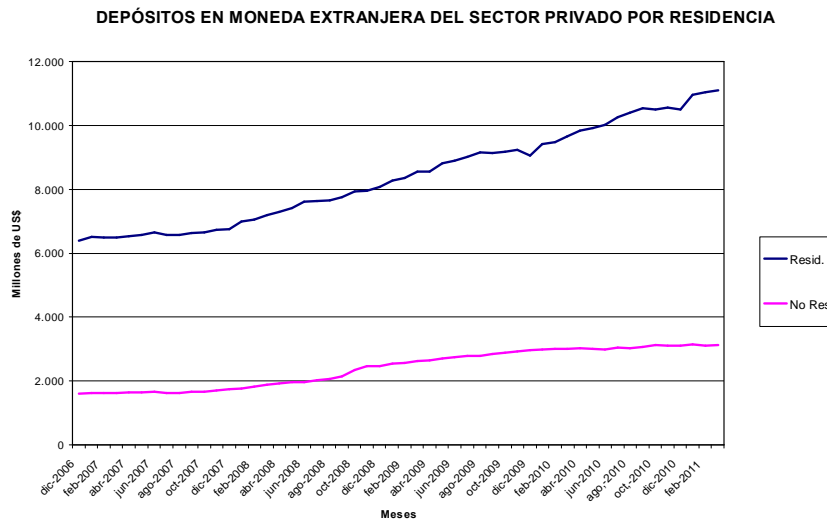
Gráfica elaborada en función de datos extraídos de página Web del BCU¹⁸⁴

Analizando la misma información, pero centrándonos en la evolución por moneda, constatamos como tanto en moneda nacional como extranjera, los depósitos han ido en aumento.

Por último, veremos cómo han evolucionado los depósitos en moneda extranjera del sector privado en la plaza financiera uruguaya, tanto de residentes como de no

¹⁸⁴ Ibid.

residentes. Como se observa en la gráfica, si bien últimamente han crecido mucho más los depósitos de residentes, también los provenientes de no residentes han aumentado, aunque no de forma tan marcada.



Gráfica elaborada en función de datos extraídos de página Web del BCU¹⁸⁵

A partir de esta información podemos comprobar cómo, si bien en un principio se especuló con la caída de los depósitos a raíz de las sucesivas flexibilizaciones que ha sufrido el régimen del secreto bancario en la última década, ello no ha sucedido. Muy por el contrario, la realidad nos muestra que los depósitos han aumentado, por lo que la evolución de los depósitos no corrobora las especulaciones realizadas en un principio en cuanto a una posible fuga de capitales. Sin embargo, no es posible afirmar que esta tendencia creciente de los

¹⁸⁵ Ibid.

depósitos, sobre todo de los no residentes, se mantenga en el futuro si se llegara a firmar un tratado OCDE con Argentina o Brasil.

Retomando el análisis de las entrevistas, identificamos tres posiciones en cuanto a las facultades otorgadas a la DGI y las garantías de los contribuyentes. Por un lado, hay quienes están de acuerdo con el mayor acceso de la DGI a la información de los contribuyentes, por considerarlo una práctica generalizada a nivel mundial, como Eibe. Otros consideran que los contribuyentes quedan en desventaja, al no lograrse las garantías necesarias, debido por ejemplo, a la inexistencia de juzgados especializados en materia tributaria. Por último, en una posición intermedia encontramos a los representantes de la banca privada, que deben mantener un equilibrio entre el resguardo de la información de sus clientes y por lo tanto de la protección de sus intereses y el cumplimiento de la nueva normativa que introduce causales de levantamiento del secreto bancario.

Todos los entrevistados reconocen un vacío legal en la nueva ley, producto del uso del concepto de “evasión”, que no se encuentra definido en nuestra legislación. Frente a esto, algunos enfatizaron el hecho de que traerá problemas en la práctica, mientras otros no hicieron hincapié en esto, alegando que se va a solucionar por medio de una reglamentación posterior.

Finalmente, podemos apreciar que se trata de un tema muy debatido y las consecuencias positivas o negativas de los últimos cambios aún no se han podido

observar en su totalidad, más allá de que al día de hoy el crecimiento de los depósitos no confirma las especulaciones en torno a la fuga de capitales de nuestra plaza financiera, temida en un principio. Habrá que esperar a que el futuro nos indique si las medidas tomadas fueron correctas.

CAPÍTULO 10 – CONCLUSIONES

En primer lugar, consideramos que el secreto bancario nace por la propia naturaleza de la actividad bancaria, al ser uno de los elementos característicos de la relación entablada entre el banco y sus clientes. Aunque en nuestro país recién fue consagrado legalmente a través del Decreto – Ley N° 15.322, del 17 de setiembre de 1982.

En relación a las tesis que analizamos sobre el fundamento del instituto, nos inclinamos por la que sostiene que el secreto bancario encuentra su razón de ser como una manifestación del derecho a la intimidad. Ello porque creemos que el cliente confía al banco información que hace a su vida privada y por lo tanto, es razonable que ante esto el banco le otorgue la reserva adecuada. A su vez, el derecho a la intimidad constituye uno de los bienes jurídicos más preciados, uno de los derechos fundamentales, que encuentra respaldo en leyes de rango constitucional, no solo en Uruguay sino también en el resto del mundo.

El 17 de setiembre de 1982, con la sanción del Decreto – Ley N° 15.322 se pretende dar solidez al Uruguay como plaza financiera atractiva para inversores del resto del mundo. El principal instrumento para ello lo constituye el artículo 25 que regula el secreto bancario a nivel legal. En el mismo se establece con claridad quiénes serán los sujetos comprendidos en la obligación de guardar reserva (empresas mencionadas en los artículos 1° y 2° del Decreto - Ley), a diferencia de

lo que ocurre con el alcance de las operaciones, que fue objeto de debate durante muchos años. En relación al sujeto activo de la obligación, la ley menciona que serán los “clientes”, sobre lo cual debemos precisar que se trata de todo aquel que realiza con el banco operaciones propias del giro, sin importar la frecuencia y aunque no exista un contrato de por medio. También entendemos importante aclarar que la obligación de los sujetos pasivos trasciende la finalización de las operaciones y subsiste a la pérdida del cliente, como bien expresaba Vergara Blanco.

Otros aspectos contenidos en este artículo refieren a las causales de levantamiento permitidas (autorización del interesado o resolución fundada de la Justicia penal o de la Justicia competente en caso de estar en juego una obligación alimentaria). A este respecto, entendemos que son pocas y muy específicas las causales de levantamiento previstas por esta ley, lo que dota al instituto de una gran estrictez. En cuanto a las sanciones penales previstas para el incumplimiento, es de apreciar que las mismas son muy severas ya que pueden llegar a tres años de prisión, lo cual refleja lo importante que es cumplir con el secreto bancario.

Volviendo al tema del alcance de las operaciones comprendidas, hasta la sanción de la ley N° 17.948 del 27 de diciembre de 2005, existieron dos posiciones, una que sostenía que tanto las operaciones pasivas como activas quedaban comprendidas, y otra que consideraba que el deber de secreto sólo alcanzaba a las operaciones pasivas. Las diferentes interpretaciones se suscitaron como

consecuencia de la imprecisa redacción de la ley, que si bien mencionaba solamente a las operaciones pasivas en forma específica, al hablar de “informaciones confidenciales” no realizaba ninguna distinción que permitiera concluir con certeza a qué se refería. En este contexto, muchos bancos, queriendo actuar con cautela por las responsabilidades que el incumplimiento les podía acarrear, optaban por incluir ambos tipos de operaciones en el ámbito del secreto bancario. Fue recién a partir del 27 de diciembre de 2005 que esta discusión concluyó cuando la ley N° 17.948 dejó en claro que las operaciones alcanzadas por el secreto bancario eran sólo las pasivas.

En nuestra opinión, es correcto que las operaciones activas no queden comprendidas en el alcance del secreto bancario, más allá de que somos concientes que la solución dada por la ley N° 17.948 no es perfecta. La misma tiene sus falencias, por ejemplo, no es justo, como bien exponían Cervini y Adriasola, que pueda conocerse el endeudamiento de una persona en el sistema financiero, pero no pueda obtenerse información sobre si el sujeto cumple en tiempo y forma con sus obligaciones de pago.

¿Por qué de todos modos pensamos que es correcto que las operaciones activas queden excluidas? Porque si los agentes económicos no pudieran tener acceso al endeudamiento del resto de los sujetos que forman parte de la economía, el mercado crediticio se vería perjudicado. Esto es así en virtud de que los agentes se verían obligados a concretar transacciones sin conocer la situación de la

contraparte, lo cual haría más riesgosa la toma de decisiones. Sin embargo, consideramos que el acceso a esta información actualmente debería restringirse de alguna forma, dado que a través de la página Web del BCU uno accede al endeudamiento de cualquier persona física o jurídica sin tener que justificar su interés en ello.

Pasando a analizar las flexibilizaciones dadas al instituto del secreto bancario, comenzamos con el primer gran quiebre que fue dado por la Ley de Reforma Tributaria N° 18.083. Con esta ley se incorporan nuevas causales de levantamiento a las previstas inicialmente por el Decreto – Ley N° 15.322.

La primera de estas causales consiste en la posibilidad de celebrar acuerdos con la DGI, autorizando el relevamiento del secreto, a cambio de que la Administración Tributaria reduzca los términos de prescripción de tributos. Frente a esto, es importante que se pueda constatar que se trata de un acto libre y no viciado, ya que la AT podría llegar a presionar al contribuyente a condición del otorgamiento de beneficios. En ese caso, si el banco toma conocimiento de la situación, no debería proceder a otorgar la información. Asimismo, un cambio no menor, es que a diferencia del levantamiento voluntario previsto por el Decreto – Ley N° 15.322 (en el cual la autorización debía estar dirigida al banco), con la ley N° 18.083 la autorización se realiza directamente al fisco, y este solicita la información a toda la red bancaria. En cuanto a esto, opinamos que este tratamiento diferencial a favor del fisco no parece del todo justo, dado que si el interesado quisiera levantar

el secreto bancario a favor de otro sujeto, este último no tendría la facultad de solicitar la información directamente al banco. Por otro lado, no entendemos el fundamento del carácter irrevocable de la autorización, ya que así como el contribuyente voluntariamente autoriza el levantamiento, debería poder revocarlo o limitarlo.

La segunda causal prevista por la ley N° 18.083 refiere al relevamiento del secreto ante una denuncia fundada por el delito de defraudación tributaria. Dicha causal de levantamiento solo alcanza a los fondos que el contribuyente posea en cuentas corrientes o cajas de ahorro. Nuevamente observamos un tratamiento diferencial a favor de la DGI, ya que se le otorga la facultad de solicitar y fundamentar el levantamiento a su criterio, limitando la actuación del juez a pronunciarse a favor o en contra en el plazo previsto. Al respecto de esta causal, los abogados entrevistados que manejan este tipo de temas nos han informado que hasta ahora no han recibido ninguna solicitud de levantamiento al amparo de este artículo, lo que nos hace pensar que la utilización del mismo no ha sido muy frecuente hasta el momento.

Otro cambio introducido por la ley N° 18.083 es el artículo 56 que faculta a la DGI y al BPS a solicitar el embargo de cuentas bancarias, especificando únicamente el nombre de la persona física o jurídica, y su respectivo número de identificación (cédula, pasaporte o RUT), lo que supone que no tienen por qué conocer el número de cuenta ni el banco donde el contribuyente posea fondos.

Asimismo, es importante mencionar que únicamente la DGI, el BPS y el MTSS (en virtud de otra ley) pueden solicitar el embargo genérico de cuentas bancarias a través del BCU, por lo que cuentan con una ventaja significativa frente a otros acreedores.

Por último, cuando la DGI realiza el contralor de los bancos como contribuyentes, en función del artículo 55 de la ley N° 18.083, el secreto bancario no es oponible ante dicho organismo. De todos modos, entendemos que la información que obtenga sí está sujeta al secreto tributario.

En lo que respecta a la operativa bancaria, a través de las páginas institucionales de varios bancos pudimos constatar la importancia que se da al secreto bancario por medio de las políticas de confidencialidad y códigos de conducta que contienen varias disposiciones en relación a este tema. Por otro lado, a través de la información recabada en una de las entrevistas que mantuvimos con un abogado de un banco privado, hemos descrito el procedimiento que se lleva a cabo frente a una solicitud de levantamiento del secreto, y también apreciamos cómo se presta especial atención a verificar que se cumpla con todos los requisitos de forma y contenido para no incurrir en responsabilidad. A nuestro entender es correcto que los bancos sean muy cautelosos y prudentes a la hora de proceder con un levantamiento, en virtud de las severas sanciones que la ley prevé en caso de otorgar información cuando no correspondía. Si fuera al revés, y el banco no otorgara información cuando sí correspondía, también corre riesgos al poder

incurrir en responsabilidad y cometer el delito de desacato. Por lo tanto, vemos como el banco debe buscar un equilibrio entre sus obligaciones para con la Justicia y sus obligaciones para con sus clientes, ya que lo que está en juego forma parte de la intimidad de los mismos.

La segunda gran flexibilización que se dio al régimen de secreto bancario surge como consecuencia de la inclusión de Uruguay en la lista de países no cooperantes en materia de intercambio de información emitida por la OCDE. Los países que integraban dicha lista fueron vistos como paraísos fiscales a nivel mundial, si bien la OCDE nunca se refirió a ellos de ese modo.

Una de las razones que creemos llevó a Uruguay a formar parte de esta categoría radica en la estrictez de su secreto bancario, considerado uno de los más rígidos del mundo. Esto se debe a que el secreto bancario es considerado un obstáculo para el intercambio de información, y como la OCDE busca fomentar la cooperación internacional, categorizó a Uruguay, en primera instancia de esta forma. En cuanto a esto, estamos de acuerdo con los doctores Cervini y Adriasola quienes sostienen que el verdadero obstáculo lo constituye el secreto societario, y no el secreto bancario, al poder ser relevado por la Justicia. El secreto societario, propio de los paraísos fiscales, es el que impide conocer a los beneficiarios finales de las operaciones financieras, y por tanto, el que posibilita la concreción de fraudes.

A raíz de la emisión de las listas por parte de la OCDE, Uruguay se comprometió a implementar los estándares de intercambio de información exigidos por dicho organismo. Como consecuencia, fue removido de la lista de países no cooperantes e incluido en la lista de países que si bien no han implementado los estándares, se han comprometido a ello. A partir de ese momento, nuestro país inició las negociaciones para la firma de tratados. Uruguay, al ser un país chico y con poca influencia a nivel internacional, no tuvo capacidad de negociación, quedando sujeto a los intereses del resto de los estados contratantes. De todas formas, como el intercambio de información está basado en un estándar, tampoco podía haberse logrado mayores cambios.

Hasta ahora, los tratados que Uruguay ha firmado entendemos no tendrán mayor impacto por haber sido suscritos con países de fuera de la región. El problema es que Uruguay inició un camino sin retorno a partir de que firmó el primer tratado, ya que en un futuro, no sabemos cuan cercano o lejano, deberá enfrentar negociaciones con países de la región, como Argentina y Brasil. Esto sí traería efectos negativos para nuestra plaza financiera, porque sufriríamos una pérdida de inversiones y hoy por hoy la mayor parte de nuestros depósitos extranjeros provienen de dichos países.

En virtud de la firma de este tipo de tratados, que contienen el estándar de la OCDE, Uruguay no podrá negarse a otorgar información porque la misma se encuentre en poder de bancos (apartado 5 del artículo 26 del Modelo OCDE), por

lo que el secreto bancario deja de ser oponible frente a pedidos de información provenientes de estados con los cuales Uruguay haya firmado un tratado de este tipo. De todas formas, para que opere el levantamiento a favor del estado extranjero, debe cumplirse con lo previsto para un relevamiento interno, lo cual entendemos ofrece mayores garantías.

Es de destacar que no necesita estarse investigando un delito de defraudación fiscal, sino que la información puede solicitarse con meros fines de fiscalización tributaria, lo que resulta incompatible con los tratados de asistencia en materia penal firmados por Uruguay con anterioridad, que no permiten otorgar información ni siquiera en el marco de una investigación de delito fiscal.

A nivel legal, la implementación de los tratados quedó regulada en la ley N° 18.718, que fue sancionada el 24 de diciembre de 2010. A través de la misma se prevé el levantamiento del secreto bancario a los efectos del cumplimiento de un tratado OCDE, así como el levantamiento a solicitud de la DGI. Esto último, a diferencia de los tratados, no fue fruto de las presiones internacionales, sino que se trató más bien de una decisión del Gobierno tomada con el fin de evitar que se diera la incoherencia de que la DGI pudiera solicitar información para otro estado y no pudiera hacerlo para ella misma. Es decir que la DGI podrá solicitar información con fines de fiscalización.

Ante esto nos preguntamos, ¿qué otro objetivo pudo haber tenido el Gobierno uruguayo para modificar el régimen de secreto bancario instaurado por el Decreto – Ley N° 15.322? La respuesta a esta interrogante es el crecimiento que ha tenido el gasto público en nuestro país, que demanda una mayor eficiencia en la recaudación de tributos y una ampliación de la base imponible de los mismos, como bien expresan Cervini y Adriasola. En efecto, el gasto del Gobierno aumentó en un monto equivalente al 2% del PBI en los años 2008 y 2009. A su vez, el gasto público que en 2004 representaba el 16,7 % del PBI, pasó a representar el 19,1% en 2009 (uno de los niveles más altos históricamente).¹⁸⁶ Es por esto último que la ley no sólo flexibilizó el secreto bancario, sino que estableció que comenzaran a gravarse con IRPF los depósitos de personas físicas residentes en el exterior. Para obtener la información sobre las colocaciones de sus residentes en el exterior, Uruguay hará uso de los convenios para evitar la doble imposición y tratados de intercambio de información que haya firmado y que firme en el futuro.

Como expusimos en el capítulo VIII, el proceso de elaboración de la ley N° 18.718 fue muy controvertido, al estarse en juego un tema delicado como lo es la privacidad o intimidad de las personas, y que constituyó un cambio sustancial en relación al régimen anterior.

¹⁸⁶ Jorge Rebella (2009), “Nueva administración tendrá que moderar sensiblemente la suba del gasto público,” http://www.deloitte.com/view/es_UY/uy/prensa/d771fa5d97965210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm.

Hay varios aspectos de la redacción de la ley que merecen especial consideración. En primer lugar, se amplía el alcance del levantamiento del secreto bancario en virtud de una denuncia penal por defraudación tributaria, al quitarse la limitación “(...) alcanzará exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y en caja de ahorro”. En segundo lugar, la inexistencia de juzgados especializados en materia tributaria quita garantías al proceso jurisdiccional, ya que la resolución judicial que autorice el levantamiento del secreto queda en manos de un juez civil sin especialización en la materia. Sin embargo, el hecho de que la sentencia sea apelable, y que dicha apelación tenga efecto suspensivo, otorga otro tipo de garantías.

Lo que más nos preocupa es que seguramente se suscitarán problemas de interpretación a raíz del uso del concepto de “evasión”, ya que el mismo no se encuentra definido a nivel legal. El mismo juega un papel fundamental a la hora de levantar el secreto bancario, dado que debe procederse al respecto si existen indicios objetivos de “evasión”. Es razonable esperar que ante la falta de definición, cada juez tenga su interpretación y por lo tanto se autoricen levantamientos que no correspondan.

Para finalizar, nos gustaría recalcar cómo Uruguay ha cedido drásticamente frente a las presiones internacionales por miedo a quedar aislado, y ha debilitado sustancialmente un instituto que históricamente caracterizó a nuestra plaza financiera y que nos dio a conocer como uno de los países que más custodiaba la

intimidad de las personas. De todos modos, como señalamos en el trabajo de campo, la fuga de capitales que se pensó ocurriría como consecuencia del debilitamiento del instituto, no se ha visto sustentada por la evolución que han tenido los depósitos en los últimos tiempos.

Frente a este último golpe de gracia que se ha dado al régimen del secreto bancario, debemos preguntarnos si hoy por hoy podemos hablar de que exista dicho instituto. Nuestro objetivo con este trabajo es que todo aquel que lo lea pueda formarse una opinión que le permita encontrar una respuesta. Nosotras, luego de haber analizado en profundidad el tema, creemos que más allá de las muchas excepciones que se han impuesto al régimen original, todavía sigue existiendo un mínimo de garantías que protegen la intimidad de las personas. Sin embargo, si seguimos alineándonos con la tendencia existente a nivel mundial en relación a la transparencia de la información, creemos que es muy posible que el secreto bancario termine desapareciendo.

BIBLIOGRAFÍA

ABOGADOS PENALISTAS EN MADRID – 7 ABOGADOS EXPERTOS EN DERECHO PENAL – CONSULTA SIN COMPROMISO. *CODIGO PENAL ESPAÑOL - TEXTO ÍNTEGRO ACTUALIZADO 2009*. [en línea] Disponible en: <<http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, Francia – Uruguay. [en línea] Disponible en: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/acuerdos/acue-ap-105768.htm>> [Acceso el 08 de abril de 2011].

Aguiar, J. L. (2010). *Depósitos en el exterior podrán quedar fuera del alcance de DGI*. [en línea] Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/101103/pnacio-526213/politica/depositos-en-el-exterior-podran-quedar-fuera-del-alcance-de-dgi/>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Albacete, J. M. y Ermoglio, E. (2010). *Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información*. Revista Tributaria, Tomo XXXVII, Número 219.

Algorta Morales, P. (2007). *CAMBIOS EN SECRETO BANCARIO Y EN EL EMBARGO DE CUENTAS*. [en línea] Disponible en: <http://www.rap.com.uy/spa/publicaciones/pdf/2007/modificaciones_secreto_bancario_lrt.pdf> [Acceso el 26 de diciembre de 2010].

Auditoría Interna de la Nación. *Decreto 614/992*. [en línea] Disponible en: <http://www.ain.gub.uy/marco_normativo/decretos/decretos_soc_614_992.html> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Bado Cardozo, V. y López Rodríguez, C. *Secreto profesional financiero*. [en línea] Disponible en: <<http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseContFinSecreto01.htm>> [Acceso el 11 de diciembre de 2010].

Banco Central del Uruguay (2000). *Circular N° 1.722 - LAVADO DE DINERO. Creación de una Unidad de Información y Análisis Financiero (U.I.A.F.) que funcionará en la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera. - (Expediente B.C.U. N° 2000/1378)*. [en línea] Disponible en: <<http://www3.bcu.gub.uy/autoriza/ggsegg/seggcil722.htm>> [Acceso el 15 de mayo de 2011].

Banco Central del Uruguay. *Series Estadísticas - Depósitos*. [en línea] Disponible en:

<<http://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/Paginas/Series-estadisticas-Depositos.aspx>> [Acceso el 17 de mayo de 2011].

Banco de la República Oriental del Uruguay. *Código de Ética*. [en línea] Disponible en:

<http://www.brounet.com.uy/c/document_library/get_file?uuid=0622bbdf-90fd-4c30-99d0-bceb953e9e66&groupId=10164> [Acceso el 10 de mayo de 2011].

Banco Itaú. *Política de Privacidad*. [en línea] Disponible en:

<<http://www.bancoitau.com.uy/>> [Acceso el 10 de mayo de 2011].

Banco Santander Uruguay. *Código de Buenas Prácticas Bancarias del Banco Santander Uruguay*. [en línea] Disponible en:

<<http://www.santander.com.uy/>> [Acceso el 14 de mayo de 2011].

Banco Santander Uruguay. *Código General de Conducta del Banco Santander Uruguay*. [en línea] Disponible en:

<<http://www.santander.com.uy/>> [Acceso el 14 de mayo de 2011].

Bayardo Bengoa, F. (1961). *La tutela penal del secreto*. Montevideo, Editorial Martín Bianchi.

Bayardo Bengoa, F., citado por Rippe, S. (2005). *Secreto Bancario*. 1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria.

Bayardo Bengoa, F., citado por Cervini, R. y Adriasola, G. (2007). *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*. Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires.

BBVA. *Código de Conducta del Grupo BBVA*. [en línea] Disponible en:

<<http://www.bbva.com.uy/wps/wcm/connect/4e88948046ede274b8a1bac4b74a8913/CodigodeConducta.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4e88948046ede274b8a1bac4b74a8913>> [Acceso el 22 de mayo de 2011].

BBVA. *Código de Prácticas Bancarias de BBVA Uruguay*. [en línea] Disponible en:

<<http://www.bbva.com.uy/wps/wcm/connect/5779660046ede274b8a2bac4b74a8913/CodigodePracticasBancariasdeBBVA%2520Uruguay.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5779660046ede274b8a2bac4b74a8913>> [Acceso el 22 de mayo de 2011].

Bergstein, N. (1987). *El delito de violación del secreto bancario (Art. 25 del Decreto-Ley N. 15.322)*. 1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria.

Cabrera, S. (2010a). *Frente y blancos a punto de acordar por secreto bancario*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/100924/pnacio-517385/politica/frente-y-blancos-a-punto-de-acordar-por-secreto-bancario./>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Cabrera, S. (2010b). *Se trancó el acuerdo de secreto bancario*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/101008/pnacio-520462/politica/se-tranco-el-acuerdo-de-secreto-bancario./>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Cámara de Representantes - 06/09/2005 - Información sobre Personas, Empresas e Instituciones Incorporadas a los Registros del Banco Central del Uruguay. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/IndexDB/TextosAprobados/ListarTexto.asp?Id=42>> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Cano Rico, J. R., Robiolo, J. A., Roullión, A. A. N., Labanca, Malagarriga, citados por Rippe, S. (2005). *Secreto Bancario*. 1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria.

Castagnola, F. y Albacete, J. M. (2009). *Uruguay se compromete ante la OCDE*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.guyer.com.uy/-newsletters/newsletter13.html>> [Acceso el 26 de diciembre de 2010].

Centrone, C., citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Cervini, R. (2006). *Carga de Reportar Operaciones sospechosas a la luz de las Innovaciones de la Ley N° 17.835 de 23.09.04*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.adriasolaclavijo.com/publicaciones.php?b=a&n=6>> [Acceso el 26 de diciembre de 2010].

Cervini, R. y Adriasola, G. (2007). *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*. Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires.

Cervini, R. y Adriasola, G. (2011). *Publicación inédita en proceso de edición*.

Cervini y Chavez, citados por Cervini, R. y Adriasola, G. (2011). *Publicación inédita en proceso de edición*.

Citibank. *Código de Conducta*. [en línea] Disponible en:
<http://www.citibank.com/citi/corporategovernance/data/codeconduct_es.pdf>
[Acceso el 15 de mayo de 2011].

Código Civil. [en línea] Disponible en:

<<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoCivil2010-02.pdf>> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

COMISIÓN DE HACIENDA (2010). *NUEVO SISTEMA TRIBUTARIO - SE INTRODUCEN AJUSTES - COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY - Distribuido N° 330*. [en línea] Disponible en:

<<http://www.parlamento.gub.uy/distribuidos/AccesoDistribuidos.asp?Url=/distribuidos/contenido/senado/s20100330.htm>> [Acceso el 02 de mayo de 2011].

Constitución de 1997. [en línea] Disponible en:

<<http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm#2>> [Acceso el 05 de febrero de 2011].

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHO HUMANOS - PACTO SAN JOSE COSTA RICA. [en línea] Disponible en:

<<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/pactos/Pact15737.htm>> [Acceso el 26 de marzo de 2011].

Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, España – Uruguay. [en línea] Disponible en:

<<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv-ap-103190.htm>> [Acceso el 09 de abril de 2011].

Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, México-Uruguay. [en línea] Disponible en:

<<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv-ap-101146.htm>> [Acceso el 09 de abril de 2011].

Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, Portugal – Uruguay. [en línea] Disponible en:

<<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv-ap-103191.htm>> [Acceso el 09 de abril de 2011].

CONVENTION BETWEEN THE ORIENTAL REPUBLIC OF URUGUAY AND THE SWISS CONFEDERATION FOR THE AVOIDANCE OF DOUBLE TAXATION WITH RESPECT TO TAXES ON INCOME AND ON CAPITAL. [en línea] Disponible en:

<http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edactr/ury.Par.0078.File.tmp/bt_101206_dbl_impstn_e.pdf> [Acceso el 09 de abril de 2011].

Costa, L. (2010). *Presentación Secreto Bancario*. [en línea] Disponible en:

<http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Uruguay/Local%20Assets/Documents/seminariostax/2010_06_16%20-%20Presentacion%20Secreto%20Bancario.pdf> [Acceso el 05 de febrero de 2011].

Couture, citado por Cervini, R. y Adriasola, G. (2007). *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*. Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires.

Diario El País (2009). *Gobierno deberá levantar secreto bancario, según nuevos tratados*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/091127/pecono-456781/actualidad/gobierno-debera-levantar-secreto-bancario-segun-nuevos-tratados/>> [Acceso el 09 de abril de 2011].

Diario El País (2010a). *Levantamiento del secreto bancario “atenta contra la inversión”*. [en línea] Disponible en
<<http://www.elpais.com.uy/100721/ultmo-503234/ultimomomento/levantamiento-del-secreto-bancario-atenta-contr-la-inversion/>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Diario El País (2010b). *Luz verde para el proyecto de secreto bancario*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/101014/pnacio-521777/politica/luz-verde-para-el-proyecto-de-secreto-bancario/>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Diario El País (2010c). *Ministros tratan texto de cambios tributarios*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/100606/pecono-493436/economia/ministros-tratan-texto-de-cambios-tributarios/>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Diario El País (2010d). *Secreto bancario: FA y Alianza votaron el proyecto*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/101015/pnacio-521993/politica/secreto-bancario-fa-y-alianza-votaron-el-proyecto/>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Diario El País (2010e). *Secreto bancario: intentan rápido acuerdo con oposición*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/100917/pnacio-515830/politica/secreto-bancario-intentan-rapido-acuerdo-con-oposicion./>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Diario La República (2009). *OCDE retiró a Uruguay de lista de países “no colaboradores”*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.larepublica.com.uy/politica/358904-ocde-retiro-a-uruguay-de-lista-de-paises-no-colaboradores>> [Acceso el 26 de diciembre de 2010].

Dirección General Impositiva. Normativa y Dictámenes. *Código Tributario*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.dgi.gub.uy/wdgi/hgxpp001?6,4,205,O,S,0,MNU:E:14;2;MNU>> [Acceso el 30 de enero de 2011].

Fleck Moyano, P. L. y Cervini, R., citados por Cervini, R. y Adriasola, G. (2007). *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*. Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires.

Garrigues, citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

González, J. (2009). *Los logros de la cumbre del G-20 en Londres*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elmundo.es/mundodinero/2009/04/02/economia/1238698910.html>>
[Acceso el 04 de abril de 2011].

HSBC. *Código de Buenas Prácticas*. [en línea] Disponible en:
<[http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_Buenas_Practicas.pdf/\\$FILE/Codigo_Buenas_Practicas.pdf](http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_Buenas_Practicas.pdf/$FILE/Codigo_Buenas_Practicas.pdf)> [Acceso el 10 de mayo de 2011].

HSBC. *Código de Conducta*. [en línea] Disponible en:
<[http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_de_Etica.pdf/\\$FILE/Codigo_de_Etica.pdf](http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Codigo_de_Etica.pdf/$FILE/Codigo_de_Etica.pdf)> [Acceso el 10 de mayo de 2011].

Iglesias, D. (2010). *Entre “equidad tributaria” y temor a “fuga” de capitales*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/101104/pnacio-526398/politica/entre-equidad-tributaria-y-temor-a-fuga-de-capitales/>> [Acceso el 04 de diciembre de 2010].

Jiménez de Parga, citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Labanca, citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Ley 15.322. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15322&Anchor>
=> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Ley 15.903. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15903&Anchor>
=> [Acceso el 08 de febrero de 2011].

Ley 15.982 - Código General del Proceso. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15982&Anchor>
=> [Acceso el 26 de marzo de 2011].

Ley 17.016. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17016&Anchor>
=> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Ley 17.060. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17060&Anchor>
=> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Ley 17.948. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17948&Anchor>
=> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Ley 17.963. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17963&Anchor>
=> [Acceso el 29 de enero de 2011].

Ley 18.083. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18083&Anchor>
=> [Acceso el 08 de febrero de 2011].

Ley 18.401. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18401&Anchor>
=> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Ley 18.485. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18485&Anchor>
=> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

Ley 18.718. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18718&Anchor>
=> [Acceso el 30 de abril de 2011].

Magalhães Gomes Filho, A., citado por Cervini, R. y Adriasola, G.abriel (2007). *Relaciones peligrosas. Secreto bancario – Fisco. Cooperación Internacional*. Editorial B de F, Montevideo - Bueno Aires.

MERCOSUR - PROTOCOLO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES. [en línea] Disponible en:
<<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/protocolos/prot17145.htm>> [Acceso el 04 de abril de 2011].

Nogueroles Peiró, citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

OCDE (a). *Acerca de la OCDE*. [en línea] Disponible en:
<http://www.oecd.org/pages/0,3417,es_36288966_36288120_1_1_1_1_1,00.html
> [Acceso el 16 de mayo de 2011].

OCDE (b). *Más información sobre la OCDE*. [en línea] Disponible en:
<http://www.oecd.org/document/7/0,3746,es_36288966_36288120_36954951_1_1_1,00.html> [Acceso el 04 de abril de 2011].

OCDE (c). *ACUERDO SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.oecd.org/dataoecd/37/54/37975122.pdf>> [Acceso el 09 de abril de 2011].

OCDE (d). *MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON FINES TRIBUTARIO*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.oecd.org/dataoecd/17/18/41814482.pdf>> [Acceso el 02 de abril de 2011].

Olivera García, R. (1989). *Manual de Derecho Bancario Uruguayo*. Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo.

Orfila, M. (2009). *Secreto Bancario-No tan secreto-(Mujica) Otra idea polémica*. [en línea] Disponible en:
<<http://rigofa.blogdiario.com/1238418360/>> [Acceso el 19 de diciembre de 2010].

Panel sobre Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras el 9 de noviembre de 1994 (1994). *Secreto Bancario en el Uruguay*. 2º edición, Fundación de Cultura Universitaria.

Perdigon, H. (2009). *Uruguay no es un paraíso fiscal*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.larepublica.com.uy/politica/364408-uruguay-no-es-un-paraiso-fiscal>> [Acceso el 02 de abril de 2011].

Peréz Fontana, S. F. (1992). *Cuadernos de Derecho Bancario*. 1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria.

Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2009). *Uruguay: país comprometido con estándares internacionales de intercambio de información*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.presidencia.gub.uy/Web/noticias/2009/04/2009040318.htm>>
[Acceso el 02 de abril de 2011].

Presidencia de la República Oriental del Uruguay (2010). *Uruguay y Alemania firmaron un acuerdo para evitar la doble imposición tributaria*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.presidencia.gub.uy/sci/noticias/2010/03/2010030911.htm>> [Acceso el 09 de abril de 2011].

PROYECTO DE LEY MEDIANTE EL CUAL SE APRUEBA EL CONVENIO ENTRE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY Y EL PRINCIPADO DE LIECHTENSTEIN PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO. [en línea] Disponible en:
<http://www.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2011/03/mre_658.pdf> [Acceso el 09 de abril de 2011].

Rebella, J. (2009). *Nueva administración tendrá que moderar sensiblemente la suba del gasto público*. [en línea] Disponible en:
<http://www.deloitte.com/view/es_UY/uy/prensa/d771fa5d97965210VgnVCM10000ba42f00aRCRD.htm> [Acceso el 18 de mayo de 2011].

Rippe, S. (2005). *Secreto Bancario*. 1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria.

Rippe, S., citado por Rippe, S. (2005). *Secreto Bancario*. 1º Edición, Fundación de Cultura Universitaria.

Ruta, citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Scheer, citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Sichtermann, citado por Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

TAXANALYSTS (2010). *ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LA REDUCCIÓN FISCAL EN MATERIA DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO*. [en línea] Disponible en:
<<http://services.taxanalysts.com/taxbase/wwtreaty.nsf/dockey/T-geruru2010g-0309201>> [Acceso el 14 de mayo de 2011].

Tiscornia, F. (2009). *Sin nuevos tratados, Uruguay mantuvo lugar en lista de OCDE*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/090925/pecono-444091/actualidad/sin-nuevos-tratados-uruguay-mantuvo-lugar-en-lista-de-ocde/>> [Acceso el 02 de abril de 2011].

Tiscornia, F. (2010). *Piden que OCDE valore avances y no sólo la firma de tratados*. [en línea] Disponible en:
<<http://www.elpais.com.uy/100127/pecono-467833/actualidad/piden-que-ocde-valore-avances-y-no-solo-la-firma-de-tratados/>> [Acceso el 09 de abril de 2011].

Vergara Blanco, A. (1990). *El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Villegas, C. G. (1989). *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Wikipedia, la enciclopedia libre (a). *Cumbre del G-20 de Londres*. [en línea] Disponible en:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Cumbre_del_G-20_de_Londres#Metas> [Acceso el 04 de abril de 2011].

Wikipedia, la enciclopedia libre (b). *Grupo de los 20 (países industrializados y emergentes)* -. [en línea] Disponible en:
<[http://es.wikipedia.org/wiki/Grupo_de_los_20_\(pa%C3%ADses_industrializados_y_emergentes\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Grupo_de_los_20_(pa%C3%ADses_industrializados_y_emergentes))> [Acceso el 14 de mayo de 2011].

Wikipedia, la enciclopedia libre (c). *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*. [en línea] Disponible en:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_para_la_Cooperaci%C3%B3n_y_el_Desarrollo_Econ%C3%B3mico#Estados_miembros> [Acceso el 04 de abril de 2011].

Wikipedia, la enciclopedia libre (d). *Prevaricación*. [en línea] Disponible en:
<<http://es.wikipedia.org/wiki/Prevaricato>> [Acceso el 09 de mayo de 2011].

ANEXO A - ENTREVISTA AL DR. RAÚL CERVINI

El Dr. Cervini, además de ser consultor en un estudio jurídico de renombre, es profesor de Derecho Penal (grado 4) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y Catedrático - Director del Departamento de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Sus áreas de especialización son: Derecho Penal, Económico y Financiero, Derecho Penal Tributario y Cooperación Penal Internacional. Es autor de numerosas publicaciones, varias de las cuales tratan sobre el secreto bancario.

A continuación transcribimos la entrevista mantenida con el Dr. Cervini.

RC: El secreto bancario ha sido reconocido desde la tercera década del siglo XX en nuestro país. Previo a la sanción del Decreto – Ley N° 15.322, la doctrina y la jurisprudencia sostenían que el secreto bancario formaba parte del secreto profesional y por lo tanto se le aplicaba el artículo 302 del Código Penal.

Cuando surge la Ley de Intermediación Financiera, Decreto – Ley N° 15.322, el legislador, en buen sentido entendió que si se quería fortalecer a la plaza financiera uruguaya, debía otorgarse al secreto bancario una especie de superprotección. Si bien ya la tenía, se buscó proveerlo de un tratamiento especial, su violación fue acompañada de un incremento de pena indicativo de los propósitos buscados.

La norma prevista en el art. 25 del Decreto - Ley es buena, ya que no se consagra un tipo objetivo impenetrable, no consagra al secreto bancario como algo totalmente cerrado, ya que prevé que el mismo pueda ser revelado por la voluntad del titular o por resolución de los magistrados, si está en juego una obligación de alimentos o si se trata de una causa penal. Es importante destacar que en ambos casos (obligación alimentaria o causa penal) se exige que la resolución relevatoria sea fundada (motivada). Eso es una garantía muy razonable, eso está muy bien.

Si bien en muy pocos derechos del mundo se admite que un juez civil en causa ordinaria releve el secreto bancario, se viene notando un aflojamiento de dicho paradigma, que de una u otra manera nos ha alterado nuestra normativa sobre el instituto, pero clásicamente, nosotros nos regíamos por una norma que era muy equilibrada, ya que si bien establecía razonables garantías inherentes al relevamiento del secreto bancario, tampoco cerraba la posibilidad de relevar.

Funcionó muy bien los primeros años, pero de a poco comenzaron a aparecer excepciones, más allá de las comprendidas en la propia Ley de Intermediación Financiera o establecidas en el resto de la normativa nacional aplicable (ejemplo: art. 177 del CPU). Dentro de las excepciones que emanan de la propia ley, encontramos por ejemplo el artículo 15 que establece facultades de contralor del sistema financiero al Banco Central. Pero, como antes señalé, también se permite relevar el secreto bancario en función de principios generales del ordenamiento normativo, por ejemplo en el caso del cobro de un crédito. Nadie puede estar atado al secreto bancario cuando quiere ejecutar un crédito a un cliente. Es decir, existían causales establecidas por el propio artículo 25 de la Ley de Intermediación Financiera, otras establecidas por otros artículos de la ley (artículo 15) y otras causales consagradas en el resto de la normativa nacional.

Luego aparece una causal muy puntual, que a través de la ley de alquileres N° 15.799 de 1985, posibilitaba el relevamiento del secreto bancario. Esto ya era indicativo del algo.

Pero el gran problema se ocasiona cuando se produce la Reforma Tributaria. Es a partir de ese momento que se dan los aflojamientos más grandes. Si las garantías del secreto bancario radican en sus excepciones, dime cuantas son sus excepciones y te diré cuan garantista es. En otras palabras, cuando las excepciones se multiplican al barrer y se funcionalizan a la pretensión tributaria, al final el principio termina desnaturalizándose.

El secreto había sido considerado de orden público nacional e internacional del Uruguay, por la judicatura uruguaya. Lo que significaba, y esto es muy importante, porque eso no ha cambiado, que frente a una normativa internacional que afectara el secreto, Uruguay aplicaba su orden público y el secreto bancario no era afectado. Es decir, que prevalece la norma interna de orden público sobre la norma internacional.

La historia empieza a cambiar, primero con la Ley de Reforma Tributaria y luego, actualmente con el mundo de la OCDE. Se va dando un nuevo aflojamiento a través de los convenios OCDE.

Hoy por hoy, no sirve de nada que Uruguay firme convenios de doble imposición con países como Alemania o Pakistán, pero no llegue a hacerlo con Brasil y Argentina. Porque entonces, ¿cómo aguanta Uruguay la presión que se va a generar, por parte de Argentina y Brasil, que de hecho ya existe? Cuando uno abre la puerta para que pase un ratoncito, tiene que saber que por esa misma puerta, entra el ratoncito y de repente mete la garra el león.

Yo creo que se han ido creando muchas excepciones al secreto bancario y por lo tanto, la pregunta que hoy cabe hacerse, es si hoy por hoy aún se puede hablar de un secreto bancario rigurosamente tutelado. Ustedes están estudiando un instituto que estaba reglado en atención a la seguridad jurídica, y como tal era muy respetado, si se quiere, más allá de que uno comparta o no la filosofía del secreto bancario. Yo la comparto, porque creo que hace a la intimidad de la persona.

Sacrificar el derecho a la intimidad por una construcción formal como es el derecho a la percepción de los tributos, es una cosa muy discutible, porque tradicionalmente, la intimidad parte de la libertad, y la libertad junto con la vida humana, son los bienes jurídicos más protegidos por el derecho penal. Cuando una persona mata a otra, elimina una vida humana, eso es malo para todos, estamos ante un ilícito sustancial, en cambio, en materia tributaria, ocurre que un hecho es imponible en Pakistán y no es imponible en Mónaco, estamos ante una construcción punitiva meramente formal. En Mónaco no hay tributos, entonces, ¿es menos democrático el gobierno de Mónaco? No, no, tiene una distinta percepción. La violación del derecho a la percepción de los tributos es un delito formal, es decir, es un delito construido por el Estado porque necesita dinero, pero no porque sea delito “in se”, ni “per se”, es un delito con construcción formal, que responde a las inexorables necesidades de ingresos de las arcas públicas.

Si bien se puede decir, y yo estoy de acuerdo, que en el estado democrático social de derecho no es bueno que algunos tengan mucho y se abstengan de contribuir a paliar el hambre de los que no tienen nada, o a viabilizar las apropiadas políticas sociales, eso tiene que ver con la necesidad de una cultura tributaria de referente comunitario. La comunidad tiene que tomar conciencia de los problemas sociales, de las nuevas necesidades del Estado, pero también pasar a creer y a comprobar que el Estado aplica debidamente los fondos que percibe.

¿Porqué hay países donde no hay evasión o esta es marginalmente tolerable? Típicos casos son Suiza, Noruega, Bélgica, Dinamarca. Porque son países donde la gente sabe adónde va su dinero.

Las personas no son evasoras porque no quieren pagar, tienden a evadir cuando la presión del Estado no se ve correspondida con la proporcionalidad y con un resultado visible. Entonces ahí es cuando es importante tener en cuenta el carácter formal del delito. Después hay principios inherentes al derecho penal tributario del estado democrático de derecho, que también hay que tener en cuenta. No cualquier cosa puede vestirse como un impuesto, tampoco puede ser discrecional la eventual alícuota. Es decir, tiene que haber cierta vinculación. Y sobre todo cuando se agrega una punición de naturaleza penal después, al fin del camino.

Actualmente, el secreto bancario que nació como una protección tan soberana, de orden público internacional, tiende a ser desmantelado por vía de necesidades fiscales y de la cooperación internacional, porque la OCDE no es otra cosa que presión internacional.

El tema es muy crítico, sobre todo corresponde preguntarnos, ¿no estaremos hablando de un instituto cuando en realidad ya lo matamos? Yo en el libro que escribí al respecto partía de la base de que todavía quedaba algo por salvar. Luego comenzó la presión por parte de la OCDE, y dentro de todo estamos enfocados a tendencias de orden restrictivo para proteger el secreto bancario, lo que significa que en el fondo queremos que se salve lo más posible ese segmento de la libertad. Pero la verdad que ya los espacios que se abren son tan significativos, que la defensa de las garantías se convierte en tarea de titanes.

¿No estamos vendiendo algo que no existe cuando decimos “porque el secreto bancario en Uruguay”? Suiza también lo vende, ¿existe el secreto bancario suizo? Mentira, sólo existe en lo cantonal, porque el Ministerio Fiscal no tiene tanta fuerza, y porque los cantones tienden a defender una tradición más clásica del secreto. Pero en Ginebra no existe, el Fiscal va con la policía a relevar. Hace poco tiempo las autoridades americanas les pidieron el relevamiento del secreto bancario sobre 3.000 personas y les dieron de 4.000.

Ahora va a haber un acuerdo entre toda Europa y Estados Unidos, donde todos los ciudadanos norteamericanos van a tener que ser identificados por los bancos a condición de poder trabajar en Estados Unidos, esto es algo nuevo. Después va a seguir con otros que no son americanos. Realmente una de las jurisdicciones donde -por vía de los hechos- más se protege el secreto bancario es precisamente dentro de los Estados Unidos. Si Uruguay le pide información a Estados Unidos, no es segura la respuesta, porque se supone que el dinero que está allá se ha purificado por los controles del sistema, bastó que pasara la frontera para transformarse en dinero sacrosanto, salvo que ya lo hayan incautado. La política de incautación de activos es mucho más internacional que interna. Esto es un tema bastante sencillo de entender, basta analizar la realidad.

E: ¿Cómo por ejemplo?

RC: Por ejemplo, Andorra, Luxemburgo, países democráticos, es decir, que nadie va a decir que son paraísos fiscales, que son prudentes en sus reformas. Suiza incluso, más allá de haber cedido mucho, ha tratado de mantener cierto nivel de prudencia. Nosotros creo que hemos cedido todo sin oponer objeciones. El proyecto se llama internacionalmente “Manos dadas” y ese es el sentido, nos damos todos la mano, lo mío es tuyo y lo tuyo es mío. No es así, los países chicos tienen que tener ciertas prevenciones, sobre la naturaleza, finalidad y consecuencias de aquello que se les exige.

Yo tuve que contestar una consulta sobre un juez que hace tres años no relevó el secreto de la forma debida. Honestamente me sentía tan cómodo de poder contestarla, porque en esa época era todo tan claro, era todo tan uniforme, el juez podía conocer claramente lo que debía hacer. Actualmente está todo un poco más entreverado. Dentro de unos pocos meses vendrá algún iluminado sosteniendo que la Convención de Palermo autoriza medidas de cooperación directa entre las policías, que los Jueces deben restringir las garantías tratándose de Delito Organizado, etc..

La visión uruguaya equilibrada de secreto bancario se ha visto progresivamente desnaturalizada, más que deteriorada. Desnaturalizada a través de sucesivas excepciones. Entonces llega el momento en que debemos preguntarnos, ¿hasta qué punto se puede mantener un margen de excepciones que sea compatible con las garantías de la protección de la intimidad? Porque el secreto bancario hace a la intimidad, no es que hace al capricho. Yo he visto gente que defiende con uñas y dientes el secreto bancario y tiene una cuenta de US\$ 2.000. Una vez una mujer inició una demanda contra un banco privado porque le había violado el secreto bancario y tenía una cuenta de US\$ 3.500, no era traficante. Muchas veces la gente humilde con cuentas chicas, es la más celosa del secreto bancario y en cambio, un multimillonario no tiene problema en decir que tiene US\$ 15.000.000. Hace a la intimidad de cada uno.

Si a una persona se le pregunta sobre su opción sexual, se le está afectando la libertad sexual. Cuando se le pregunta cuánto dinero tiene en el banco, se le está afectando otra esfera de la intimidad tan valiosa como la anterior, es algo que también hace a la libertad.

Puede ser que en el futuro, si el mundo fuera más abierto, más desmaterializado, a la gente le guste decir cuánto tiene ahorrando o que no tiene ahorrado nada. ¿Pero por cuánto tiempo? Existe un conjunto grande de personas que ha atesorado ahorros durante su vida con trabajo y quiere tener una mínima reserva sobre eso, parece un poco de antaño, pero la verdad hay incluso gente joven que piensa eso.

Entonces la pregunta clave está ahí, ¿existen pautas para sostener que todavía sobrevive el instituto del secreto bancario? Yo todavía sigo sin tener una respuesta definitiva, en principio diría que todo indica que lo están tratando de liquidar, pero cuando uno se pone a pensar más profundamente, todavía hay cosas a rescatar y hay interpretaciones restrictivas que se pueden dar. Principios de reserva que los que firman estos acuerdos deberían tener presente, al momento de involucrar las garantías de todos.

Yo me pregunto, ¿porqué Uruguay le firma a Suiza cosas que Suiza no le firmó a Estados Unidos? Si Suiza tuvo anticuerpos frente a Estados Unidos, y pudo decir “bajo estas condiciones no”, ¿cómo los suizos pudieron mantener ciertos niveles de protección que nosotros estamos aflojando así sin más, a mano suelta? ¿Y cómo vamos a poder decirle el día de mañana a Argentina o Brasil “yo no firmo nada con vos”? Porque no se trata de tener un número determinado de tratados. Los argentinos o brasileros nos dirían, “Uruguay no tiene dinero de los pakistaníes, lo que tiene es dinero de los argentinos y brasileros”. Entonces Uruguay va a tener que salir a defender su postura con muy pocas armas. Si se nos van los argentinos y brasileros nosotros nos vamos a ver muy perjudicados. Actualmente, no hay solidaridad a nivel regional, entonces, ¿por qué Uruguay va a ceder lo poco que tiene, que es esa cierta credibilidad y certeza jurídica que da su plaza financiera y ello a cambio de la nada? Porque un país chico sólo tiene el argumento del derecho.

E: ¿Usted cuanto tiempo piensa que va a pasar antes de que Argentina y Brasil empiecen a presionar más fuertemente?

RC: Cuando Uruguay llegue a un número más o menos sustantivo de tratados firmados, digamos 13 o 14.

Es una guerra muy sucia, y el secreto bancario, malo, bueno, regular, lo que sea, era lo que con cierto consenso general Uruguay había marcado como una de las esencias de su plaza financiera, como una manifestación de su orden público, es decir, las esencias jurídicas que marcan la individualidad de un pueblo en un momento determinado. Uruguay llegó a decir que el secreto bancario era parte de su esencia, como lo había hecho Suiza, y otros antes, no inventamos nada. Y de golpe y porrazo nos olvidamos de ello. Presiones internacionales siempre hubo, lo que difieren son las reacciones frente a las mismas. Yo me acuerdo que en el gobierno de Lacalle, integré varias delegaciones para pelear los tratados de cooperación judicial penal con Estados Unidos, era la época de oro de la “guerra santa contra las drogas” y fue muy elogiable la actitud del gobierno, dura, firme, no se dejó llevar por delante. Los gobiernos fueron pasando y podía haberse pensado que la defensa de la soberanía jurídica seguiría siendo una política de estado, pero lamentablemente no ocurrió. No se trata de signo político, sino de convicción. Se ha dado cierta paradoja; gobiernos calificados como de derecha han tenido muchísima más dignidad en la defensa del modo de ver las cosas uruguayo frente a las grandes potencias. No se trataba de la defensa de la banca internacional, no estaba en juego la patria financiera, era en defensa de un nivel de seguridad jurídica que se consideraba importante para el país. Difícilmente hoy se puede defender adecuadamente aquello en lo que no se cree y son muchos los que descreen por sistema del secreto bancario, sin haberse tomado el trabajo de analizar su real fundamento.

Ese es un poco el panorama, a mi me gustaría que ustedes llegaran a la conclusión de que a pesar de todo hay algo salvable todavía. En el fondo de mí, anida la esperanza de que así sea, también la esperanza de que las actuales autoridades clarifiquen su visión sobre la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y de los reales intereses nacionales.

E: ¿Piensa usted que Uruguay va a seguir cediendo en los tratados que firme?

RC: Y nada me indica que no vaya a ser así. Hay un preconceito en el gobierno actual, ya que entiende que oponerse a la OCDE es imposible porque se nos cierran las puertas, lo cual es erróneo o al menos muy discutible.

Durante el reciente desarrollo de reuniones técnicas sobre prevención del delito financiero, terrorismo, etc., me han señalado claramente delegados de las potencias más influyentes, “por favor, no hagan todo lo que les pedimos”, “transmite al gobierno de tu país que no ceda en todo porque nosotros le vamos a seguir pidiendo, aguántense en algo, mira que hay otros que lo hacen”. Yo he pasado el mensaje pero no he visto cambios en la postura.

E: ¿Más allá de terminar con la presión de la OCDE y salir de la lista “gris”, que otros beneficios traerían los tratados?

RC: Yo les pregunto, ¿qué beneficios nos traería en los hechos salir de la lista “gris”?

No nos va a traer ningún beneficio, porque por otro lado vamos a tener la presión del GAFI. Si no somos colaboradores entraremos en otra lista gris oscura que es peor que la lista gris. Y vendrán otros, hay multiplicidad de organismos de control internacional o regional y listas europeas, listas globales, listas de Estados Unidos, listas de Estados Unidos, Canadá y México, Brasil, etc. Existe la sensación de que la salida a muchos de los grandes problemas posmodernos se visualiza exclusivamente por el lado de la exclusión internacional.

Además, me pregunto: ¿se puede estar en la lista blanca de la OCDE mientras que los argentinos y brasileros han llegado a la conclusión y declarado en documentos bilaterales que somos paraíso fiscal?

E: ¿Con respecto a la nueva ley que se acaba de aprobar, qué opinión le merece el debilitamiento del secreto bancario frente a la DGI?

RC: En términos minimalistas yo creo que, una vez bajadas ciertas defensas, si el relevamiento termina pasando por un juez, un magistrado que aprueba mediando resolución fundada, existen esperanzas.

Pero el problema es que la resolución fundada debe dictarla un juez especializado, porque la materia tributaria es muy especializada. Si a un juez nacional, el BCU o la DGI lo atosiga con una serie de planillas llenas de números, no sabe qué hacer, porque no tiene herramientas ni asesores. Se tiene que recurrir a magistrados especializados, del tipo -no precisamente a ellos- de los encargados de Criminalidad Organizada., suficientemente pertrechados técnicamente como para que no se los lleven por delante. Es muy fácil engañar a un juez no especializado en este tipo de asuntos, Si por lo menos existiera una judicatura especializada, la misma podría irse perfeccionando con la experiencia. Pero darle un tema tributario a un juez que tiene que intervenir en un deslinde de propiedad, en una sucesión, en un recobro de pesos, en un tema marcario, es una crueldad.

También asignarle competencia a la judicatura de crimen organizado es un despropósito porque no es una modalidad de crimen organizado, pero, reitero, el juez que dicte resolución fundada en asuntos tributarios tendría que estar a la altura de los jueces de crimen organizado en cuanto a su especialización. Si hay un juzgado especializado en crimen organizado, ¿por qué no puede haber

jueces especializados en algo que afecta a todo el universo de ciudadanos, que es el problema tributario? El tema tributario es algo que potencialmente nos afecta a todos.

Los tributos son algo que golpea a todo el mundo, por lo que se justificaría plenamente una jurisdicción especializada, para que la resolución motivada o fundada, sea efectivamente fundada. Para poder fundar una resolución, es necesario conocer los elementos de hecho, cosa que no es tan fácil. Conseguir un dato fidedigno en Uruguay es una de las cosas más difíciles de la tierra, debido a que hay documentación que se encuentra muy trancada, expedientes a los que no se logra acceder nunca, o se encuentran incompletos.

¿Ustedes creen que la DGI va a plantear rústicamente el tema ante el juez? Para nada, lo va a presentar al menos con la apariencia de muy bien preparado y el juez no va a tener elementos para decir que no, ¿por qué, cómo podría fundar en contrario, si no tiene la especialización necesaria?

E: Según su opinión, el secreto bancario, como instituto defensor de la libertad, de la intimidad de la persona, ¿estaba bien consagrado en un inicio, con el Decreto – Ley N° 15.322?

RC: El secreto bancario es natural, es conatural a la libertad. Creo que el Decreto – Ley N° 15.322 recogía algo de la libertad. Actualmente, hay gente que se queja porque piensa que protege únicamente al que tiene dinero en los bancos, es una manera de verlo. Yo he visto que hay personas que no tienen nada en los bancos e igualmente defienden el secreto bancario, y a la vez, existe gente que tiene fortunas y no le interesa, porque no le interesa su intimidad.

E: A su entender, ¿es mejor, más ajustado, lo establecido por la Ley de Intermediación que cómo se regía antes?

RC: Yo creo que se ajustaba más a lo que podemos decir, los principios de un estado democrático de derecho. El estado democrático de derecho que yo concibo es también social, bien puede mantenerse ese paradigma sin violentar el secreto bancario. Hay gente que ha pensado en declaraciones juradas genéricas que uno bajo su responsabilidad haga, ¿se mejora la acción tributaria con este tipo de cosas? La historia lo dirá, en el extremo opuesto están las soluciones cercanas a la caza de brujas.

No necesariamente quiere decir que sea un defensor ultranza del secreto, me inclinaría sí a favor, pero si lo quieren eliminar que lo deroguen, pero resulta jurídicamente intolerable ver como paulatinamente se lo desnaturaliza por motivaciones ajenas a su naturaleza: la incontrolada pretensión tributaria y el irracional temor ante las presiones externas.

ANEXO B - ENTREVISTA A ABOGADA DE IMPORTANTE ESTUDIO JURÍDICO

La entrevistada asesora, entre otros clientes, a bancos en reconocida firma de abogados. Hace quince años que se desempeña en estas funciones.

E: En la firma para la que trabaja, ¿se asesora al banco cuando llegan los oficios de levantamiento del secreto bancario?

A: Sí, nosotros analizamos todos los oficios que llegan al banco por el secreto bancario.

E: Hemos visto que algunos bancos tienen una sección interna (“Legales”) que se dedica a eso.

A: Lo que sucede es que nosotros hacemos de abogados internos de algunos bancos. Hay bancos que no tienen un Departamento de Legales, y somos nosotros los abogados y quienes analizamos todos los oficios.

E: ¿Reciben muchos oficios?

A: De levantamiento del secreto depende de por qué causas. Se reciben bastantes en materia penal cuando se están investigando delitos. Y también en materia de pensiones alimenticias.

E: ¿Y después de la Reforma Tributaria de 2007?

A: Ninguno. En la Ley de Reforma Tributaria está prevista la posibilidad de levantar el secreto bancario en caso de defraudación, de denuncia por defraudación. No hay ningún caso. Es más, tengo entendido que no sólo nosotros no hemos tenido sino que no hubo ninguna solicitud por parte de DGI de levantamiento del secreto al amparo de ese artículo.

E: ¿Y del BPS?

A: Del BPS ya no sé, pero de DGI no vimos ninguno.

E: ¿O sea que la Ley de Reforma de 2007 en la práctica no trajo muchos cambios?

A: No, no se ha utilizado ese artículo de relevamiento.

E: ¿Y otros pedidos de información, como identificación de cuentas, o de algún movimiento en particular, que les haya llegado en oficio de Juez?

A: Sí, esos son los que se reciben por causas penales, con pedidos del estilo de “Informar sobre las cuentas de Fulano de Tal”, o incluso a veces se envían listas de personas que están siendo investigadas durante X período.

E: ¿Y por deudas importantes con DGI, BPS o el MTSS?

A: No, no hemos recibido hasta ahora ninguno que trate de un tema tributario. Son todos por delitos, aunque a veces no se sabe porque el oficio no lo dice. Sin embargo, en ningún caso se utilizó la figura de levantamiento del secreto prevista en la ley 18.083.

E: ¿Y para embargos tampoco?

A: El embargo es diferente. Hay muchos embargos de cuentas pero esos pueden ser dispuestos por cualquier Juez, no ya por un Juez Penal.

Nosotros no hemos visto ningún caso en relación al embargo especial previsto en la Ley de Reforma Tributaria. No sé si ha habido en otros bancos.

E: ¿O sea que estas nuevas causales que introdujo la Ley de Reforma de 2007 ustedes no las han visto todavía?

A: Lo que pasa es que todavía no se ha empezado a mover mucho en ese ámbito. Pienso que con el tiempo llegarán pedidos.

E: ¿Y cuando les llegan los oficios ustedes revisan que el Juez establezca que se trata de una resolución fundada?

A: Sí, siempre.

E: ¿Y si no dice nada, o si sólo dice “Resolución fundada” sin dar ningún tipo de detalle?

A: En la práctica la “resolución fundada” es una frase hecha. Generalmente se establece que “La información que se está solicitando es de interés de la sede por estarse investigando un ilícito penal”. O en el caso de pensiones alimenticias: “Se solicita la información en virtud de que se trata de un juicio de una pensión alimenticia

E: ¿Y con eso es suficiente?

A: Sí.

E: ¿Han tenido algún caso dudoso?

A: Sí, hemos tenido muchos.

E: ¿Y en esos casos qué hacen?

A: Depende, a veces se va a ver el expediente si se puede, a veces se contesta con una pregunta. Se pide que se identifique mejor a la persona, si no coincide el número de cédula por ejemplo. Lo importante es que se sigue investigando, porque el banco está entre dos fueros, no puede dar información que no le corresponde, es decir que no puede ir y alegremente dar la información porque entonces el cliente le puede hacer un juicio por violar el secreto bancario, además el funcionario estaría incurriendo en violación del secreto bancario. Y por otro lado tiene el deber de acatar la orden judicial.

Muchas veces hemos tenido dudas y tratamos siempre de solucionarlas.

E: ¿Ha pasado que algún cliente de un banco que asesoren se haya quejado por el levantamiento?

A: Yo recuerdo sólo un caso, de hace muchos años y en el que no intervine. El cliente amenazó con hacer un juicio por violación del secreto bancario, que además después no lo hizo porque la información se había proporcionado correctamente. Sé que se había generado un tema de si el banco había actuado bien o no.

Este es el único caso que conozco, y no personalmente.

E: ¿Y cómo terminó?

A: En nada, no se llegó a hacer juicio al banco. En las conversaciones entre abogados se demostró que el banco había actuado correctamente.

E: Cuándo la OCDE incluyó a Uruguay en la lista “gris”, ¿esto tuvo muchas repercusiones a nivel de los bancos y de sus clientes?

A: No. Los clientes, según entiendo, comenzaron a inquietarse cuando Uruguay empezó a firmar los tratados, pero no por su inclusión de la lista, sino por las medidas que tomó para salir de la misma.

E: ¿Y eran inquietudes sobre qué iba a pasar si Uruguay seguía firmando tratados?

A: Exacto.

Por ahora es una preocupación nada más. Ha habido preguntas, muchas preguntas.

E: ¿Y qué se les dice a los clientes cuando hacen esas preguntas?

A: Se les informa del alcance del proyecto de ley, que ahora es ley (la de presupuesto). Al amparo de esta ley, hoy si recibimos un pedido de información de relevamiento de secreto de la DGI Argentina, eso no correría en la medida de que no hay un tratado entre Uruguay y Argentina. Ahora, si preguntan si habrá un tratado, yo creo que no, pero es hacer un poco de futurología.

E: ¿Qué opinión le merece la ley de reforma recientemente aprobada?

A: Respecto del proyecto original se avanzó muchísimo. La versión final aprobada da más garantías al titular de la información, el proyecto original realmente preveía un levantamiento del secreto mucho más sencillo. Ahora hay toda una instancia de darle la posibilidad al titular de la información de oponerse, incluso se hace como un mini juicio, que se llama juicio incidental, y que es muy breve. En él, las partes, DGI por un lado y el titular de la información por el otro, tienen la chance de expresar sus opiniones. El juez interviene y es quien va a decir sí o no al levantamiento del secreto. Esto es extremadamente importante porque es lo que da garantías en el proceso. Y además esa sentencia es apelable, o sea que en ese sentido es muy garantista.

E: Es decir que no es tan fácil obtener el levantamiento del secreto, ¿no?

A: No. Creo que el tema va a estar en ver con qué países Uruguay firma tratados. Porque no es lo mismo firmar un tratado con Suiza que con India.

Esta ley trata de dos situaciones, el levantamiento del secreto bancario a solicitud de un país con el cual haya tratado, pero también, el levantamiento a solicitud de la DGI. Hasta ahora como estábamos, por la ley de reforma fiscal, la DGI sólo podía solicitar el levantamiento del secreto cuando había presunción de defraudación y denuncia penal por eso.

Si la ley no contemplara el levantamiento a solicitud de la DGI, sucedería que la DGI de otros países con los cuales Uruguay tuviera tratado podría tener acceso a información a la cual la DGI uruguaya no podría acceder, lo cual no es coherente. Y al mismo tiempo, actualmente la DGI de muchos países del mundo puede acceder a toda la información de cuentas bancarias de los contribuyentes. Esto quiere decir que esta facultad que ahora tiene la DGI no es nada trasnochado. Es nuevo para nosotros los uruguayos que no estamos acostumbrados, como nunca hubo un impuesto sobre las rentas de capital (por lo menos en los últimos cuarenta años o más), tampoco había necesidad ni interés de DGI en tener acceso a esa información. Ahora el sistema tributario uruguayo hace que DGI tenga mucho más interés en conocer esa información. Y más todavía en tener acceso a información del exterior.

Entonces, respecto del exterior dependerá de los tratados. Respecto de las cuentas bancarias en Uruguay, el hecho de que DGI pueda acceder a la información a mí personalmente no me parece mal, y menos si hay un procedimiento como el que está previsto, que da garantías y que no es que

alegremente se pueda decir “¿A ver que tenés?”. Porque además, el uruguayo tiene muy arraigado el derecho a la intimidad. Quizás por el secreto bancario, pero para nosotros es muy traumático mostrar lo que uno tiene, si bien existe el secreto tributario. De alguna manera esta ley ofrece ciertas garantías. Hay que pensar que en otros países basta con que llegue una carta de parte de la DGI, dirigida directamente al banco, sin juez y sin que el interesado pueda decir nada, pidiendo la información sobre cuántos son los ahorros que tiene X persona.

Cuando el Poder Ejecutivo hizo el proyecto, e hizo consultas con especialistas, recurrió a otros modelos en derecho comparado de la región, y tomó en cuenta el modelo chileno, que también tiene un procedimiento judicial para el levantamiento del secreto. La única diferencia está en la información que puedo dar. ¿Qué decía el proyecto anterior? El proyecto original decía que se podía dar toda aquella información que resulte necesaria para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones juradas. En Chile esto era más restrictivo, la norma decía que la información que se puede solicitar es aquella que sea indispensable. Pero resulta que el texto final aprobado resultó más restrictivo aún que el de Chile, porque dice “El juez sólo hará lugar a la solicitud cuando la administración tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo” (que esto da para todo un tema), “y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones”. O sea que, ¿cuál es la información? Es la que es necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios, y siempre que se presenten esos indicios objetivos. Eso es nuevo, se agregó después de la negociación política que hubo con la oposición.

E: En un principio hubo opositores al proyecto por miedo a que se produjera una fuga de capitales, ¿usted piensa que podría darse esto?

A: Sí, yo pienso que puede darse como no, depende de con qué países Uruguay firme tratados. O sea, claramente si Uruguay firma un tratado con Argentina, es obvio que esto se va a dar. O con Brasil.

E: ¿Y si los argentinos se llevan sus depósitos?

A: Tendrían que llevarlos a algún paraíso fiscal donde el secreto bancario esté más protegido.

Uruguay tiene mucho negocio financiero que Argentina no tiene, y es con argentinos. Por eso también la DGI de Argentina está tan interesada en firmar con Uruguay, pero no a la inversa porque no hay ningún uruguayo que tenga sus ahorros en Argentina.

E: ¿Y lo mismo con Brasil?

A: Con Brasil no tanto, hay ahorristas brasileiros pero no tantos. Es más que nada con Argentina.

Otro país que puede ser importante es Suiza. Tengo entendido que el tratado con Suiza está bastante encaminado, de acuerdo a lo que nos dijeron en el Ministerio, está ya negociado, consensuado, y faltan las firmas, las traducciones, es decir, una etapa formal que lleva mucho tiempo.

Los tratados que exigió la OCDE todavía no están todos, dentro de los doce que exigió está el de Suiza, por ejemplo.

Firmar un tratado con Argentina, Estados Unidos o Suiza, creo que sería lo que provocaría más efectos en la plaza financiera uruguaya. Son los tres países que más pueden impactar directa o indirectamente.

E: En su opinión personal, ¿cree favorable que se haya flexibilizado el secreto bancario?

A: El secreto bancario se ha ido debilitando enormemente, por todos lados además.

Empezó siendo la llave para construir todo el sistema financiero uruguayo, pero por cuestiones de la vida, de un mundo incluso internacional, no solo uruguayo, se ha ido flexibilizando. El mundo cambió después de todos los actos terroristas, y ahora hay como una fiebre por saber quiénes son los titulares de los fondos, lo que no existía hace 20 años o incluso hace 10. Se empezaron a crear las normas del lavado de dinero, y este delito se fue ampliando y abarcando muchas más figuras, no solamente la venta de drogas, sino también el tráfico de armas, de personas, y también la corrupción. Cada vez es más amplio, y eso hace que haya que investigar muchísimo el origen de los fondos.

Entonces, ¿qué pasa? Esto no es compatible con el secreto. Hay presiones internacionales por cuestiones de lavado, por un lado, y por cuestiones tributarias por el otro (a través de la OCDE), para hacer excepciones al secreto. Hay excepciones de todo tipo, y en Uruguay hay muchas. Hay una de una ley de presupuesto vieja, que permite al BPS y al Ministerio de Trabajo imponer embargo genérico (no levantar el secreto estrictamente) en casos de infracciones. Instruyen el embargo de la cuenta de X persona en todas las instituciones bancarias.

E: Nosotras hemos visto oficios por estos embargos genéricos.

A: Esos son la mayoría de los oficios. Esto fue la primera perforación, o si se quiere debilitamiento, del secreto. La ley recientemente aprobada abre un flanco enorme, por más que tengamos el mini proceso y todo eso.

E: ¿Es decir que le parece bien que de a poco se vaya flexibilizando el secreto bancario?

A: Creo que el mundo cambió, pretender hoy en día mantener un secreto bancario como existía antes lamentablemente no es real. Nosotros con la globalización no vivimos aislados del mundo, estamos en un mundo que tiene otros problemas. Sin duda a mi me encantaría que las cosas fueran igual que antes porque nuestra plaza sería mucho más fuerte, seguiríamos siendo la Suiza de América. Pero no es realista.

Me parece que dentro de todas las cosas que pasan se ha dirimido el punto con una solución que es bastante conservadora y garantista para los titulares de la información. Ahora, es clave (les repito) con quiénes firmamos tratados.

Suiza, por ejemplo, no firma un tratado con Estados Unidos. Tiene con países que no le hacen ninguna mella, por ejemplo, el que está negociando con Uruguay. Uruguay para Suiza no existe.

E: El problema sería que la OCDE exigiera determinados países para la firma de tratados, ¿no?

A: Sí, claro. Pero no se puede exigir eso porque no pueden obligarte a ponerte de acuerdo con determinado país. Los tratados pueden ser de dos tipos: los que son para evitar la doble imposición y los tratados de intercambio de información.

En los tratados para evitar la doble imposición hay una cláusula de intercambio de información que es el famoso artículo 26 de la OCDE. Pero este es un tratado con mucho más contenido, que abarca una cantidad enorme de temas (como por ejemplo, regalías, dividendos, establecimiento permanente, etc.), y que lleva años de discusión. De hecho Uruguay está con Chile discutiendo hace años un tratado, justamente porque tienen diferencias. Y la cláusula de intercambio es una más. Entonces la OCDE no puede decirte “Tenés que firmar un tratado con X país”, porque no puede obligarte a ponerte de acuerdo con ese país.

Los tratados de intercambio de información son mucho más fáciles de negociar. No hay demasiado para discutir. En el caso de Uruguay, ya hemos sentado un precedente con Francia, porque no teníamos ningún tratado de intercambio de información firmado. Al haber firmado uno con Francia, ¿ahora Uruguay cómo le dice que no a otro país sin alegar que es porque no quiere dar información? No hay excusas.

E: ¿Y Argentina puede tener mecanismos para obligar a Uruguay a firmar un tratado de esta naturaleza?

A: Coercitivos no. Pero puede ejercer presión a través de otros medios.

Por ahora viene bien, por lo que sabemos. Todo el mundo se preguntaba, cuando Mujica se reunió con Cristina en Anchorena, que podía negociarse un tratado. Pero finalmente esto no fue así.

Yo supongo que no va a haber un tratado con Argentina en los próximos tiempos. Me parece suicida firmar un tratado con Argentina. Es mucho lo que nos perjudica a nosotros.

Otro tema importante, y que salió en los diarios, es el tema de la evasión. Fijate que la norma dice que “el Juez sólo hará lugar a la solicitud cuando la Administración Tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión”. El concepto de evasión no está definido en nuestro derecho tributario como figura. Existe la defraudación pero no la evasión. Para mí eso es un error garrafal, ríos de tinta van a correr en las discusiones de si hay o no evasión. En realidad la ley debería haber hablado de defraudación, pero no quisieron redactarla de esta forma porque como la defraudación es un tipo específico infraccional y definido, quisieron usar algo más laxo.

La verdad es que esto es un problema, porque lo que va a pasar es que un Juez civil, que es quien levanta el secreto bancario (y en eso no estoy nada conforme con cómo salió la ley), va a estar opinando sobre si existen o no indicios de evasión cuando no sabemos lo que es porque no está definida. Eso no es muy garantista.

E: ¿Y esto en las manos de quién debería quedar?

A: Se tendría que haber utilizado un concepto que estuviera definido. Y además el Juez civil no puede ser el que determine si hay o no indicios objetivos de la existencia de una infracción tributaria. Quizás sería bueno que existieran jueces especializados en materia tributaria. Eso sería ideal.

El levantamiento como tal del secreto lo puede hacer cualquier juez, no se precisa un juez calificado para levantar el secreto. Ahora, cuando ya el levantamiento del secreto depende de otros conceptos más especializados, ahí se torna más vaga la cosa.

E: ¿Deberían después emitir alguna ley interpretativa que incluya el concepto de evasión?

A: No sé, este tema yo lo he visto en varios diarios. Lo que pasa es que ahora este año empieza a regir lo de la reforma. Para el IRPF habrá que controlar lo que las personas declaren o no sobre sus ahorros en Uruguay. El tema es que los bancos son agentes de retención, entonces la posibilidad de evasión, para los ahorros que se tengan en Uruguay, es nula.

Salvo que quieran ver si se reciben giros desde el exterior, ahí si les va a interesar levantar el secreto bancario. Y ahí ven en los estados de cuenta si se reciben giros de afuera, y a su vez si los mismos fueron declarados o no.

El año que viene o el otro, cuando empiecen a fiscalizar si se cumplió o no con el pago de impuestos sobre ahorros en el exterior, ahí va a haber más interés en levantar el secreto.

E: ¿Y con los ahorros en países del exterior?

A: Sólo si tiene firmado un tratado.

E: Al día de hoy, ¿hay algún tratado que sea más relevante que el resto?

A: Por ahora no porque además tenemos pocos.

Sin embargo, por la vía del levantamiento del secreto acá, yo puedo enterarme de cuentas que una persona tenga en otro país, aún cuando no tenga tratado firmado con ese país. Si veo un giro que vino a la cuenta, voy a preguntar “¿Y esto qué es?”. Y si pido todos los estados de cuenta y veo que en los últimos doce meses, todos los meses se recibe X plata de afuera puedo darme cuenta si existe algo en el exterior que no fue declarado.

La DGI puede levantar el secreto respecto a cuentas que estén en Uruguay. Para cuentas afuera, hay que enviar un exhorto al país con el que se firmó tratado, aunque también se puede hacer esto con los que no se firmó, quizás me den la información.

El tema es que yo puedo levantar el secreto si es que entiendo razonablemente que hay indicios de evasión, porque por ejemplo el sujeto lleva un nivel de vida que no es acorde con los ingresos que aparecen en su declaración jurada. Si me parece que está ocultando algo, puedo ir al juez y pedir el relevamiento del secreto bancario, pero tengo que fundamentar. Si el juez lo decreta ahí veo los movimientos de la cuenta de la persona.

Toda esa complejidad deriva de nuestro sistema tributario nuevo, que es el del IRPF. Porque si no tuviéramos IRPF, a la DGI no le importaría mucho conocer los movimientos de tu cuenta y tu nivel de vida.

E: ¿Todavía no han recibido ningún pedido de información a raíz de la reforma tributaria recientemente aprobada?

A: No, todavía ninguno. A mi me parece que recién el año que viene podremos recibir pedidos, porque este año todavía no ha salido el decreto reglamentario de esta ley que grava los depósitos en el exterior. O sea que no se sabe cómo se va a pagar el impuesto ni cómo se va a llevar a la práctica (en declaraciones juradas cada tanto, etc.). Entonces no pueden fiscalizar algo que todavía no han reglamentado. Por lo tanto tiene que ser el año que viene o el otro.

E: ¿Y pedidos del exterior? ¿De países con los que Uruguay haya firmado tratado?

A: No, ninguno. Alguno llegará, pero pienso que pocos.

ANEXO C - ENTREVISTA A JEFA DE SECCIÓN DE RECONOCIDO BANCO PRIVADO

La contadora entrevistada cuenta con amplia experiencia en el ámbito bancario al estar trabajando desde 2001 en la órbita de los bancos privados (en adelante nos referiremos a su lugar de trabajo como el “Banco”).

En esta entrevista buscamos conocer y profundizar aspectos relativos a la operativa del Banco en relación al secreto bancario y a los procedimientos internos del mismo, y a su vez conocer la opinión de una persona que trabaja en el ámbito privado sobre las modificaciones actualmente en discusión.

A continuación la transcripción de la mencionada entrevista:

E: ¿El Banco toma algún tipo de medida especial para preservar la información tutelada por el secreto bancario?

J: El secreto bancario es un pilar básico y rige tanto para el Banco como institución como para los funcionarios que trabajan en el mismo. Es por esto que cuando alguien comienza a trabajar en el Banco se le hace completar un contrato de confidencialidad. Lo mismo sucede con los proveedores del Banco que tienen acceso a la información.

Cuando una persona solicita cierta información, como por ejemplo cuando pide un comprobante en el cajero automático o realiza una auto-consulta, sólo puede acceder a sus cuentas, y para eso existen los “pines”. En lo que tiene que ver con los estados de cuenta, los mismos son enviados a la dirección específica que el cliente indica y en el caso de los no residentes existe la posibilidad que los mismos soliciten la retención de correspondencia para luego pasar a retirarla personalmente por el Banco. Con respecto a los clientes no residentes, la mayoría son argentinos y cuando se empezó a hablar del levantamiento del secreto bancario, mucho se dijo sobre que la mayoría iba a retirar sus depósitos. Si bien se aprobó la ley que flexibiliza el secreto bancario, hasta tanto no se firme un convenio con Argentina, la información de dichos clientes no podrá ser enviada a ese país. En caso de que en un futuro se firmara un tratado con Argentina, tampoco es posible determinar cuál sería el impacto que esto tendría en el retiro de depósitos de dichos clientes.

E: En el caso de recibir una solicitud de información que no provenga de un Juez, por ejemplo, si un estudio contable solicita un estado de cuenta de un cliente, sabemos que los bancos piden una carta firmada por el cliente donde autorice expresamente el levantamiento del secreto bancario a favor del estudio. ¿Eso es siempre así?

J: Siempre debe presentarse una carta firmada por la o las persona/s registrada/s en el Banco, en algunos casos también se solicitan ciertas certificaciones contables, pero la o las persona/s autorizada/s siempre debe/n solicitar el levantamiento.

Con respecto a la emisión de comprobantes o formularios, el Banco siempre tiene mucho cuidado de que a la información que se maneja sólo tengan acceso las personas autorizadas, por lo tanto, en estos casos, antes de que la información salga del Banco, se revisa todo por parte del Departamento de Legales del Banco.

E: ¿Alguna vez ocurrió que por error se filtrara información tutelada?

J: No, porque es algo en lo que se hace mucho hincapié y todos los que manejan información lo tienen claro, además siempre todo es revisado por los abogados. Como ya mencioné, con los proveedores se firman contratos de confidencialidad. Incluso a los auditores también los alcanza el secreto bancario, por lo que deben preservar la información a la que acceden en virtud de sus

funciones. Al único que no alcanza el secreto bancario es al Banco Central ni tampoco en los casos previstos por la ley, como por ejemplo, en el caso de un juicio por pensión alimentaria.

Al Banco Central deben enviarse reportes diarios, semanales, mensuales, para que pueda realizar el control que le compete. Por otro lado, en relación al tema del lavado de activos, tanto a nivel del Banco Central como de los propios accionistas del Banco, se toman ciertas precauciones para detectar cualquier tipo de operación sospechosa para prevenir el lavado de dinero.

Asimismo, hay estrictas medidas en la apertura de cuentas, se debe tener un profundo conocimiento del cliente y de su actividad, que los fondos sean acordes a la misma, sobre todo si se trata de un no residente. Estas medidas no sólo se toman al momento de abrir una cuenta, sino que también rigen para cualquier transferencia que se realice, la cuál debe ser coherente con el negocio del cliente y cuando se realizan depósitos mayores a US\$ 10.000 se solicita mucha información y todo eso luego es informado al Banco Central. Son muchas cosas las que deben ser informadas, y en nuestro caso, las normas del Grupo son aún más estrictas en este aspecto (*por Grupo la entrevistada se refiere al grupo económico al que pertenece el Banco*).

E: ¿El Banco Central, con toda la información que recibe, debe limitarse a utilizarla con el fin de la prevención del lavado de activos?

J: En el tema de lavado, sí me imagino que la usa sólo para eso. Pero por ejemplo, en las centrales de riesgo, a las cuales se informan todos los deudores y sus deudas, el Banco Central compila toda la información y después la envía al resto de los bancos, para que en función de la categoría que tenga cada deudor puedan realizarse las previsiones correspondientes.

En un principio los bancos sólo podían acceder a ver el endeudamiento que sus clientes tuvieran en otros bancos, no podían conocer el endeudamiento de cualquiera. Actualmente, a través de la página Web del Banco Central todos pueden tener acceso al endeudamiento y a la calificación de cualquier persona física y/o jurídica. Igualmente, esto no afecta en nada al secreto bancario, ya que el mismo sólo ampara a las operaciones pasivas de los bancos.

Volviendo al tema del lavado de activos, tampoco se pueden realizar transferencias a países que se encuentren en alguna “lista negra”, ya sea de GAFI o del propio Grupo. En caso de que se envíe o se reciba dinero de uno de estos países, se reporta y se evalúa a alto nivel y sólo se permite proceder con la operación bajo autorización expresa. Quien sea que otorgue dicha autorización depende de la regulación interna de cada banco, pero siempre hay niveles de derivaciones en función del monto o según las listas de excepciones. En cada banco hay un Oficial de Cumplimiento que es el encargado de la prevención del lavado de dinero, que depende de la Gerencia General para poder actuar de forma independiente y no estar subordinado a otras secciones.

E: ¿Existe algún tipo de “Manual” o “Instructivo” en el Banco sobre cómo proceder con respecto al secreto bancario?

J: No, manual no hay, pero con respecto al secreto bancario, te hacen firmar el contrato de confidencialidad que ya les comenté y además debe estar en el Manual de Políticas de Recursos Humanos, porque es algo que es básico.

E: ¿Qué repercusiones tuvo a nivel de los clientes la inclusión de Uruguay en la “lista gris” de la OCDE?

J: Ninguna que yo me haya enterado. Cuando salió la noticia no hubo retiros masivos ni mayores cambios, como que no tuvo un gran impacto.

E: Y con la flexibilización que se le va a dar ahora al secreto bancario con la ley que se aprobó recientemente, ¿los clientes argentinos no realizaron consultas o se mostraron preocupados?

J: A nivel de los clientes en realidad no, no hubo consultas masivas, más que nada fue la opinión de la gente de los bancos privados, que veían que podía llegar a impactar en la inversión de los argentinos en el país, ya que dentro de los depósitos de no residentes, la mayor parte son de Argentina. Pero, como ya hablamos, como el levantamiento del secreto bancario va a regir sólo con los países con los cuales Uruguay haya firmado convenios internacionales, yo creo que al menos por ahora no traería aparejados mayores cambios.

E: ¿Usted piensa que cambiaría mucho la situación actual si Uruguay en un futuro firmara un convenio con Argentina?

J: Hay quienes opinan que esto puede llegar a suceder porque entienden que capitales argentinos se refugian en Uruguay por razones impositivas. De todos modos de firmarse el tratado el levantamiento del secreto bancario no sería inmediato. Porque por lo que tengo entendido, si existe el tratado, lo que sería la impositiva de Argentina, por ejemplo, si quisiera averiguar sobre un caso concreto tiene que contactarse con un Juez de acá y después se evaluaría si se cumplen con los fundamentos, antecedentes, y demás requisitos previstos y recién ahí se seguiría adelante. Esto lleva a la otra posición de que aunque se firmase el tratado no tendría tanto impacto en los depósitos de no residentes.

E: Igualmente a Uruguay no le conviene firmar un tratado con Argentina, ¿no?

J: Lo que pasa es que a Uruguay tampoco le conviene estar en la “lista gris”, está como en el medio. Me parece que la idea es salir de la “lista gris” firmando acuerdos con otros países. Pero, ¿qué pasa si Argentina le pide a Uruguay para firmar un convenio? Tampoco Uruguay podría negarse. Si bien creo que se busca salir de la “lista gris” y alinearse de esta forma con la tendencia internacional de cooperación, hasta ahora a quien se le ha dado más facilidades es a la DGI.

E: ¿Está de acuerdo con las facultades que se le otorgan a la DGI con la nueva ley? ¿Le parece que los contribuyentes quedan en una posición desfavorable?

J: Es un tema bastante discutible, la DGI por un lado busca herramientas que le permitan evitar la evasión impositiva pero por otro lado esta en juego la privacidad de las personas.

E: ¿Pero el secreto bancario le parece necesario? ¿Cuál es su opinión al respecto?

J: La plaza financiera en Uruguay ha tenido un desarrollo importante y el secreto bancario es uno de sus pilares por lo cual entiendo que para hacer modificaciones hay que analizar en las consecuencias que puede traer pero por otro lado si no se levantara estaríamos en la “lista gris” y tampoco es bueno. Es como que hay que tratar de estar un poco en el medio, que es lo que está tratando de hacer el Gobierno,

E: ¿Le parece que en algunos años pueda dejar de existir el secreto bancario o que si bien continúe existiendo, sea de una forma mucho más flexible?

J: Siguiendo la tendencia mundial, sería razonable que se flexibilice.

ANEXO D - ENTREVISTA A ABOGADO DEL DEPARTAMENTO LEGAL DE UN BANCO PRIVADO

El entrevistado hace 14 años que trabaja en la institución dentro del sector que se ocupa, entre otras cosas, de contestar a los oficios por levantamiento del secreto bancario.

E: ¿Cuáles son las medidas que se toman para preservar la información confidencial dentro del banco?

A: En el banco todos los empleados al ingresar firman una carta de compromiso o asumen la obligación de no divulgar información que obtienen de los clientes. Lo mismo se hace con todos los proveedores que por alguna razón puedan tener contacto con la información, por ejemplo, algún proveedor informático que desarrolle un programa. A todos ellos se les impone por contrato la obligación de mantener el secreto bancario y se establece su responsabilidad en caso de violarlo. A veces dicha obligación tiene algún plazo pero por lo general no. En estos casos, no pueden divulgar nunca la información, aunque ya no tengan que ver con la institución. Siempre quedan obligados.

E: ¿Ocurre con frecuencia que le lleguen solicitudes de levantamiento?

A: Sí, no en forma diaria, pero sí semanal. Llegan sobre todo por vía judicial, por pensiones alimenticias, sucesiones o asuntos penales. Más allá de la vía judicial, hay una serie de organismos del estado como la DGI, el Banco de Previsión Social y el Ministerio de Trabajo que pueden por ley trabar el embargo de una cuenta tan solo con el nombre de la persona o empresa, y su cédula de identidad o número de RUT. No necesitan identificar la cuenta. En esos casos no rige el secreto bancario, ya que por ley el banco tiene que trabar el embargo.

E: ¿Eso fue a partir de la reforma tributaria del 2007?

A: No, para la DGI sí pero para BPS ya existía y también para el Ministerio de Trabajo. Lo que más viene son del Ministerio de Trabajo por multas por infracciones varias (como no tener un casco puesto, no tener una planilla de trabajo, etc.). Cuando no se pagan las multas, el MTSS traba un embargo genérico común y lo inscribe en el Registro, que afecta los bienes muebles y todas las cuentas bancarias de la persona.

E: ¿Que pasa en el caso de que se quiera trabar un embargo contra una persona que sea cotitular de una cuenta?

A: En primer lugar, para trabar un embargo, necesariamente, salvo esos casos que les dije recién (DGI, BPS y MTSS), hay que identificar el número de cuenta. Si el banco diera información sin que se haya identificado la cuenta, estaría violando el secreto bancario. Incluso hay una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de hace unos años, que surgió a consecuencia del siguiente caso. Se trataba de dos bancos, el Banco Hipotecario por un lado y un banco privado por el otro. Lo que sucedió fue que una cuenta se modificó, se pasó a un plazo fijo y al cambiar de vencimiento, cambio de número. Entonces el Banco Hipotecario no embargó la nueva cuenta porque tenía otro número. De acuerdo a lo sentenciado por la Suprema Corte, si el Banco Hipotecario hubiera identificado la cuenta (cuyo número había cambiado y no constaba en el oficio de levantamiento), hubiera violado el secreto bancario.

E: Pero en el caso de que, por ejemplo, yo tenga una cuenta con otra persona, y las dos seamos titulares, y me embargan a mí ¿Qué sucede con la cuenta compartida?

A: Para las cuentas compartidas se presupone que corresponde el cincuenta por ciento a cada persona (para el caso de dos), salvo que el cliente indique al momento de constituir la cuenta que corresponden distintos porcentajes a cada persona (nunca lo vi). En estos casos, el banco por un

tema de seguridad debe embargar la cuenta por el monto total de la misma y luego los cotitulares deberían arreglarse en el juzgado que ordenó el embargo, indicando que x porcentaje de la cuenta corresponde al no embargado.

E: ¿Recuerda algún caso que haya pasado?

A: ¿De cotitularidad? No. Puede ser que haya habido algún caso pero sin mayores problemas. Nunca sucedió que alguien protestara, argumentando que parte de la cuenta no debería caer en el embargo.

E: ¿Y todos los embargos que haga el banco debe notificarlos al Banco Central?

A: No, lo que te exige desde hace poco el Banco Central es que, cuando hay un embargo de una cuenta corriente, hay que informar al cliente en un plazo de 5 días, notificándole que tiene embargada la cuenta.

E: Pero no con preaviso, o sea se embarga y después se notifica, ¿no?

A: Primero se embarga y luego se comunica, hay 5 días para hacerlo. Pero si por ejemplo, se trata de una caja de ahorro, no hay porque notificarle.

E: Ah, ¿sólo es para las cuentas corrientes?

A: Sí, sólo para las cuentas corrientes. De todas maneras nosotros siempre avisamos al cliente, que esta embargada la cuenta.

E: Sí, para que esté al tanto.

A: Y para que tenga conocimiento ¿no?

E: ¿Cómo comunican el embargo al cliente?

A: A través de mails, o llamados telefónicos, para que sepa que se trabó un embargo y que no va a poder disponer de los fondos. Lo que sucede muchas veces, sobre todo cuando los embargos vienen de parte del Ministerio de Trabajo, es que demora tanto el trámite judicial que el embargo llega y la multa ya fue paga. En esos casos contra la demostración del pago se levanta el embargo.

E: ¿Contra demostración de pago que provea el cliente?

A: No, el Ministerio debe enviarnos copia del recibo junto con el escrito de levantamiento del embargo. Y con eso ya está.

E: ¿Y ustedes luego notifican al cliente que se levantó el embargo?

A: Sí, notificamos que se levantó. Pero ojo, el tema es así, por lo general la cuenta no es que deja de operar cuando está embargada, porque si el monto de la misma supera el importe de la deuda, la diferencia sigue siendo de libre disposición para el cliente y puede seguir operando normalmente. Por ejemplo, si la deuda es 50 pesos y tiene 100, el otro 50 es de libre disposición, mientras que los otros 50 quedan afectados a la orden del juzgado.

E: Y eso cómo funciona a nivel operativo, el cliente va y quiere retirar fondos, en ese momento ¿le dicen que no puede sacar más de tanto o que no puede sacar nada?

A: Lo que sucede operativamente es que el dinero embargado se bloquea, por lo general se baja de saldo, queda en una cuenta vista dentro de la cuenta, pero bloqueada. Entonces el saldo disponible pasa a ser, si tenía 100, pasa a ser 50.

E: ¿Cómo le figura al cliente en el estado de cuenta? ¿Le aparecen los 100 o los 50?

A: Le aparecen los 50.

E: Claro, lo que tiene a disposición.

A: Exacto. Pero, se plantea una discusión cuando el embargo es mayor a los fondos de la cuenta. Al respecto hay dos posiciones, una de ellas, la cual comparto, sostiene que el embargo es una foto del momento en que llega la notificación. Sacas la foto de la cuenta en ese momento y eso es lo que queda embargado. Si en un futuro ingresaran más fondos a la cuenta, estos no quedarían incluidos porque sino se estaría habilitando un embargo de bienes a futuro, que el Código prohíbe.

E: ¿Informan al Ministerio cuando los fondos no son suficientes?

A: Por lo general, las multas del Ministerio no son por montos muy significativos, pero la DGI por ejemplo, traba embargos por importes muy altos (porque por ejemplo incluyen recargos), entonces ahí sí se informa que se trabó embargo sobre el saldo existente a la fecha, para que estén informados.

E: Retomando el procedimiento, después que llega la solicitud, ¿cómo se procede?

A: Después de que llega la solicitud, lo primero que hacemos es revisar si se trata de un cliente nuestro (ya que muchas veces el BCU envía notificaciones a todos los bancos). Si es cliente, ahí verificamos si la información que se pide se puede dar o no, si está bien reglado el secreto bancario. Es decir que, si nos piden información sobre las cuentas de determinada persona, nosotros primero chequeamos que sea cliente de banco y después si cumple con esto, vemos si el oficio está en condiciones, si cumple con las formalidades requeridas, si se ajusta a alguno de los casos previstos para el levantamiento del secreto bancario (pensión alimenticia, asunto penal, etc.) y si está debidamente fundamentado.

E: Pero ¿cómo puede ser que lleguen notificaciones genéricas?

A: Por ejemplo, el Ministerio de Trabajo, la DGI, y el BPS pueden enviar solicitudes a todos los bancos, a través del Banco Central.

E: Pero fuera de esos casos hay que especificar, ¿no?

A: Fuera de esos casos sí, se debe especificar.

E: ¿La fundamentación quién la da? ¿El banco o el juzgado?

A: La da el juzgado. Por lo general hay dos modalidades de fundamentación, en una de ellas sólo se indica que se trata de una resolución fundada, que no se sabe en qué se funda, pero dado que el oficio dice “resolución fundada”, nosotros la acatamos, porque de lo contrario puede llegar a traer problemas con los jueces. Yo por lo general, a veces pido que detallen un poco más el motivo, pero a veces no lo toman a bien y por eso hay una posición doctrinaria que sostiene que con que diga que es fundada alcanza (Olivera García). La otra modalidad es que se establezca que por ejemplo se trata de una investigación penal, fundamentándose de esta manera.

E: O sea que se da el motivo o se dice “por razones fundadas”.

A: Sí, pero ha pasado que se han solicitado levantamientos por mandato verbal. El mandato verbal es una forma que no se da por escrito, sino que es un auto del juez, que se le da al actuario, pero que no queda en el expediente. En el mandato verbal nos piden información sobre tal cuenta y ahí nosotros sí nos oponemos porque al no quedar registrado no tenemos forma de justificar ante el cliente el haber dado la información. Por lo tanto, pedimos que cambien el mandato verbal por una resolución judicial.

E: ¿Han tenido problemas con los clientes por haber levantado el secreto bancario?

A: No, somos muy estrictos. Levantamos sólo cuando se puede, sino no.

E: Es que hay que tener mucho cuidado...

A: Hace poco tuve un problema, pero con un juez, porque solicitó el levantamiento en un asunto de familia, pero no relacionado a una pensión alimenticia, sino a un tema sucesorio. Entonces el juzgado nos mandó un oficio relevando el secreto bancario, solicitando información sobre las cuentas de todos los integrantes, que eran como diez. Nosotros nos opusimos, porque si bien se trataba de un tema de familia, y la solicitud se fundaba en eso, no se trataba de una de las causales previstas por la ley. Además el oficio era bajo apercibimiento de mandarlo a juzgado penal por desacato, algo que no está bien. Y bueno ahí nos tuvimos que oponer y primero no nos hicieron lugar porque decían que no éramos parte para oponernos en el proceso. Entonces fuimos al Tribunal de Apelaciones con una queja de negación de apelación, y el Tribunal nos hizo lugar y mandó a sustanciar, lo que significa que si bien no resolvió el fondo, que es si hay que dar alguna información, por lo menos aceptó que la apelación se diera.

E: ¿Por qué se opusieron?

A: Porque la materia si bien era familia no había una pensión alimenticia atrás.

E: Ah, claro no caía dentro de las causales permitidas por la ley.

A: Claro, no estaba dentro de los límites del secreto bancario.

E: ¿Y si el Tribunal de Apelaciones concluye que correspondía dar la información?

A: Y... lo tendría que hacer, porque nosotros ya agotamos la vía administrativa, e hicimos todo lo posible para no dar la información. Si nos oponemos, nos pueden acusar de desacato.

E: ¿Y el juzgado podría llegar a incurrir en responsabilidad si apeló sin fundamentos?

A: No creo que pase nada. Podría llegar a pasar si nuestro cliente se viera perjudicado y nos demandara a nosotros. En ese caso, nosotros iríamos contra el juzgado o lo llamaríamos a garantía.

E: ¿Que castigo puede haber para un banco si no da la información cuando hay una razón fundada?

A: Podría procesarse a la persona por desacato.

E: Pero en ese caso sería contra la persona física.

A: Sí, contra la persona física, no contra la institución. La institución sólo podría verse multada por el Banco Central.

E: Continuando con el procedimiento, ustedes en esta sección se encargan de contestar los oficios, ¿verdad?

A: Sí, todos.

E: ¿Y luego se comunican con el sector o la sucursal del banco que tenga la cuenta para informar el embargo?

A: Cuando hay embargo sí, a veces no es embargo y sólo nos piden información.

E: Levantar el secreto bancario.

A: Sí, levantar el secreto bancario por causas penales, cuando investigan fondos de actividades ilícitas, o por tema de pensión alimenticia para saber la capacidad económica de la persona en cuestión.

E: Ustedes se comunican con la persona del banco que les puedan dar la información y luego le contestan al juzgado.

A: Nosotros contestamos al juzgado, claro.

E: ¿Le contestan a través de un escrito?

A: Si, claro, en una carta contestamos el oficio.

E: ¿Las demás partes del banco nunca tienen comunicación con el juzgado?

A: No.

E: ¿O sea ustedes centralizan este tema?

A: La respuesta y cualquier contacto con el juzgado lo centralizamos nosotros. A veces otra sección nos facilitan la información, porque a veces te piden, muchos años para atrás, o cosas que no tenemos a mano, o piden alguna documentación que se guardó en la carpeta.

E: ¿Les pasa que aumentaron mucho a raíz de la Reforma Tributaria?

A: Si, no mucho, pero aumentó.

E: ¿Qué piensa que vaya a pasar con esta nueva ley que se sancionó recientemente?

A: No mucho porque es un tema más que nada tributario y además sigue siendo un juez quien debe solicitar el levantamiento. Por lo general, son los jueces los que controlan que la información que pide por ejemplo Argentina o Brasil cumpla con los requisitos del Protocolo de San Luis en materia de cooperación internacional. Ellos controlan la regularidad de lo solicitado, para que no pase que con la excusa de investigar un posible lavado de dinero, en realidad se esté investigando un fraude fiscal.

E: ¿Pero que sucede si se sabe que en realidad se está investigando un fraude fiscal y no un lavado de dinero?

A: Y en esos casos si están las formalidades del Protocolo cumplidas se tiene que dar la información. Se entiende que el juez penal, ya verifico los extremos de la solicitud antes de pedir la información a los bancos.

E: ¿Piensa que las facultades de DGI aumentaron con esta nueva ley?

A: Sin duda. Si hay un presunto fraude puede pedir información, pero lo tiene que hacer ante un juzgado y supongo que los jueces serán celosos a la hora de verificar la fundamentación.

E: ¿Han recibido consultas por parte de clientes a raíz de esta ley?

A: Algunos de la banca privada, pero no muchos. Algunos argentinos, creo. Supuestamente, quien no cometa fraude no va a tener problema.

E: El problema es mayor para los argentinos más que nada, porque constituyen la mayor parte de los no residentes que invierten o que tienen depósitos en Uruguay. Mientras no se firme un tratado con Argentina, la impositiva de este país (AFIP) no podrá acceder a la información sobre sus residentes, al existir secreto bancario.

A: Claro, en la medida en que no se firme un acuerdo, por ahora no va a tener acceso a la información.

E: Durante el proceso de redacción de la ley hubo muchas críticas que sostenían que se iban a ver perjudicadas las inversiones o que iba a haber fuga de capitales.

A: Pero en los hechos no se vieron perjudicadas, ya que siguen subiendo los depósitos. Lo que pasa es que ¿adónde van a llevar el dinero? A Argentina no porque es peor, y con otro país puede pasar lo mismo, porque uno de los regímenes más fuertes del secreto bancario es el uruguayo. Está a nivel de Suiza, de Líbano, que son de los más fuertes. Además, si supuestamente no hay ningún fraude no podría investigarse. Porque no por el sólo hecho de que tenga dinero en Uruguay se va a poder investigar, tiene que existir la presunción de que se trata de una operación ilícita.

E: Sabemos que los embargos se traban sobre las cuentas corrientes y las cajas de ahorro, ¿Pero que sucede si por ejemplo una persona tiene un cofre fort?

A: Para un cofre fort es necesario contar con un embargo específico. Tendría que venir el alguacil del juzgado y hacer un acta de apertura. Para esto, se debe indicar el número de cofre y a nombre de quién está. Igualmente, esto nunca se dio.

E: ¿Si tiene inversiones en bonos, por ejemplo, también se pueden embargar?

A: Se podrían embargar pero sería muy difícil, dado que tenés que saber el número y la serie del bono. A su vez, generalmente son participaciones que se ven cada vez menos en papel físico, sino que son más bien bonos electrónicos. Entonces están todos en custodios en el exterior que se dedican a eso, son todos registros numéricos. Si la persona sabe como están registrados, podría solicitar el embargo. Pero nunca ha pasado porque es muy difícil que alguien sepa el número de los bonos.

E: Claro, porque no son de fácil identificación.

A: Exacto.

E: A nivel operativo, ¿les trajo algún cambio las modificaciones de la Reforma del 2007?

A: No, un poco más de trabajo, pero nada más.

E: ¿Los procedimientos previstos por el banco fueron siempre los mismos?

A: Si, los mismos.

E: ¿Cuánta gente trabaja en su sección?

A: Nosotros en el sector somos tres abogados, pero el que se dedica a este tema soy yo.

E: ¿Qué pasa si llega una solicitud que no es de un juez, por ejemplo, de un estudio contable, que envía una carta del cliente autorizándolo a solicitar información?

A: A veces vienen estas solicitudes, sobre todo de auditorías externas. Mientras tenga una carta donde el cliente autoriza, nosotros le brindamos la información.

E: ¿Eso le llega a usted?

A: No, eso va directo al Departamento de Contaduría, pero como tiene la autorización del cliente, no hay problema

E: ¿Con una carta simple firmado por alguien que tenga firma registrada en el banco alcanza?

A: Sí, alcanza.

E: ¿Nunca hubo ningún problema por eso?

A: No, nunca.

E: Si un cliente alega que nunca firmó una carta de autorización, ¿dónde podría reclamar?

A: Existen formularios obligatorios de denuncia, que el banco tienen determinado plazo para responder. Si la respuesta no es satisfactoria para el cliente, este puede recurrir al Banco Central, el cual realizará la investigación pertinente.

E: ¿Existe algún tipo de control por parte del Banco Central al respecto?

A: No. Salvo si hay una denuncia específica.

E: ¿En cuanto al secreto bancario, entonces el Banco Central no lleva a cabo ningún control?

A: No.

E: Ustedes ¿toman siempre la decisión de información ante determinada solicitud o en algún caso dudoso tienen que consultar a alguien?

A: Son pocos los casos dudosos, pero en estos casos nosotros tenemos como consultor externo a Ricardo Olivera García. Por ejemplo, una vez llegó un oficio de un juzgado militar y ahí nos surgió la duda. Consultamos el caso y en realidad era correcta la solicitud porque el juzgado militar actúa en la jurisdicción penal, al estar investigando un delito dentro del ejército. Tenía por lo tanto, la misma facultad que un juez penal. Hay pocos casos que se salen de lo normal, pero ante la duda somos restrictivos, actuamos a favor del cliente siendo conservadores, y si nos insisten iríamos a la justicia.

E: ¿Alguna vez pasó que un cliente enojado amenace con irse del banco?

A: No, por suerte no.

E: ¿Usted personalmente está a favor o en contra del secreto bancario?

A: Me parece que es un buen instrumento, pero no me parece que sea lo mejor de un banco, hay otras cosas. Es un instrumento más para captar clientes, pero no creo que un cliente venga exclusivamente por eso. No me parece mal lo establecido por la nueva ley, me parece correcto, porque es sólo para casos puntuales y si alguien está incumpliendo con obligaciones aunque sea en otro estado y está mal, está mal.

E: ¿Qué piensa de los acuerdos firmados por Uruguay?

A: Yo creo que está bien, porque no se puede ir en contra de la tendencia mundial.

E: Claro tampoco te puedes aislar.

A: El mundo apunta a la cooperación internacional, para que no haya evasiones. Y esto es un requisito de la OCDE.

E: ¿Cuándo saltó lo de la lista “gris” hubo alguna repercusión a nivel de clientes?

A: No, entre los clientes no. Uruguay estuvo mal puesto en la lista “gris” porque no tenía que estar.

E: ¿El BCU sería el único que tendría libre acceso a la información?

A: Sí, pero a su vez el secreto bancario alcanza al Banco Central, porque ellos tienen que mantener el secreto. No pueden divulgar la información salvo para cumplir sus funciones (de auditoría, de contralor) pero no para cualquier cosa.

E: ¿Y por ejemplo, para el reporte de operaciones sospechosas de lavado de activo? ¿También esa información que obtiene tiene que ser para ese propósito? ¿Si la divulgara con otro propósito?

A: Ahí estaría incumpliendo y corresponderían sanciones penales.

E: Con respecto a las operaciones bancarias activas que quedarían fuera del ámbito del secreto bancario, ¿qué nos puede decir al respecto?

A: Hasta antes de la ley 17.948 se dudaba, pero con esa ley quedó definido que eran sólo las operaciones pasivas. Igualmente esta ley es complicada, porque dice que se puede acceder a la información sobre operaciones activas sólo a través del Banco Central. Entonces no termina de cerrar. Siempre hubo dos posiciones, una más conservadora, atendiendo a un criterio piedeletrista de la redacción del artículo 25, y una más flexible, sostenida por ejemplo por Olivera García, que decía que las operaciones activas no estaban comprendidas porque lo que quería resguardar la ley eran los activos de los clientes y no los préstamos.

Una vez tuve un caso por un juicio que un cliente le hizo al banco, en el que planteó que se le diera cierta información, y yo me opuse a relevar el secreto bancario. La jueza de primera instancia basada en un trabajo de Olivera García dijo que no estaba comprendida en el secreto bancario. Es la única sentencia que conozco (fue en un tribunal de Canelones). Como era un proceso dentro de otro proceso, y no tenía apelación, quedé por esa firme con esa resolución. Al final terminamos entregando la información, pero en un principio no lo hicimos ante la duda. Después como la jueza nos hizo levantar el secreto bancario y no teníamos lugar a apelación, dimos la información.

E: ¿Si les solicitan información sobre operaciones activas ustedes la tienen que brindar a través del Banco Central, no pueden darla directamente?

A: No, si viene un particular a pedirla nosotros no le damos la información. Si la pide el Banco Central sí.

E: Entonces, la persona que quiere esa información tendría que dirigirse al Banco Central y ellos la solicitan al banco.

A: Exacto. Esa persona no puede venir al banco y pedir la información aludiendo que estas operaciones no están amparadas por el secreto bancario, porque además existe otra cosa que se llama el secreto profesional. La confidencialidad que le das a tu cliente implica que no tenés que darle información a nadie. Sólo se da con motivos justificados.

E: ¿Qué pasa si llega un pedido de información sobre quién es el beneficiario final de una empresa? ¿Dan esa información?

A: Nosotros por normas del BCU tenemos que saber quién es el beneficiario final siempre, es decir, quién está detrás de todo. Y si levantan el secreto bancario en forma tenemos que decirlo. A veces puede pasar que no se sepa, por ejemplo en el caso de las empresas que cotizan en bolsa y los accionistas son múltiples, no se puede identificar esto. Las normas del Banco Central para la identificación es que por lo menos la persona debe tener un 20% de las acciones de la empresa para ser considerado principal accionista. A veces además pasa que son cadenas de participaciones, una sociedad tiene una, esa tiene otra y así sucesivamente. Entonces no puedes llegar a quién es el beneficiario final de la empresa.

E: ¿Ustedes en esos casos de empresas con acciones a nombre de otras empresas, piden la información acerca de la persona física que está al final de todo?

A: Si se puede llegar sí. Si no, nos tienen que informar que la sociedad cotiza en bolsa, o que está atomizado de tal manera el paquete accionario que nadie tiene más del 10%. Entonces ahí no podemos seguir, pero está bien porque funciona así.

E: Cuándo reportan alguna operación sospechosa de lavado de activos al BCU, ¿qué ponen en el reporte? ¿Identifican la cuenta, el titular?

A: Se identifica todo. Luego el BCU actúa o no, el es el que dice qué hacer, si hay que cerrar la cuenta, etc.. Nosotros notificamos, muchas veces es una alarma nada más y no pasa nada. Es muy restrictivo también, y se estudia con mucho cuidado.

E: ¿Quién hace eso en el banco?

A: Lo hace nuestro Departamento de Compliance, no lo hacemos nosotros.

E: ¿Ha habido casos?

A: Ha habido sí. Pero la mayoría que van al Banco Central no han tenido repercusiones, o porque el BCU no las ve tan sospechosas o porque buscó y encontró elementos de prueba de que no hubo lavado de activos. Si el Banco Central ve algo que confirma la sospecha, informara al juzgado correspondiente. Pero son ellos los que toman la iniciativa. El banco tiene la obligación de informar si ve algo raro.

E: ¿Si ven algo raro, qué les dicen? ¿Qué cierran la cuenta, qué traben embargo?

A: No, ellos harán la denuncia en el juzgado. Ha habido casos pero no muchos.

Acá en el banco se filtra mucho por políticas del Grupo, si no se tiene claro de dónde vienen los fondos no se abre la cuenta.

E: Volviendo al tema de los embargos, ¿se debe dar información sobre las colocaciones offshore de los clientes? ¿O sólo debe informarse sobre las cuentas que tenga a nivel nacional?

A: Depende. Por ejemplo, en el caso de una pensión alimenticia, o de una separación de bienes entre dos cónyuges que se divorcian. Te piden toda la información acerca de los activos de la persona. A veces puede tener activos en el exterior pero que estén en otro banco, que es corresponsal del banco o que es socio del Grupo, y nosotros lo único que hicimos fue darle referencias al cliente para que abriera la cuenta, pero no tenemos acceso a la información sobre la misma porque no fue con nosotros. Entonces, ese dinero no está en los rubros del banco.

E: ¿Pero si fuera en la casa matriz del banco? ¿Ahí tampoco?

A: Ahí tampoco, tiene que ser en el banco de Uruguay. Para el caso de bonos electrónicos, que pudieran estar en Estados Unidos por ejemplo, ahí si informamos porque si bien no están en Uruguay, están en el exterior como custodia nada más, y además están registrados en el banco. Nos han pedido información, y nos consta que tienen cuentas en otros lados, y decimos que no podemos, que tienen que remitirse vía de un exhorto, directamente al exterior a ver si les contestan o no.

E: ¿Y les llegan muchos exhortos de otros países?

A: Llegan algunos, siempre por intermedio de un juzgado. Llegan muchos de argentinos, y algunos de Brasil. Penales llegan mucho y algunos de familia también. Argentinos que averiguan por temas de pensión alimenticia, por temas sucesorios. De todas formas es mucho más común recibir oficios.

E: Ahora con los tratados que Uruguay firmó para salir de la lista “gris”, ¿les ha pasado de recibir algún exhorto por parte de alguno de esos países con los que Uruguay firmó acuerdo?

A: No ha habido nada todavía. Es muy reciente también.

E: A su criterio, ¿las potestades que le da a la DGI esta nueva ley, dejan en desventaja al contribuyente?

A: Yo no soy tributarista pero me parece que en todo el mundo tiene las mismas facultades o incluso más. Estoy seguro que en Estados Unidos es así. Lo que pasa es que acá no estamos acostumbrados.

E: Se criticó también que el contribuyente no tenía suficientes garantías.

A: Tendría que haber contralores internos para que no abusen de los instrumentos que tienen. Supuestamente por lo que se escucha en la prensa ellos no van a hacer un abuso de eso, que se van a limitar a los casos estrictos. Si es así está bien, el tema es que a veces la DGI se extralimita.

E: Volviendo a la operativa bancaria, ¿hay algo por escrito sobre los procedimientos respecto al secreto bancario? ¿Algún manual por ejemplo?

A: No. Lo único lo que les comenté sobre el contrato que se le hace firmar al funcionario al ingresar a la institución.

ANEXO E - ENTREVISTA AL CR. DAVID EIBE

El Cr. David Eibe fue Jefe de la Asesoría Tributaria de la DGI entre 1993 y 2001, y Director de la Asesoría Tributaria del Ministerio de Economía y Finanzas entre 2002 y 2009. Actualmente no es encuentra trabajando dentro de la órbita del Estado.

A continuación transcribimos la entrevista realizada:

E: ¿Cuáles fueron las consecuencias, en materia del secreto bancario, que trajo la ley de reforma tributaria N° Ley 18.083?

DE: Este fue un tema que trabajó fundamentalmente la DGI.

Lo que se establecía en la Ley 18.083 era un mecanismo que aún estando alineado con lo que era la hipótesis básica de levantamiento del secreto bancario a fines tributarios, que era la hipótesis del delito de defraudación, establecía un sistema en el cual, ante la ausencia de pronunciamiento del juez y del fiscal, vencidos ciertos plazos, se otorgaba el levantamiento.

De todas maneras, si bien de algún modo se evitaba las dilatorias en el secreto, porque era un procedimiento bastante sumario, permanecía como única hipótesis de levantamiento a fines tributarios la hipótesis del delito de defraudación.

E: Hubo otros cambios, por ejemplo, se trató el embargo de las cuentas bancarias. ¿Qué nos puede decir respecto a esto?

DE: Esto es una medida cautelar, no está vinculado con el secreto bancario.

Tiene que ver con la posibilidad de que la administración de algún modo preserve las posibilidades de cobro.

E: ¿Y el acuerdo que podía darse con el contribuyente, para que se levantara el secreto bancario durante un período y de esta manera la DGI disminuyera los términos de prescripción tributaria?

DE: Era un levantamiento del secreto bancario consensuado en el que había concesiones recíprocas entre la Administración y el administrado, la disminución del término de prescripción contra el levantamiento voluntario.

E: ¿Cuáles fueron las repercusiones de la inclusión de Uruguay dentro de la lista “gris” de la OCDE?

DE: En realidad eso tiene que ver con una situación más global vinculada a la crisis del sistema financiero internacional. A partir de esa situación crítica, la OCDE comienza a tener un protagonismo en materia de control de lo que se denomina a nivel internacional prácticas tributarias nocivas, o prácticas tributarias perjudiciales, y se incorporan nuevos estándares que ya no tienen tanto que ver con lo que era la tradicional definición de paraíso fiscal, sino más bien con pautas vinculadas al intercambio efectivo de información.

En ese contexto, en un giro que da la OCDE, en función de ese nuevo orden económico internacional, se plantea una nueva forma de inclusión vinculada al grado de cooperación con los países en materia de intercambio de información y se incluye a Uruguay junto con otros países, dentro del elenco de países que se han comprometido a intercambiar información fiscal pero no han cumplido con los estándares.

Desde luego que este tipo de medidas no siempre son medidas equitativas con respecto a los países, hay países con mucho peor cumplimiento en materia de cooperación internacional, que sin

embargo están fuera de la lista. También es cierto que hay un proceso creciente de cooperación internacional y el ejemplo más típico es la implementación del artículo 25 del Modelo de OCDE que establece que no son oponibles las disposiciones de la normativa interna a los acuerdos firmados para evitar la doble imposición o el intercambio de información tributaria. Eso lo han hecho países que tradicionalmente tenían un secreto bancario muy rígido, como por ejemplo Suiza, porque de algún modo la OCDE establece como parámetro para definir si un país cumple efectivamente con el estándar de intercambio de información, el cumplimiento del artículo 25 del Modelo de Tratado.

La OCDE tiene dos modelos típicos, uno es el modelo de convenio para evitar la doble imposición, que tiene una cláusula de intercambio de información, y otros son los acuerdos de intercambio de información puros, que no tienen mecanismos más allá de los de intercambio de información.

E: ¿Cuál es la finalidad del proyecto de reforma tributaria recientemente sancionado en el Parlamento? Se ha dicho que su finalidad es la equidad tributaria, ¿qué opina al respecto?

DE: El proyecto de reforma tiene obviamente dos planos diferenciados, uno que tiene que ver con el cumplimiento de los estándares internacionales de información, que está asentado en el propio proyecto, y otro que tiene que ver con hechos vinculados a la Administración Tributaria Uruguaya.

Con respecto al cumplimiento de los estándares internacionales, también el proyecto es muy claro en el sentido de que más allá de los aspectos instrumentales que establece, va a seguir ceñido exclusivamente a aquellas hipótesis en que exista intercambio de información al amparo de convenios aprobados por el Parlamento.

Por lo cual no hay una mayor innovación, sino que yo más bien diría que se trata de un mecanismo instrumental que tiende a establecer cómo va a operar el intercambio de información en el contexto de tratados que ya tienen disposiciones específicas y que una vez que son aprobados por el Parlamento, adquieren fuerza de ley.

Respecto a la tributación interna, sí hay un cambio sustancial en relación con lo que era la situación previa a la modificación. Porque como decíamos, la hipótesis de levantamiento del secreto bancario sólo se vinculaba al delito de defraudación tributaria. Seguramente eso tiene que ver con una práctica que está muy extendida en todos los países del mundo, tanto en los países desarrollados como en los países subdesarrollados, en general, la Administración Tributaria tiene acceso no restringido a la información bancaria que queda subsumida en el secreto tributario.

Es decir que si uno lo mira en términos comparativos, no es una innovación sustancial con respecto a las prácticas de otros países. Sí obviamente hay una innovación con respecto a la situación previa de Uruguay, y ahí hay que valorar un equilibrio entre dos conceptos, el concepto del derecho a la intimidad de la gente versus el derecho de proteger la base imponible de conductas de evasión, de fraude a la ley, que cometen los contribuyentes al amparo del secreto bancario.

Por supuesto es un equilibrio complejo, ha habido manifestaciones políticas en el sentido de que lo que se pretende con esto es cautelar el derecho de la Administración a controlar el cumplimiento del fraude a los impuestos. No creo que sea una disposición inconstitucional, la inmensa mayoría de las constituciones liberales prevén el derecho a la intimidad y coexisten con el acceso irrestricto a la información bancaria. Es el caso de España, por ejemplo, donde la Administración Tributaria está conectada en línea con los bancos, no se requiere ningún tipo de autorización.

Pero por supuesto es un tema discutible que no sólo tiene que ver con cuestiones jurídicas, sino también con aspectos vinculados a la estrategia de integración internacional del país, porque se están cambiando las reglas que estuvieron en vigencia durante muchos años. Y eso es una valoración que obviamente no es estrictamente tributaria.

Lo cierto es que una medida de esta naturaleza favorece el cumplimiento tributario, y al hacerlo, disminuye las situaciones de inequidad surgidas de la evasión. Este es un poco el sentido probablemente político de la norma.

E: ¿Entonces, la finalidad sería evitar que la gente se ampare al secreto bancario para no pagar impuestos? Podría pensarse además que se debe a las exigencias de la OCDE, pero dicho organismo nunca exigió levantar el secreto bancario, sino firmar una serie de tratados para el intercambio de información. ¿Cómo se conjugan ambos hechos?

DE: Cierto es que no parece consistente. Lo que la OCDE requiere no es el levantamiento del secreto bancario a efectos internos, sino el levantamiento del secreto bancario en el marco del intercambio de información vinculado al convenio. Pero también es cierto que no suena muy razonable que la Administración Tributaria tenga potestades para levantar el secreto bancario en el cumplimiento de acuerdos con otros países y no lo tenga para sí misma. Es una afirmación que parecería bastante incoherente.

Sería como una forma de alinearse al nuevo orden internacional.

E: Hubo varias críticas que sostuvieron que Uruguay iba a perder inversiones a raíz de esta reforma, y de que iba a haber fugas de capitales. ¿Qué opinión le merece esto?

DE: Este tipo de medidas, fundamentalmente cuando se toman después de tantos años en que no eran utilizadas, generan algunos ruidos. Sin embargo, las cifras hasta ahora desmienten esa posibilidad, y además ha habido algunos representantes muy significativos del sector financiero internacional que de ninguna manera se han sentido inquietos, por el contrario han dicho que forma parte de una tendencia internacional muy extendida.

E: También se ha dicho, con respecto a las inversiones, que no sería beneficioso firmar un convenio con Argentina o con Brasil.

DE: Ese es otro aspecto que tiene que ver no tanto con la normativa de secreto bancario interno, sino con la estrategia de acuerdos del país con terceros países.

Hasta ahora, la estrategia de Uruguay ha sido firmar acuerdos con países de fuera de la región. Probablemente en algún momento deba encarar una negociación con los países de la región, pero lo que ha señalado el Gobierno, yo creo que es una estrategia correcta, es que ese tipo de negociaciones deben encuadrarse en la lógica general del proceso de integración regional, donde para Uruguay todavía hay una cantidad de aspectos que deben ser solucionados en forma previa a iniciar conversaciones de esta naturaleza. Por ejemplo, el acceso irrestricto a los mercados, la no discriminación en materia de inversiones, en fin, mecanismos de solución de controversias que amparen a los países más pequeños. Hay una serie de aspectos en la agenda uruguaya que son prioritarios con respecto a este tipo de convenios.

Entonces la lógica de una enunciación de esta naturaleza, que no se puede negar obviamente, a priori, debe encuadrarse dentro de algo más vasto que es el sistema de integración regional. Ahí hay una diferencia con respecto a otros países que no están en ese proceso y donde pueden obtenerse concesiones recíprocas acotadas al convenio.

E: Con respecto al otro aspecto medular de la reforma, el de gravar los depósitos de personas físicas en el exterior, ¿cómo se va a controlar eso con los países con los que Uruguay no haya firmado ni ratificado convenios?

DE: Uruguay está extendiendo su red de tratados, por lo cual en algún momento es factible que se llegue a esos países a los que hoy no se llega. Pero bueno, en última instancia siempre ese tipo de colocaciones tienen que ver con la voluntad de cumplimiento del contribuyente. La trazabilidad de

esos fondos pasa por un lado por los intercambios de información con esos países, y por otro lado, por situaciones vinculadas al sistema bancario local dado que en muchos casos esos movimientos de fondos quedan registrados.

Pero es una situación que no es sólo de Uruguay, en el mundo sucede que los capitales mobiliarios migran de un lado a otro en función de las ventajas tributarias.

E: A su criterio, ¿se le está dando muchas facultades a la DGI?

DE: La última versión del proyecto (había una versión original) se aprobó por ambas cámaras, sólo falta la promulgación de la ley.

En la misma, tal como quedó redactada, la DGI tiene facultades pero sometidas en primer lugar al control jurisdiccional, porque el juez tiene que intervenir y aprobar a texto expreso el levantamiento. En segundo lugar tiene que haber una solicitud fundada en un concepto que va a tener que ser objeto de una reglamentación complementaria, que es el concepto de evasión. Este es un concepto no claramente definido en la normativa tributaria, que reconoce figuras como la defraudación como delito, la defraudación como sanción administrativa, la mora, la contravención, la instigación a no pagar tributos, pero no contempla el concepto de evasión que en realidad es un concepto económico. Entonces probablemente se requiera alguna normativa complementaria que lo aclare, sino no va a ser muy sencillo comunicar el porqué de la solicitud, dado que hay solicitudes que no están asociadas a un hecho claro.

Ese concepto de evasión va a tener que ser definido.

E: ¿Cuál es la fecha de entrada en vigencia de la reforma?

DE: Es para operaciones realizadas a partir del 1º de enero de 2011. No puede ser retroactivo salvo que cuadre en la vieja hipótesis de levantamiento del secreto bancario.

E: ¿Considera que las garantías que se les da a los contribuyentes en este nuevo marco son suficientes?

DE: Son garantías al amparo del Poder Judicial, que es el mayor garante que puede existir para un contribuyente frente a cualquier abuso de la Administración.

Tal como quedó redactado ahora además es una garantía reforzada, porque la fundamentación que se requiere no queda constreñida a lo que era un mero pedido de la Administración en función de una presunción de incorrección de la declaración jurada o ausencia de la declaración. Hoy, como está establecido en la ley, se requiere una fundamentación de hecho.

E: Otras críticas manifestaron que los contribuyentes quedaron en una posición desfavorable frente a la Administración. ¿Cree usted que es así?

DE: El riesgo de este tipo de medidas yo creo que no está en la norma en sí misma, sino en un mal uso que se puede hacer. Lo que no sería bueno es que la Administración utilice el mecanismo de levantamiento del secreto como una forma de coacción para llegar a acuerdos con los contribuyentes.

Yo sé también que la Administración está trabajando, porque aparte lo anunció el Cr. Ferreri, en una Carta de derechos del contribuyente, de modo de brindar una sensación de equilibrio en ese vínculo entre la Administración y el contribuyente.

E: ¿Para usted es necesario que exista el secreto bancario?

DE: En el plano estricto de lo que es el vínculo entre la Administración Tributaria y el contribuyente, las prácticas internacionales de los países, en los que funcionan muy bien los sistemas tributarios, nos enseñan que el secreto bancario no es oponible a la Administración Tributaria. Eso es un hecho incontrovertible.

Pero hay una valoración que ya no es tributaria sino de política económica sobre la conveniencia o no de modificar una norma que tenía tantos años. Eso tiene que ver con una visión y estrategia internacional, con valoraciones que no son tributarias. Entonces desde ese punto de vista yo no puedo opinar porque no tengo, digamos, el panorama global de la toma de decisiones de esta naturaleza.

Les repito, si lo asociamos estrictamente a lo que son las mejores prácticas internacionales, es perfectamente razonable el acceso de la Administración a la información bancaria.

E: ¿Pero siempre bajo la hipótesis de fundamentación?

DE: No necesariamente. España y la mayor parte de los países del mundo no requieren ningún tipo de intervención judicial.

En el caso de España, incluso están conectados con los bancos online. La base de datos de las personas está accesible a la Administración en todo momento. Y España es un país por supuesto absolutamente garantista en términos de derechos individuales, nadie puede sostener lo contrario. Y hay un montón de ejemplos.

E: ¿Y eso qué repercusiones tuvo a nivel de ese país?

DE: Nada, en absoluto.

E: ¿Cree que Uruguay podrá llegar a eso en algún momento?

DE: Bueno, ahí ya juegan otras cosas. Como les decía, este tipo de medidas no son sólo medidas vinculadas a la gestión de los impuestos. Tienen que ver con ciertas reglas de juego que se han mantenido durante muchos años y la gente puede percibir que fueron modificadas sin una causa fuerte y consistente.

Y eso siempre requiere una valoración que excede la gestión tributaria.

Por eso a veces es muy difícil opinar exclusivamente desde el ángulo tributario, porque este es un tema que bien o mal ha estado vigente sin modificaciones desde el año 1982, con el decreto ley de intermediación financiera.

Lo cierto es que no ha habido, más allá de algún ruido (que siempre se plantea en lo que respecta al proceso de inversión), efectos sustanciales. Hasta ahora es bastante evidente.

E: ¿Y más adelante, si se llega a firmar acuerdos con países de la región?

DE: Vamos a ver. Los convenios con los países de la región, como les decía, están muy subordinados a otros aspectos que en todos estos años no han podido solucionarse.

Desde luego que es muy difícil aventurar opinión sobre qué es lo que va a pasar en el futuro, pero yo creo que en la agenda estos acuerdos están bastante lejanos. Quizás me equivoco, esto es una opinión personalísima, pero creo que hay otras cuestiones en juego.

E: Cuando surgió todo el tema de la OCDE y lo de la lista “gris”, hubo opiniones que sostenían que era todo presión de los países desarrollados, que quieren imponer sus prácticas en los países subdesarrollados. ¿Está de acuerdo con esto?

DE: Mira, eso es un poco más complejo y se arrastra casi seis décadas para atrás.

Cuando en la primera posguerra se trata de acordar lo que sería el nuevo orden internacional, que son los acuerdos de Bretton Woods, cuyo principal mentor fue Keynes, los países dominantes de ese momento llegaron a un acuerdo para crear organismos multilaterales que controlaran algunos aspectos de la política económica internacional.

Crearon el Fondo Monetario Internacional, que se dedicaba y se dedica, a veces no con mucho éxito, a controlar y apoyar cuando existen situaciones de desequilibrio en la balanza de pagos. Crearon el BID, el Banco Mundial, que se dedica a financiar proyectos de inversión para estructuras de largo plazo. Y crearon el GATT, que luego se transformó en la OMC, que es el organismo que trata de regular los flujos comerciales en el mundo.

En ese momento, que era cuando podía hacerse un acuerdo de esta naturaleza, no se creó ningún organismo que se ocupará de regular lo que eran las situaciones tributarias. Entre otras cosas porque había países muy importantes como Inglaterra y Estados Unidos que desarrollaban políticas de competencia tributaria con respecto a otros países. Entonces eso dio lugar a prácticas de regulación de paraísos fiscales, en muchos casos paraísos fiscales que dependían de esas propias naciones, a una transferencia conocida de rentas a países de baja o nula tributación, y en el fondo, a situaciones que eran toleradas por esos países, en la medida que muchos de ellos también las propiciaban.

Cuando se genera la crisis económica internacional empiezan a aparecer reclamos, sobre todo de los países que no tenían situaciones de este tipo, como Alemania y Francia, tratando de algún modo de generar medidas sancionatorias, del mismo modo que lo puede hacer el Fondo Monetario o la OMC, para quienes se aparten de esas prácticas, con la peculiaridad de que a diferencia de la OMC o el Fondo Monetario, el organismo elegido para llevar adelante esta tarea fue la OCDE. Este organismo fue creado a partir del Plan Marshall en la posguerra, donde hubo todo un proceso de reconstrucción europea, y se crea un organismo que es el continuador de eso y que representa a un grupo de determinados países, no a todos los países.

La OCDE se ocupa de muchas cosas, entre ellas de la cuestión fiscal, y venía desarrollando desde hacía unos quince años, ciertos foros y ciertos estándares en materia de intercambio de información, en materia de paraísos fiscales, en materia de orden fiscal y en materia de convenios para evitar la doble imposición, que tienden a reflejar los intereses de los países más poderosos. Cuando surge la crisis económica internacional la OCDE pasa a ser el brazo ejecutor de ese régimen sancionatorio, y sí, obviamente está representando los intereses de los países más poderosos, y los representa a través de la amenaza de sanciones que obviamente pueden dejar a un país fuera de la comunidad internacional, en la medida que esos países no adopten los estándares del otro.

Por esto yo a veces escucho y creo que está fuera de la realidad, ese tipo de declaraciones de “hagamos lo que queramos, no importa”. Uno tiene que hacer lo que puede hacer en el contexto internacional para no dejar de operar, de vender, de comprar y de existir. Ahora, hay que hacerlo con la mayor inteligencia posible, tratando de resignar lo menos posible dentro de ese contexto. Esa es mi opinión por lo menos. En el caso de la OCDE además, particularmente, esto tiene el agravante de que no tiene un discurso único, el mismo discurso que aplica para algunos países no es el mismo que aplica para otros países, entonces ni que hablar si a eso además le incorporamos la temática del lavado de dinero, que no es tributaria, donde países que han reclamado insistentemente ante la OCDE respecto a la materia tributaria, son por demás incumplidores de sus

obligaciones en materia de normas antilavado (Argentina, por ejemplo). Entonces es una situación medio peculiar, pero es la situación que toca vivir y uno tiene que adecuarse porque hay un nuevo orden internacional.

Si uno considera el ejemplo de Suiza, que todavía está yendo y viniendo con ese tema, pero que levantó el secreto bancario para los Estados Unidos, eso es una cosa histórica que quebró una tradición de más de cien años. Así que bueno, hay que convivir con esas cosas.

E: Ahora que menciona el tema del lavado de activos, sabemos que hace unos años el Banco Central emitió una Circular, cuando fue creada la Unidad de Información y Análisis, para la identificación y reporte de operaciones sospechosas de lavado de activos. ¿Usted cree que esto puede ir en contra del secreto bancario?

DE: No están vinculadas las normas sobre lavado de activos con las normas de secreto bancario a fines tributarios.

Es mucho más laxo. Las unidades antilavado tienen mucho mayor acceso a la información del contribuyente, y no sólo eso sino que si ustedes hoy pretenden abrir cualquier cuenta bancaria van a tener que establecer quién es el beneficiario efectivo, y bueno, eso ha cambiado mucho para bien a mi juicio.

Esto hoy por hoy está desvinculado del aspecto tributario.

E: ¿Pero cuál es el rol del BCU en el secreto bancario?

DE: En el caso tributario, el Banco Central es un mero ejecutor de las providencias que establezca el Juez, no tiene ningún rol activo más que comunicar a las instituciones de intermediación financiera, recolectar la información y proporcionársela a la DGI en plazos perentorios, cuando el Juez lo determine. No tiene poder de iniciativa el Banco Central en este aspecto, más bien lo tiene cautelado.

E: Pero, al investigar una operación sospechosa el Banco Central accede a cierta información que no podría usar, ¿verdad?

DE: Yo la verdad que no conozco mucho ese tema, pero supongo que sí, que accede a información que luego no puede usar con fines tributarios.

Hoy por hoy son dos andariveles que van en forma separada.

E: ¿En su opinión Uruguay está siendo inteligente con las medidas que está tomando? ¿Está haciendo las cosas bien?

DE: Está siendo coherente con lo que son las prácticas internacionales. Yo creo que la estrategia de ir por una red de convenios seleccionando los países con los que se acuerda, creo que es una estrategia correcta.

La OCDE es bastante mutante en sus exigencias, hasta hoy no lo ha dicho, y es más, incluso tolera a países que han firmado acuerdos con paraísos fiscales. Pero de todas maneras ya ha habido advertencias de que se va a ir cada vez más requiriendo que los acuerdos sean con países significativos. Porque si todos los paraísos fiscales firmaran acuerdos entre sí todos cumplirían con los doce tratados.

La idea aparentemente es seguir avanzando en mayores requerimientos, incluso hay plazos perentorios para implementar efectivamente compromisos de intercambio de información más allá de la firma de los convenios. Todo esto es un proceso.

E: Escuchamos que Uruguay fue mejorando en la firma de los doce tratados, al principio quedaba más sujeto a la voluntad del otro Estado.

DE: Hay que tener en cuenta dos cosas. En primer lugar, hay que considerar la fuerza relativa de Uruguay en materia de negociación. No olvidemos que los otros países, en muchos casos países poderosos, tienen ya firmados decenas de tratados y para ellos sentar un precedente muy favorable con Uruguay significa que deban aplicar ese precedente a todos los tratados que firmen, por lo cual es muy difícil obtener beneficios particulares para Uruguay.

En segundo lugar, el contexto internacional con respecto a los primeros tratados que firmó Uruguay, que fueron los de Alemania y Hungría, en la década del 80 y principios del 90, ha cambiado radicalmente. Hoy no se les da a los países más pequeños las concesiones que se les daba en esa época. El mundo cambió, con la globalización, en una cantidad de aspectos, entonces es mucho más difícil.

Cierto es también que obviamente como en cualquier actividad los negociadores van adquiriendo expertise a medida que van negociando. Así opera en todos los países del mundo que se han lanzado a firmar tratados, por lo tanto la calidad de las negociaciones mejora, pero dentro de un margen muy acotado.

Los tratados están basados en estándares, con más o menos alguna variante, pero no muy significativa.

En realidad el campo de actuación de Uruguay más favorable puede estar en la mejora de las condiciones de la retención en la fuente, la inclusión de la mayor parte de las formas societarias posible, en fin, hay dos o tres aspectos donde se pueden establecer estímulos para las empresas que se vienen a instalar en Uruguay, a partir de la exoneración de dividendos en el país de recepción. Hay cuatro o cinco ítems que son los que normalmente mejor se negocian.

De todas maneras Uruguay ya tiene un sistema tributario por sus medidas unilaterales, por su diseño sobre todo en lo que respecta al régimen de imposición a la renta, bastante amigable para la inversión extranjera, con tasas favorables. La tasa del Impuesto a la Renta de los No Residentes es del 12%, las tasas de retención en la fuente en los convenios varían entre un 5 y un 15%, con lo cual ya ahí no hay mucho margen para conceder.

Pero bueno en algunos casos se conceden, es el caso del convenio con Alemania.